

29  
155



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LAS CALIFICATIVAS, SU ANALISIS  
Y APLICACION EN LA SENTENCIA

T E S I S  
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
OSMAR ARMANDO CRUZ QUIROZ

MEXICO, D. F.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

1989



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# I N D I C E

## INTRODUCCION.

CAPITULO I	EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES EN MEXICO.	
	a).- Epoca precortesiana.	1
	b).- Epoca colonial.	6
	c).- Epoca independiente.	10
CAPITULO II	PENAS Y SANCIONES.	
	a).- Noción de pena.	17
	b).- Tipos de pena.	34
	c).- Noción de sanción.	43
	d).- Tipos de sanción.	47
CAPITULO III	AGRAVANTES Y ATENUANTES.	
	a).- Noción de agravantes y atenuantes.	62
	b).- Clasificación de las agravantes.	74
	c).- Clasificación de las atenuantes.	98
	d).- Diferencia entre calificativa y modalidad.	111

CAPITULO IV	EXISTENCIA E INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA DICTAR EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL.	
	a).- Auto de formal prisión.	115
	1.- Comprobación del cuerpo del delito.	122
	2.- Presenta responsabilidad.	133
	b).- Auto de sujeción a proceso.	136
	c).- Auto de libertad por falta de méritos o de elementos para procesar con las reservas de ley.	139
CAPITULO V	LA NECESIDAD DE ANALIZAR LAS CALIFICATIVAS EN EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA.	
	a).- Análisis a la fracción I del artículo 20 Constitucional.	143
	b).- Elementos de procedibilidad del artículo 19 Constitucional.	147
	c).- Consecuencias del estudio de las calificativas en el Auto de Formal Prisión.	154
	1.- Actitud prejuzadora del órgano jurisdiccional.	154
	2.- Aumento del término medio aritmético de la pena haciendo improcedente la libertad provisional bajo caución.	157
CONCLUSIONES		159
BIBLIOGRAFIA		163

## I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo tiene por objeto aportar todas aquellas consideraciones que se estimen pertinentes, que sostienen el criterio basado en que en la praxis, las calificativas sean motivo de análisis en la sentencia definitiva con la que culmine el proceso; para lo cual, haremos un señalamiento de las agravantes y atenuantes que contempla nuestro Código Penal, así como un breve análisis de dichas figuras, aportando además, un bosquejo en general de los temas afines comprendidos dentro de la materia penal, que nos den una mayor visión del tema a tratar, para así poder comprenderlo mejor y, asimismo, poder llegar a dar una conclusión al respecto.

C A P I T U L O I

E V O L U C I O N D E L A S I D E A S

P E N A L E S E N M E X I C O

a).- EPOCA PRECORTESIANA.

b).- EPOCA COLONIAL.

c).- EPOCA INDEPENDIENTE.

## I.- EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES EN MEXICO.

### a).- EPOCA PRECORTESIANA.

Por lo que respecta a las ideas penales que sustentaban los pueblos antiguos de nuestro actual México, hasta antes de la conquista, podemos observar que contaban con un sistema de leyes para la represión de los delitos; siendo la pena de carácter cruel y por otro lado desigual en virtud de las mismas desigualdades jerárquicas y sociales; aristocracias guerrera y sacerdotal; económicas; conteniendo así de manera aparejada diversos tipos de pena según se tratara de la clase social a la que perteneciera el que cometía el ilícito.

Así pues, se tiene noticia de que hasta antes de la llegada de los españoles, y de manera general, los diversos pueblos que existían entonces, castigaban el adulterio; existía una severa moralidad en base a las ideas religiosas y políticas; tenían ya un sentido jurídico relevante; diferenciaban entre la intención y la imprudencia; sancionaban la embriaguez en diversas formas, según la clase social de que se tratara, pues en tratándose de gente noble, se castigaba con pena de muerte, y cuando eran plebeyos, con esclavitud, lo que nos permite pensar que era mayor la responsabilidad para aquellas clases de mayor prestigio, por ser una clase superior, dirigente, más preparada y comprometida.

Aparte de lo ya expuesto, se daba pleno arbitrio - para fijar penas que podían ser de muerte, esclavitud, destierro, prisión, confiscación, destitución o suspensión de empleo.

Visto lo anterior, cabe dar un marco referencial, - con un poco más de precisión, de las ideas penales que se tenían en pueblos determinados, los que por su importancia en su tiempo, nos pueden aportar una visión más amplia al respecto. Hablaremos pues, del pueblo maya, del tarasco, del azteca y del tlaxcalteca.

MAYA.-- En el pueblo maya, así como sus contemporáneos, las ideas penales que tenían, se distinguían por su extrema severidad.

La función jurisdiccional se centraba en manos de los llamados batabs e caciques, quienes tenían a su cargo la aplicación de las penas, siendo estas, entre otras, la esclavitud cuando se trataba de delitos de carácter patrimonial, y de -- muerte, cuando los infractores cometían delitos como el de adulterio, homicidio, incendios, rapto y corrupción de doncellas. Así, cuando un señor principal cometía un robo, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Thompson dice, con relación a los mayas, -- "que el abandono de hogar no estaba castigado entre ellos; el -- adúltero era entregado al erendido quien podía perdonarlo o bien matarle y en cuanto a la mujer, su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cesa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud. Suma benignidad sería esta, - si se tienen en cuenta lo que nos revela la Crónica de Chac-Xulub-



Chen (215427): a los traideres, a 'los súbditos (de Ali Cuat Cocos) primeramente los arrojaron en las cuevas y destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja. No hubo uno a quien los ojos no hudiesen destruido en la cueva.' (párr. 34)" (1)

Por otra parte, "expresa el historiador Chavarrero, que en el pueblo maya no se emplearon las penas de prisión, ni las de azotes, mas a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les hacía encerrar en jaulas de madera, las cuales servían de cárceles. Agrega que entre los mayas las sentencias penales -- eran inapelables." (2)

TARASCOS.-- Ahora bien, por lo que hace a los tarascos, se sabe que las penas que éstos aplicaban también eran muy severas. El adulterio con una mujer del soberano o calzontzi se castigaba con la pena de muerte y confiscación de bienes. Al forzador de mujeres se le rompía la cara, de la boca a las orejas, empujándolo después hasta hacerlo morir. Cuando un miembro de la familia real llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. El hechicero era -- arrastrado vivo o se le lapidaba. Quien robaba por vez primera generalmente se le perdonaba; si reincidía, se le hacía despeñar, -- abandonando el cuerpo para que fuese comido por las aves.

- (1) Cita de CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. -- Parte General. UNAM. Méx., D.F. 1937. p. 54.
- (2) Cita de CASTELLANOS TENA, Fernando. Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho Penal. Instituto de Derecho Comparado. UNAM. Méx., 1965. p. 9.

. . . 4

El derecho de juzgar estaba en manos del calzontzi, más en ocasiones ejercía la justicia el sumo sacerdote o petámuti.

AZTECA.— Otro pueblo de mucha importancia y en el que se manejaban crueles criterios en la aplicación de las penas, era el azteca. Este pueblo era de suma importancia en su época, debido a su dominio militar sobre la mayoría de los reinos de la altiplanicie mexicana, y el que influenció con sus prácticas jurídicas el Derecho de los demás pueblos, a más de que estaban muy avanzados en materia jurídico penal.

El derecho penal en la sociedad azteca era escrito; cada uno de los delitos se representaba al igual que las penas, mediante escenas pintadas.

Del mismo modo que otros pueblos, los aztecas se mostraban excesivamente severos, en la aplicación de penas, pero primordialmente en tratándose de delitos contra la estabilidad del Estado o la persona del soberano. Este pueblo distinguió 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, la amnistía y otras figuras.

Por ejemplo, podemos citar el código Mendocino (1535-1550), en el que se hace referencia de los castigos hechos a los menores aztecas, como son: pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de pita, aspirar humo de pimientos ardiendo, tenderlos desnudos y durante todo el día, atados de pies y manos; por toda ración

durante el día tortilla y media; y todo esto con niños de 7 a 12 años de edad.

Carl H. Alba hace una clasificación de los delitos contemplados en la sociedad azteca de la siguiente manera: - delitos contra la seguridad del imperio; contra la moral pública; - contra el orden de las familias; los 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.

TLAXCALTECAS.- Por otra parte, cabe destacar también las penas sustentadas por los tlaxcaltecas, quienes aplicaban las siguientes: pena de muerte para el que faltare al respeto a sus padres, para el causante de grave daño al pueblo, para el traidor al rey o al Estado, para el que en la guerra usara las insignias reales, para el que maltratara a un embajador, guerrero o ministro del rey, para los que destruyeran los límites puestos en el campo, para los jueces que sentenciaran injustamente o contra la ley o que dieran al rey relación falsa de algún negocio, para el que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello o abandonara la bandera o desobedeciera, para el que en el mercado alterara las medidas, para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio, para los adúlteros, para el incestuoso en primer grado, para el hombre o la mujer que usara vestidos impropios de su sexo, para el ladrón de joyas de oro, para los dilapida

dores de la herencia de sus padres. La muerte era por ahorcamiento, lapidación, decapitación o descuartizamiento. Otra pena era -- la pérdida de la libertad.

D).- EPOCA COLONIAL.

En la época de la colonia, se establecen en -- nuestro México nuevas clases sociales, fundamentadas principalmente en conquistadores y conquistados, dándose lugar por ende, a la clase dominante y dominada. Es producto de la conquista de México, el acercamiento de dos grupos de razas de muy diversa cultura y civilización entre ambas, en el que los grupos indígenas, por su estado de semicivilización, tuvo que dar lugar a otra cultura juríca, muy superior en muchos sentidos a la suya.

El indígena quedó sometido a la nueva cultura que se imponía a su muy incipiente sociedad, y por ende, un somatimiento al español, que como clase dominadora, fué el amo y el in--dio fué el siervo, a pesar de que en la legislación escrita se le -- declarara hombre libre y se le dejara abierto el camino para su -- emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

No podemos afirmar de manera certera que nues--tro derecho patrio, y por ende nuestro derecho penal, haya tenido lugar bajo la influencia de las ideas y leyes consuetudinarias por las que se regían los pueblos indígenas al realizarse la conquis--

ta, sino más bien, tiene injerencia española por los motivos expuestos en párrafos anteriores, y por lo mismo, con influencia también del derecho francés, italiano y otros.

Fué en la colonia donde se representaron diversas instituciones españolas. "La ley 2, tít. I Lib. II de las leyes de Indias dispuso que 'en todo lo que no estuviere decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar (1530). Por tanto fue derecho colonial el de la Metrópoli, aunque suplitorio del principal; y éste lo constituyeron las Leyes de Indias y las especiales." (3)

Se dictó, a fin de frenar los abusos por parte de los españoles, una copiosa legislación de Indias, de la que en 1596 se formó la primera recopilación, la cual constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia.

Es en el libro VII de dicha recopilación, en el que se trata de manera más sistematizada lo concerniente a policía, prisiones y derecho penal. En el mismo se preceptuaba que debían ser respetadas las leyes y costumbres de los aborígenes, cuando no fueren opuestos a la fe o a la moral; sin embargo, la legislación de Nueva España fue netamente europea y tendía a conservar las diferencias de clase; ello explica que en materia penal haya existi-

(3) Cita de CARRANCA Y TRUJILLO. Ob. Cit. p. 55.

do un cruel sistema intimidatorio para los negros, los mulatos y las castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo ello por procedimiento sumario. Para los indios las leyes fueron más benignas, 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 18 años podrían 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.

Por otra parte, como ley común para los españoles y supletoriamente para la población indígena, debían regir las Leyes de Toro, según disposición contenida en las mismas Leyes de Indias; pero de hecho se aplicaban, en la misma confusión reinante en la Metrópoli, desde el Fuero Real y las Partidas, hasta la Nueva y Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas especialmente para este suelo, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

De entre las que destacan, se encuentran las siguientes:

Las Ordenanzas para la Dirección, Régimen y Gobier-

no del Cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal (1783) promulgadas por el virreinato, las cuales contienen disposiciones penales especiales. Se sanciona en ellas el hurto de metales y se le equipara el hecho de que el barretero "extraviase la labor dejando respaldado el metal o lo ocultare de otra manera maliciosamente". Para conocer de esos hurtos o de los de cosas pertenecientes a las minas y haciendas de beneficio se concedía jurisdicción al Tribunal General y a las diputaciones, siempre que los casos fueren leves, pues de lo contrario, procedía "la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea corporis afflictiva", sólo les correspondía formar la sumaria y remitirla en seguida a la sala del crimen de la Audiencia.

En las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España (1524-1769) se señalaban sanciones para los infractores de ellas, y consistían en multa, azotes, impedimento para trabajar en el oficio de que se tratara y otras. Procediendo negativamente, esto es, a base de prohibiciones, a cada una de éstas se hace corresponder la respectiva sanción. Las penas en metálico se consignaban en "pasos" u "oro de minas". Por lo general, si las infracciones provenían de españoles la sanción era de multa, si de indios u otras castas o razas, de azotes.

En cuanto a las Siete Partidas, de esencia predominantemente romana y canónica, es la Setena la dedicada preferentemente, aunque no en total, a la materia penal. Se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces; a las traiciones, retos, lidas y acciones deshonorosas; a las infamias, falsedades y deshonoras; a los homicidios, violencias, desa-

fios, treguas; a los robos, hurtos, daños; a los timos y engaños; a los adulterios, incestos, violaciones, estupro, corrupciones y sodomías; a los reos de truhanería, herejía, blasfemia o suicidio y a los judíos y moros. El tít. XXIX, sobre la guarda de los presos, establece la prisión preventiva "paraguardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados", así como que dicta el orden del procedimiento penal. Los tít. XXX y XXXI se refieren a los tormentos y a las penas, siendo notable la ley 8 del último citado, que autorizaba imponer la pena "según alvedrío del Juegador", como también asienta la ley 3, tít. XX: "e después de que los juegadores ouieren catado acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, menguar o toller la pena segund entendieren que es guisado, o lo deuen fazer"; estableciéndose antes diferentes penas según la condición social de los reos y las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución del delito.

Con relación a la Novísima Recopilación, es su libro XII el dedicado a los delitos y las penas y a los juicios criminales. Se compone de XLII títulos que comprenden confusamente la materia penal y la procesal.

### c).- EPOCA INDEPENDIENTE.

Con motivo de la victoria de la guerra de independencia en 1821, se iniciaba una nueva etapa en nuestro México, y por consiguiente, se daba lugar también a la necesidad de un cambio en todo su marco jurídico. La legislación de la colonia es la



que en un principio presidiría este marco, toda vez que el cambio no podía darse, en este aspecto, de una manera radical.

La difícil situación advertida en todos los órdenes por la guerra de independencia, dió origen al nacimiento de una diversidad de normas tendientes a resolver, en lo conducente, la ya entonces aguda crisis existente en esa época; se procuró la organización de la política y la reglamentación de la portación de armas y del consumo de bebidas alcohólicas, combatiendo la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

La Constitución de 1824, de tipo federal, requería que cada entidad tuviera su legislación propia; pero la fuerza de la costumbre y la necesidad de resolver de inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en 1838 se tuvieran por vigentes en todo el territorio las leyes de la Colonia.

Con acierto señala Ricardo Abarca, "nos quedó una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuencia que llegaban a constituir problemas políticos, pero -- ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos." (4)

Al consumarse la independencia las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

(4) Cita de CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit.

Fueron los Constituyentes de 1857, con los legisladores de diciembre 4 de 1860 y diciembre 14 de 1864, los que sentaron las bases de nuestro derecho penal, haciendo sentir toda la urgencia de la tarea codificadora, calificada de ardua por el presidente Gómez Farfás, y es en 1867 cuando el licenciado Antonio Martínez de Castro, organizó y presidió la Comisión Redactora del primer código penal mexicano.

El primer código penal se expidió en Veracruz el día 5 de mayo de 1869, pero es hasta 1871 cuando toda la gama jurídica proveniente de la colonia fué desecha, con motivo de la creación del código de esa propia fecha. Formular una legislación para México fué la principal preocupación de los redactores de dicho código.

El 7 de diciembre de 1871 fué terminado y aprobado el Código que había de regir en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y en toda la República sobre delitos contra la Federación.

Entró en vigor el primero de abril de 1872. Este Código formado por 1150 artículos, se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre delitos en particular, y una última sobre faltas.

Siguiendo los derroteros de su época, recogidos poco antes por el código español de 1870, inspirado en el de Pacheco, el mexicano se nutrió en las conquistas de la Escuela Clásica: ---

dogma del libre albedrío, al delito como entidad propia, la justicia absoluta y la utilidad social combinadas, ejemplaridad y corrección de las penas. Se diferenciaron los grados del delito intencional y las categorías de la participación en el delito y se clasificaron las circunstancias atenuantes y agravantes casuísticamente. De las circunstancias sigue como sistema el señalar un máximo y un mínimo entre los cuales corresponde a los jueces determinar en cada caso la pena que es aplicable, según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes; o bien señalar un término que se consideraba medio y que se podía aumentar o disminuir por el juez hasta en una tercia parte. De las circunstancias agravantes y atenuantes se formaban listas y se graduaba su importancia, cosa esta última que justamente había caído en descrédito, así como el hacer una enumeración cerrada o restrictiva que no permitía tomar en consideración circunstancias no previstas y que colocaba al sistema en época anterior a las reformas francesas de 25 de junio de 1824 y 28 de abril de 1832, que ya habían permitido la estimación de situaciones o circunstancias no expresamente determinadas por la Ley.

En el año de 1903, el gobierno de Porfirio Díaz designó una comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, la cual, en 1912, presentó un proyecto de reforma al código de 1871. La comisión "tomó como base de su labor respetar los principios generales del código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se puede estimar ya

aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente -tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las obscuridades, las inconherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes, y los vicios que han podido notarse en el texto del código, por más que no afecten a su sistema."

Desgraciadamente, los trabajos de la comisión carecieron de efectos prácticos en su momento, debido a las agitaciones internas que prevalecían en la nación.

En 1925 fue designada nueva comisión, entre quienes se encontraba el licenciado José Almaraz, quien presentó un estudio crítico de los principios de la Escuela Clásica y un Anteproyecto propio, estudios que hizo suyos la Comisión y que sirvieron de base al nuevo código.

Dicho Código, adoptó, según declaración de sus principales redactores, el principio de responsabilidad de acuerdo con la Escuela Positiva. El señor licenciado Almaraz atribuía a las Comisiones revisoras del mismo la supresión de la pena de muerte contra su oposición. Este Código fué expedido el 30 de septiembre de 1929 y puesto en vigor el 15 de diciembre de ese mismo año.

Fero, asimismo, tan pronto se pensó en abrogarlo, la Comisión designada al efecto había ya terminado sus trabajos y presentado un nuevo Proyecto a mediados del año de 1931.

La Reforma Penal, con sus códigos de 1929 y 1931, obedece al imperativo de su época. La Revolución Mexicana no só-

lo despertó el llamado a la conquista de su propia alma nacional, sino que tenía que hacerse sentir en el campo estrictamente legislativo, dando lugar a que los anhelos de sincera adaptación de las leyes a las condiciones reales del país, comenzados a sentir con la Reforma Liberal, se tradujeran por fin en normas sencillas, modernas, fácilmente aplicables y, sobre todo, acordes con el estado actual del país, dentro del estado actual de la ciencia. Y en el campo legislativo, especialmente en el de la legislación penal, tenía ésta que recibir ese influjo bienhechor, toda vez que tal legislación es la que más afecta a las clases desheredadas de la fortuna y a la sociedad entera. Así pues, la Reforma Penal en México - fué un producto genuino de la revolución, que obedeció a sus anhelos e inquietudes, atendiendo a sus imperativos y, como realidad - lograda que ya es, aunque modesta, tiene el derecho de creerse justamente hija legítima de la revolución y de su tiempo.

El Código de 29 ha hecho posible al de 14 de agosto de 1931.

Algún autor afirmó que nuestro Código de 29, en gran parte de lo que quiso establecer como avance refleja el Código de 28 español; y en cambio, señala como fuentes principales de orientación para el Código de 1931, la edificación medular de 1871, los trabajos de revisión de 1912 y la parte aprovechable de las reformas de 1929, lo que significaría que su sello distintivo frente al clásico de 1871 lo tendría por una especie de inspiración de segunda mano tomada del español de 28 a través del mexicano de 29.

Nuestra Ley de 1931 sí reconoce la estructura y orientación del Código de la Dictadura española, con algunas varia

ciones.

Son comunes, por ejemplo, a la Ley de la Península y a nuestro Código vigente, la afirmación de seguir una tendencia ecléctica, el propósito de ampliar el arbitrio judicial, la moderación de las penas, la condena condicional, las facilidades para el pago de multas, la supresión de escalas graduales para imposición de las penas y el uso, como nueva medida de seguridad, de la suspensión o disolución de sociedades; pero por impulso propio en tra nosotros se suprimió la determinación de algunas atenuantes y agravantes, dejándolo todo al criterio de los jueces; se suprimió la pena de muerte; se hizo confusa la situación de responsabilidad o irresponsabilidad de los incapaces; se afirmó que la reparación del daño por los particulares a los particulares, es una pena pública; y se trató de hacer leyes sencillas y claras, y de reducir el número de artículos.

## C A P I T U L O    I I

### P E N A S    Y    S A N C I O N E S

a).- NOCION DE PENA.

b).- TIPOS DE PENA.

c).- NOCION DE SANCION.

d).- TIPOS DE SANCION.

## II.- PENAS Y SANCIONES

### a).- NOCION DE PENA.

Iniciaremos este capítulo, dando varias definiciones que del concepto de pena aportaron diversos autores, pero sin que esto sea el único elemento que contemple este inciso, pues para entender de manera más amplia esta figura, se requiere conocer algo más allá que su sola definición, por lo que no nos concretaremos únicamente a esto, sino que veremos otros de sus aspectos que la rodean aún y cuando esto no se realice de manera muy profunda.

#### DEFINICIONES DE PENA:

1.- ULPIANO.- Define la pena como la venganza de un delito. (5)

2.- CESAR BONESANA MARQUES DE BECCARIA.- Como el -- obstáculo político contra el delito. (6)

3.- FRANCISCO CARRARA.- Como el mal que, en conformidad con la ley del Estado, los magistrados inflingen a aquellos -- que son, con las formas debidas, reconocidos culpables de un delito.

(7)

(5) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. p. 966.

(6) IDEM.

(7) IDEM.



4.- CUCHE.- Como la reacción de la sociedad contra el autor de un crimen. (8)

5.- VIDAL.- Como el mal inflingido a quien es culpable y socialmente responsable de un delito. (9)

6.- LISZT.- Como un mal impuesto por el juez para expresar la reprobación social que afecta al acto y al autor. (10)

7.- EUGENIO FLORIAN.- Como el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quienquiera que haya cometido un delito y aparezca como socialmente peligroso. (11)

8.- PESSINA.- Como el acto de la sociedad que en nombre del Derecho violado somete al delincuente a un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del Derecho. (12)

9.- GROCIO.- Señala que es el mal de un sufrimiento que tiene como razón de ser el mal cometido en una acción criminal. (13)

10.- PLATON.- Sostuvo que la base de la pena la localizó en la expiación; mientras que para otros, justificó la pena porque impide al criminal cometer nuevos delitos y hace, por su ejemplaridad, que los demás hombres se abstengan de delinquir, de donde resulta que la pena es un medio de defensa social. (14)

(8) IDEM. p. 967.

(9) IDEM.

(10) IDEM.

(11) IDEM.

(12) PESSINA, Enrico. ELEMENTOS DE DERECHO PENAL. p. 603.

(13) PESSINA, Enrico. Ob. Cit. p. 602.

(14) JIMENEZ BARCENAS, Víctor Genaro. LA PENA EN GENERAL Y LA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO FACTOR QUE DISMINUYE LA DELINCUENCIA". = Universidad de Guanajuato. 1971. p. 5.

11.- ARISTOTELES.- Considera que es atribución del Estado fomentar la virtud y la belleza; pero cierto de que los -- hombres tienden hacia el mal por naturaleza propia, juzga que --- aquél, para cumplir sus fines, debe hacer uso de la pena como medio coercitivo, que obliga al individuo a tomar la senda debida, -- siendo así que gracias a la pena el hombre no logrará evitar con sus delitos que los fines estatales se cumplan. (15)

12.- SENECA.- Afirma que readaptar al delincuente es no solamente el efecto, sino el fin primordial que la pena per sigue; y en su tratado "De Clementia", considera como fines de la pena no solo la intimidación y la corrección del culpable, sino -- también la de proporcionar seguridad a los buenos separando a los malos. (16)

13.- BETIOL.- Sostiene que es un mal en cuanto que es sinónimo de sufrimiento físico y espiritual; pero desde el pun to de vista moral, en cuanto que constituye la reafirmación de -- una norma no puede ser sino un bien. (17)

14.- PACHECO.- La pena es el mal que la ley y solamente la ley, señala a los criminales ora para hacerlos expiar su crimen, ora para intimidar a otros que pudieran cometerlo, satisfaciendo y garantizando de este modo a la sociedad en sus instintos y justos temores. (18)

(15) JIMENEZ BARCENAS, Víctor Genaro. Ob. Cit. p. 6.

(16) IDEM.

(17) IDEM.

(18) IDEM.

15.- CARRANCA Y TRUJILLO.- Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el juz puniendi y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución de mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social -- acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales. (19)

16.- MEZGER.- Es una retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable. (20)

17.- CUELLO CALON.- Define la pena como el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. (21)

18.- ESCUELA CLASICA.- La pena constituye una expiación, es un mal retributivo. (22)

19.- ESCUELA POSITIVA.- Para esta escuela, según la cual la pena es una de las sanciones posibles a aplicar a quien ha delinquido, la responsabilidad del delincuente derivada de su

(19) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1986. p. 711.

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit. p. 711.

(21) CUELLO CALON. DERECHO PENAL I. 12a Edición. p. 579.

(22) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. p. 968.

convivir en sociedad, puede acarrearle una pena en virtud de la salvaguarda de la defensa social. (23)

Vistas las anteriores definiciones y adoptando la dada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, podemos concluir de manera general que pena, del latín poena, "es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta." (24)

#### PERIODOS DE EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES.

Dentro de las diferentes etapas históricas de nuestra sociedad, vista a la luz de todos los países del mundo, la pena ha tenido diferentes matices según el momento histórico, adoptando así ciertas características de manera general de acuerdo con la época. Así pues, y para poder comprender de manera un poco más certera el alcance del término "pena", haremos una breve reseña de las ideas penales que se conocen a la fecha:

1.- VENGANZA PRIVADA.- Es a esta etapa a la que de igual modo se le ha designado como venganza de la sangre o época bárbara. Sin embargo, no debe considerársele de manera estricta como una etapa, ni se pretende afirmar que esta sea una etapa del Derecho Penal, sino más bien, "...se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos his-

(23) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. p. 969.

(24) Ob. Cit. T. VII. UNAM 1984. p.76.

tóricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones dondequiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara -- por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales." (25)

En los tiempos más remotos la función represiva estaba en manos de los particulares, pues al no existir en esa época medio alguno bien conformado por parte del grupo o la sociedad para castigar a los infractores, era obvio que la primera forma que aparece sea la venganza, misma figura que procedía sólo en los casos en que la colectividad la justificaba en razón del apoyo que -- brindaba al ofendido, por lo que en consecuencia, no toda venganza puede identificarse como antecedente de la represión penal moderna.

En un primer momento, la venganza que se ejercía -- por el grupo, se le conoció como "expulsión" del delincuente, pues con esto al excluirse al infractor del grupo al que pertenecía, al quedar completamente solo, quedaba expuesto a los peligros que la misma naturaleza ofrecía y los que pudieran surgir con motivo de -- la existencia de otros grupos, ejerciendo así su venganza la colectividad. "Para PESSINA, la primera reacción que se despierta en -- la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la -- atrocidad de los grandes crímenes, es la de descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, --

(25) CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. p. 31

pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva. 'Quien rompe la paz, pierde la guerra. El individuo -- que lesiona, hiero o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia.'" (26)

A consecuencia de la figura de la venganza, surge -- el llamado "Talión", representando un gran adelanto en aquellos -- pueblos en los que operaba la venganza, debido a que viene a limitar los excesos de ésta, pues señala objetivamente la medida de la reacción punitiva en función al daño causado por el delito, al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta.

Surge también en esta época otra figura llamada --- "composición", de igual modo importante pues substituye el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a -- la víctima del delito, constituyendo así una nueva limitación de -- la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero. La composición que en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria y legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada; siendo así que, con esta forma, --

(26) PAVON VASCONCELOS, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. p. 51

el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

2.- VENGANZA DIVINA.- Una vez que los diferentes -- pueblos empiezan a conformarse en torno a una organización teocrática, en la que la organización y constitución del Estado es en razón de la divinidad. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad, surgiendo así el período de la venganza divina.

Es en este período en el que se puede situar al Pentateuco, que es el conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en lo que se contienen las normas de Derecho del Pueblo de Israel. Se deriva de estos que el derecho de castigar proviene de la divinidad y el delito viene a ser una ofensa cometida en contra de la divinidad, expiando así su culpa al delincuente. En el Pentateuco se encuentran prohibiciones - tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada.

Los Libros Sagrados de Egipto son, igualmente, prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa.

"Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explica

ciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosa mediara muy corto intervalo." (27)

Así pues, el sistema de represión seguido en las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como una expiación.

3.- LA VENGANZA PÚBLICA.- Es en esta etapa de la evolución de las ideas penales, en que se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público. Conforme que los estados crecen y se conforman estructuralmente de manera más sólida, empieza a surgir la distinción entre -- los delitos privados y los públicos, según sea que se lesionen de -- manera directa bien los intereses de los particulares o bien el orden público. Es así que nace la llamada "venganza pública".

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

(27) CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. p. 33.



vicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando." (28)

Se afirma también que en esa época, el tipo de penas que se aplicaban eran crueles e inhumanas, que ni siquiera las tumbas se respetaban, toda vez que incluso se desterraba a los muertos para procesarlos.

Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta el siglo XVIII, aunque no fué sólo en Europa donde imperó esa concepción, en que la arbitrariedad era el pan de cada día, sino también en Oriente y en América, en donde el sometimiento de los súbditos a los soberanos o clase dominante se lograba a través del terror y la intimidación.

La tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones; nacen los calabozos, la jaula, la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; la horca y los azotes; la rueda en donde se colocaba al reo después de romperle los huesos; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.

4.- PERIODO HUMANITARIO.- Surge como respuesta a la época anterior de la venganza pública, la que, como ya se dijo, se distinguía por su crueldad, otra etapa que de alguna manera se con-

(28) CUELLO CALON. Ob. Cit. pp. 61-62.

trapone a aquélla, denominada esta como período humanitario, la -- que, como su nombre lo indica, tiene más bien un sentido humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales.

Según Novoa, iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por el "despertar intelectual y libertario", el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el - camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento - destacan, fundamentalmente, las obras de Montesquieu con su libro El Espíritu de las Leyes, Voltaire con su obra Sobre la Tolerancia y Rousseau con El Contrato Social, en los cuales se denuncian la - excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos. Sin embargo, es con César Bonnesano, Marqués de Beccaria, con quien la tendencia humanitaria encuentra su mayor representante, mismo que con su obra "De los delitos y de las penas", establece una serie - de principios o derechos mínimos del delincuente, entre las cuales encontramos las siguientes: la abolición en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez, y, - en lo posible, hizo más expedita la justicia.

Cabe hacer mención de algunas palabras expuestas por el autor a comento, en su obra, y que, para el tema que nos -- ocupa, resultan interesantes: "De cuando hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: 'para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano; debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pe--

queña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes." (29)

Posteriormente, el inglés de nombre Howard, recorre las prisiones de Europa, dejando testimonio del estado que guardaban las prisiones de su época; asimismo, deja fijadas ciertas bases para remediar de algún modo los problemas que aquejaban a los establecimientos carcelarios, señalando para esto higiene y alimentación; disciplina distinta para detenidos y encarcelados; trabajo y sistema celular dulcificado.

5.- PERIODO CIENTIFICO.- Este período tiene sus comienzos desde el momento en que se sistematizan los estudios realizados en lo concerniente a la materia penal. Puede afirmarse que dicha etapa se inicia con la obra "De los delitos y de las penas" - de César Bonnesana, Marqués de Beccaria.

Ahora bien, dentro de esta etapa encontramos una serie de autores que realizaron estudios penales, de entre los que destacan los siguientes:

Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, a quien se le considera en Alemania el padre del Derecho Penal moderno y quien -- crea siguiendo las doctrinas de Kant, el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la -- prevención general.

Giandoménico Romagnosi, autor de la obra "Génesis del Derecho Penal", realiza un estudio sistemático de las materias penales, atendiendo principalmente a la imputabilidad, del daño y -- de la pena.

(29) CESAR BONNESANA, MARQUES DE BECCARIA. TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. EDIT. PORRUA. MEX. 1983. 3a Edición. Facsimilar.

Giovanni Carmignani autor de los "Elementos de Derecho Penal", sostuvo que la pena política encuentra su fin en la defensa, mediante la intimidación, para evitar delitos futuros.

El autor Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra "Derecho Penal Mexicano", con motivo de la pena, hace mención del grupo de pensadores que surgieron entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, entre los que se encuentran Manuel Kant, --- Stahl, Federico Hegel y Bauer, haciendo una clasificación de sus -- teorías de la siguiente manera:

a).- La pena como retribución, sea de origen divino, moral o jurídico, Dentro de ésta teoría resulta relevante la posición sostenida por Manuel Kant. Aquí, la pena es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito.

b).- La pena constituida de un carácter intimidatorio y que tiene como fin la prevención del delito, En esta teoría se ubican Grolmann y Feuerbach, quienes sostienen, respectivamente, que la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictivos y que la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos; dándose así a la prevención un carácter especial o general según sea el caso.

c).- Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea ésta directa o indirecta.

## CLASIFICACION DE LAS PENAS.

1.- CARRARA clasificó las penas en capitales, aflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias, reconociendo subdivisiones en algunas de estas especies.

2.- CUELLO CALON las clasifica en intimidantes, correccionales y elementales.

3.- LISZT considera que son principales, las que se imponen independientes de otras y accesorias, las que se añaden a las principales. Por el momento de su aplicación las clasifica en simultáneas o subsiguientes.

4.- Otra clasificación la podemos realizar atendiendo a su naturaleza misma: corporales, contra la libertad, pecuniarias y privativas de derechos.

## CARACTERES DE LA PENA.

1.- EJEMPLARIDAD.- Es uno de los aspectos que tiene la pena, ya que con motivo de la prevención general de los delitos, se ha utilizado la amenaza o advertencia, que significa para los ciudadanos la imposición de un castigo al delincuente, es decir, la pena es el ejemplo que la sociedad muestra a las personas, con el objeto de manifestarles que ellos están expuestos también a una sanción si infringen las disposiciones de la legislación penal. Es por esto, que la ejemplaridad es capaz de engendrar en los ciudadanos la persuasión que el delincuente ha sufrido un mal, por lo que

para el individuo ya no resulta tan fácil el cometer el delito por temor al castigo.

2.- LEGALIDAD.- Este carácter de la pena tiene su fundamento en el principio de "Nullum delictum, Nulla poena, sine proevia lege", así como en el principio de "Nullum crimen, nulla poena sine lege"; lo anterior en razón de que toda pena tendrá su base en una ley y en las condiciones que la misma marque, no quedando así ésta al total libre arbitrio del juzgador en la aplicación de la misma o bien en su inaplicación.

3.- DIVISIBILIDAD.- Otro de los caracteres de la pena consiste precisamente en la capacidad de aumento o disminución de la misma en cuanto a su intensidad. Este aspecto es sumamente importante, atendiendo a los criterios de justicia y equidad, en virtud de que para la imposición de la pena, deben tomarse en consideración las infinitas modalidades del delito, así como todas las circunstancias de ejecución del mismo y de las circunstancias personales del activo.

4.- PROPORCIONALIDAD.- La escuela clásica resuelve el problema de la represión, aplicando un sistema que consiste, en formar dos escaleras: una de los delitos y otra de las penas y poniendo estas escalas una frente a la otra, hacer que coincida el grado más alto y el más bajo de las penas con el grado más alto y el más bajo de los delitos. Este es el sistema que se llama de la proporción penal. Por otra parte, la escuela positiva, consecuente con su teoría sobre el fundamento del derecho de castigar, ideó un sistema de represión propio que se ha llamado de la eliminación.

Para esta escuela, todo el proceso de la represión debe mirar a la individualización de las penas.

#### FUNDAMENTO Y FIN.

Es conveniente, para el presente estudio, hacer notar los diferentes criterios que se han manejado en cuanto al fundamento y fin de las penas, esto es, ¿por qué y para qué el Derecho adopta esta forma específica de sanciones?; para esto, haremos una breve reseña de dichos criterios:

1.- TEORIAS ABSOLUTAS.- La pena constituye una consecuencia necesaria e ineludible del delito. La razón de ser de la aplicación de una pena estará dada, por la sola comisión del delito.

2.- TEORIA DE LA REPARACION.- El delito es susceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lograrlo. Viendo en el delito más la voluntad determinada por hechos inmorales que el hecho exterior, la pena expía y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen.

3.- TEORIAS DE LA RETRIBUCION.- Parten de la idea de que el delito es un mal en sí mismo irreparable. Se las distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso-político, moral o jurídico. En el caso que nos ocupa, la teoría de la retribución jurídica encuentra su máximo exponente en Hegel, para quien el delito no constituye la destrucción del Derecho, sino una mera apariencia de destrucción. La pena constituye el restablecimiento del imperio inatacable del Derecho.

4.- LAS TEORIAS RELATIVAS.- A diferencia de las abso-  
lutas, no consideran que la pena es un fin en sí misma, sino que --  
tiene un fin. Es un medio necesario para la seguridad social o la  
defensa social, que es lo que da sentido a la represión.

5.- TEORIA CONTRACTUALISTA.- El orden social está --  
fundado sobre convenciones y el pacto social tiene por fin la con--  
servación de los contratantes. La idea de la pena es la de una ---  
reacción defensiva para la conservación del pacto social.

6.- TEORIA DE LA PREVENCION MEDIANTE LA EJECUCION. -  
Esta teoría va en la antigua costumbre de aplicar las penas graves  
en público, el fin fundamental y específico de inspirar temor en el  
pueblo y escarmentarlo.

7.- TEORIA DE LA PREVENCION MEDIANTE LA COACCION PSI  
QUICA.- Sostiene que para tratar de evitar la comisión de delitos,-  
no es eficaz la coacción física, sino la psíquica que es efectiva--  
mente anterior al delito. La coacción psíquica opera amenazando con  
una pena la posible transgresión de la ley y aplicándola realmente  
cuando ella es transgredida.

8.- TEORIA DE LA DEFENSA INDIRECTA.- El derecho pe--  
nal tiene por objeto evitar futuros delitos, pero la ocasión para -  
aplicar la pena la suministra un delito cometido. La pena tiene --  
que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo me--  
diante el temor. Ante las fuerzas que impelen al delito, la pena -  
representa una fuerza repelente.

9.- TEORIA DE LA PREVENCION SOCIAL.- Estas teorías -



destacan el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado. Consideran que la pena como amenaza es impotente e -- ineficaz para evitar el delito.

10.- TEORIA CORRECCIONALISTA.- La pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente, realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de reeducación.

11.- TEORIA POSITIVISTA.- La pena es sólo un medio de defensa social y constituye una suerte de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos. Su causa no es por tanto el delito, sino la peligrosidad del individuo, y por --- ello descarta toda diferencia entre penas y medidas de seguridad.

12.- TEORIAS MIXTAS.- Da a la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, puesto que reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad.

#### b).- TIPOS DE PENA.

Ahora bien, una vez hechas las consideraciones necesarias para comprender por lo que pena se entiende y lo relacionado con esta acepción, procederemos a identificar las penas establecidas por el Código Penal en vigor, haciéndose un breve señalamiento de cada una, no sin antes hacer la aclaración de que el precepto de dicho código en el que se contienen, también se contemplan -

las medidas de seguridad, como se desprende del nombre del Capítulo I, del Título Segundo del citado ordenamiento legal, el que dice: - "Penas y medidas de seguridad", por lo que, tan sólo se hará la distinción de las medidas de seguridad, sin entrar más a fondo por lo que hace a estas figuras, por no ser objeto del presente estudio, y sí por el contrario, como ya se dijo, se harán ciertas consideraciones por lo que hace a las penas.

El citado precepto es el 24, que establece:

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

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- (Derogada).
- 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.
- Y las demás que fijan las leyes."

Pues bien, de lo anterior, podemos destacar como medidas de seguridad, por su fisonomía más acusada de tales, las siguientes: Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos (apartado 3), confinamiento (apartado 4), prohibición de ir a lugar determinado (apartado 5), decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito (apartado 8), amonestación (apartado 9), apercibimiento (apartado 10), caución de no ofender (apartado 11), suspensión o privación de derechos (apartado 12), inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos (apartado 13), vigilancia de la autoridad (apartado 15), suspensión o disolución de sociedades (apartado 16), medidas tutelares para menores (apartado 17) y decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito (apartado 18).

Visto lo anterior, y hecho el señalamiento de las medidas de seguridad que se contienen en nuestro Código Penal vigente, continuaremos con las llamadas penas, contenidas en el mismo ordenamiento legal, las cuales resultan ser las siguientes: la prisión, la sanción pecuniaria y la publicación especial de sentencia.

Como ya se dijo, no vamos a entrar al estudio de las llamadas medidas de seguridad por no ser objeto del presente trabajo, pero sí por lo que hace a las penas, pero para ello, antes haremos el distinguo entre ambas figuras; por lo que diremos de manera concreta que las penas se fundan en la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad en la peligrosidad cuyo objeto principal es la prevención, mientras que el de aquéllas es el castigo.

PRISION.- La pena de prisión apareció como la gran esperanza de los hombres de ciencia al proponerla como sustituto de la pena de muerte. En primer lugar porque permitía la conservación de la vida humana, evitaba la pena de muerte en lo que tiene de irreparabilidad y de legalización del homicidio, y en segundo lugar permitía establecer un mínimo y un máximo conforme a la gravedad de la ofensa cometida.

De las penas contra la libertad, la más importante es ésta, o sea, la privación de la libertad mediante reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial también.

En la legislación mexicana, en el artículo 18 Constitucional se distingue entre la "prisión preventiva" o "detención" y la pena de prisión propiamente dicha. La primera consiste en la privación de libertad para fines sólo asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que tienen señalada pena de prisión. La segunda consiste en la privación de libertad como retribución por delito cometido y de acuerdo con la sentencia judicial condenatoria correspondiente. Ambas deben ejecutarse en "sitios distintos, completamente separados" de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional.

A pesar de la respuesta que nos ha dado la experiencia en cuanto a que después de ocho o diez años de prisión, ésta ya resulta inútil y aún más, contraproducente, pues el reo llega a --- adaptarse sin mayor problema a una rutina; aún esto, el artículo 25 del Código Penal, fija el máximo de la prisión en 40 años y en 50 - años en determinados casos, en atención a que, suprimir la pena de muerte, significa la posibilidad de la segregación definitiva del su jeto cuya temibilidad e imposible readaptación esté acreditadas.

Por otra parte, el artículo 13 Constitucional dispone lo siguiente: "Los Gobiernos de la Federación y de los Estados orga nizer ón 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 muje-- res cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto." Asimismo, el artículo 25 de nuestro Código Penal, se refiere a "colonias penitenciarias" para la ejecución de la pena de prisión. También, el artículo 26 del último ordenamiento legal invocado, señala que los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.

SANCION PECUNIARIA.- Por lo que hace a esta figura - y atendiendo a nuestro Código Penal, la sanción pecuniaria está com prendida con la multa y la reparación del daño; al efecto, el artículo 29 del citado Código establece:

ART.- 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa

y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una suma de dinero - al Estado que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento con sumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del -- trabajo en favor de la comunidad.

Cada jornada de trabajo saldrá un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de -- días multa sustituidos.

Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas

de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión.

Pues bien, la pena de multa puede establecerse como pena única o conjuntamente con otras penas. Es muy frecuente que se la comine en la parte especial del código junto a la pena de prisión. Allí se fija, en cada caso, el límite mínimo y máximo de la multa. En algunos casos se desentiende.

La obligación de pagar el importe de la multa es declarada preferente por la ley y debe cubrirse primero que cualquiera otra de las obligaciones con excepción de la de los alimentos y las laborales.

Por otra parte, hablando de la reparación del daño, cabe decir que el ya multicitado código señala tres aspectos de esta figura que son:

I.- Restitución de la cosa obtenida por el delito y en su caso el pago del precio de la misma. La restitución a que se refiere esta fracción es un beneficio en virtud del cual la persona que ha recibido daño o lesión en su patrimonio logra que las cosas se repongan al estado o situación jurídica en que se encontraban con anterioridad al momento en que se produjo dicho daño o lesión.

II.- Indemnización a causa del daño material y moral causado, así como por los perjuicios ocasionados. La indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causa

dos por el delito al modificar una situación jurídica existente. La cuantificación del daño resulta de la comparación entre la situación anterior al delito y la resultante de él. Según Cuello Calón los daños morales comprenden:

a).- El descrédito que disminuye los negocios, los disgustos que disminuyen la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas, es decir, todo aquello que causa una perturbación de carácter económico. La valoración pecuniaria de tales capítulos es más o menos posible.

b).- El dolor, la angustia, la tristeza que produce el delito; en una palabra, la pura aflicción moral sin repercusión alguna de carácter económico. (30)

III.- Esta fracción se refiere a la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito, cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos.

Esta última fracción resulta irrelevante, toda vez que de alguna manera esta se encuentra comprendida en las anteriores, ya que en el caso de la fracción I, abarca cualquier delito que se cometa, incluidos los ilícitos cometidos por servidores públicos; y, por lo que hace a los dos o tres tantos del precio de la cosa, o a los bienes obtenidos por el delito, no hay la menor duda de que se trata de una indemnización del daño material, por lo que del mismo modo nos encontramos en presencia de una repetición inú-

(30) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1987. pp. 165-166.



til.

Por otro lado, esta figura llamada reparación del daño, tiene su base en el daño mismo ocasionado por el sujeto activo del delito, con motivo de la comisión del ilícito; es por ello que en primer término diremos lo que implica el daño material, para lo cual citaremos a Román Lugo quien al efecto dice que es "el menoscabo directo que se ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que las ganancias ilícitas que el perjudicado dejó de obtener." (31)

PUBLICACION ESPECIAL DE SENTENCIA.— Por lo que hace a esta figura, tan sólo diremos que no es otra cosa que un aspecto de la reparación del daño causado por el delito, y aplicable en — aquellos casos en que el daño derive de la publicidad adversa al — ofendido con motivo del delito que haya ocasionado. En nuestra le— gislación, esta pena tiene lugar en los casos en que se condena por injurias, difamación o calumnia, como lo establece nuestro Código — Penal en su artículo 363, que al efecto dice lo siguiente: "ART. — 363.— Siempre que sea condenado el responsable de una injuria, de — una difamación o de una calumnia, si lo solicita la persona ofendi— da, se publicará la sentencia en tres periódicos a costa de aquél.— Cuando el delito se cometa por medio de un periódico, los dueños, — gerentes o directores de éste, tengan o no responsabilidad penal, — estarán obligados a publicar el fallo, imponiéndoseles una multa de cien pesos por cada día que pase sin hacerlo, después de aquél en — que se le notifique la sentencia. El importe de la multa no podrá — exceder de diez mil pesos."

(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Ob.Cit. — pp. 164-165.

## c).- NOCION DE SANCION

Una vez que ha quedado analizado lo que por pena se entiende, así como su clasificación, entraremos ahora al estudio del concepto sanción.

Pues bien, comenzaremos planteándonos la interrogante ¿pena y sanción no significan lo mismo?; no, efectivamente no significan lo mismo, pues si bien el legislador no hace distinción en la utilización de ambos vocablos, dándoles así una implicación igual, esto no significa que en esencia, dichos conceptos deban tener el mismo significado desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, "el Código Penal vigente emplea indistintamente los vocablos 'pena' y 'sanción', 'por encontrarlos inoperantes si no traducen una real situación y por ser usual el primero en nuestro léxico', - escribe Carrancá y Trujillo" (32)

A pesar de lo anterior, es el concepto de pena más restringido en su significado y alcance, que el de sanción, toda vez que podríamos considerar que aquél se encuentra inmerso en éste; esto es, que mientras toda pena constituye una sanción, no toda sanción constituye una pena; y, por otra parte, desde que se tiene noción del delito, la pena surge como su consecuencia y desde -- tiempos remotos, trae aparejada la idea de castigarlo; es ahí donde nace la pena; en cambio, el concepto de sanción es más reciente.

(32) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENITENCIARIO. Edit. Porrúa. México, D.F. 1986. p. 413.

Es en sus orígenes que la sanción significó al mismo tiempo pena y recompensa, según se tratara de castigar una acción mala o de premiar una buena; pero conforme al desarrollo del vocablo, la sanción se ubica posteriormente dentro del campo mismo del derecho, por lo que, ya en un plano jurídico, se constituye en garantía para el cumplimiento de la normatividad por parte de los hombres.

Conforme al transcurrir del tiempo, al estimar el hombre siempre presente un elemento por el que se estipulaba que todo mal que se hiciera fuera de algún modo reparado y que del mismo modo todo bien que se hiciera fuese recompensado, llevó a la concepción del hombre considerar a la sanción como un medio para la obtención de la justicia anhelada.

Pues bien, la noción que de sanción se ha manejado dentro del Derecho doctrinario, es simultáneamente el de pena y el de recompensa, siendo que ambas han estado presentes dentro de la doctrina de numerosos autores del siglo anterior y del presente, en particular de los teóricos del Derecho Penal, a contrario del sentido que en la praxis se le ha dado a dicho vocablo, identificándosele tan sólo como pena y no así como recompensa al mismo tiempo.

Visto lo anterior, cabe destacar algunas definiciones que a propósito de la sanción, han dado al respecto algunos autores, entre los que resaltan los siguientes:

1.- Jeremías Bentham, al efecto dice que la pena o el placer que se aplica a la observancia de una ley constituye lo

que llamamos la sanción de esta ley.

2.- Francisco Carnelutti dice que la sanción genéricamente considerada debe ser definida como la consecuencia derivada de la observancia o inobservancia de la norma jurídica toda vez que el estímulo que motiva al cumplimiento de ésta puede derivar tanto de la ventaja o beneficio implicado en su observancia como de la desventaja o perjuicio con que es amenazada su inobservancia; en razón de esto, se concluya que según Carnelutti, es posible hablar de una sanción premial en contraposición de la sanción penal.

3.- José Maggiore sostiene que la sanción es la consecuencia de la adecuación o inadecuación a una ley; que si bien es cierto que la figura típica de la sanción consiste en la amenaza de un mal -ya que el legislador se ocupa mucho más de las transgresiones que de las observancias del orden jurídico- no puede negarse el carácter de sanción a la recompensa correspondiente a una obra buena; por lo que con el vocablo sanción se expresa tanto el mal que sigue a la transgresión cuanto el bien consecuente a la obediencia: la punición para la culpa y la recompensa para el mérito.

4.- Angel Mattia afirma que es posible construir una teoría del acto meritorio que es presupuesto de las sanciones recompensatorias, postulando así la necesidad de ampliar la acepción de la expresión sanción de manera tal que comprenda tanto a la pena como al premio; esto es, que sanción es el mal o el bien que efectivamente siguen a la observancia o la transgresión de la ley.

5.- Juan Llambías de Azevedo estima como una deplorable mutilación presentar al Derecho, por lo que hace a la sanción,

implicando exclusivamente el modo de la retribución dañosa. Dice que las retribuciones o sanciones se llaman penas o castigos cuando consisten en males y premios o recompensas cuando consisten en bienes.

Pese a todas las postulaciones doctrinarias, el vocablo sanción es en la actualidad aplicado única y exclusivamente en el sentido de pena como consecuencia de una ilicitud; y es por ello, que dentro del marco jurídico positivo, es utilizado de esta manera y entendido del mismo modo por la generalidad de los juristas.

d).- TIPOS DE SANCION

Para los efectos de este apartado, tomaremos — como base la clasificación dada por el autor Raúl Carrancá y Trujillo, quien en lo conducente manifiesta que "atendiendo a su naturaleza podemos dividir las sanciones en: corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos." (33)

Ahora bien, vista la división que de los tipos de sanción hace el autor en cita, procederemos a distinguir una de otras en sus diversos aspectos de la siguiente manera:

SANCIONES CORPORALES.- La pena corporal es la sanción aplicable al autor de un hecho delictivo, la que, al causar le la muerte, un dolor físico o un sufrimiento moral, afecta la vida o integridad personales del individuo.

Dentro de las sanciones corporales, como primer punto, hablaremos de la pena de muerte que viene a ser la más importante por el tipo de valor que representa como lo es la vida misma de los individuos. La pena de muerte estaba prevista y era comúnmente aplicada en los antiguos derechos romano, germánico y canónico. Se ha alegado en los últimos tiempos que los delitos son en esencia distintos, ya en lo substancial, por sus circunstancias de comisión y por una serie de aspectos en que se distinguen unos de otros, siendo esto uno de los motivos que no puedé o más bien, no debe ser aplicada la pena de muerte de manera generalizada, aún y cuando el delito sea el mismo, pero sus características en su comisión (33) Ob. Cit. p. 713.

sión sean distintas, y más aún si tomamos en consideración que la decisión para la aplicación de este tipo de pena es impuesta por de cisión de los hombres, pues por ello estamos sujetos a errores y la aplicación de la pena capital implicaría la destrucción de un bien irreparable que es la vida misma del individuo; así es que como so- meter un bien tan valorado a una decisión judicial que puede estar viciada ya por errores o dolosamente?

Por otra parte, también se ha alegado sobre la utili dad y necesidad de la aplicación de tal sanción, fundandose esto en los efectos que produciría consistentes en la intimidación y por en de en la Seguridad que produciría dentro de la misma sociedad, por el temor fundado de que se tendría de las consecuencias que traería aparejada la comisión de ciertos delitos; pero, no sería más loable dentro de la misma sociedad el conseguir la seguridad de la socie-- dad mediante otros medios penales o bien mediante medidas de seguri dad, lo cual no resulta imposible y sí por el contrario representaría a todas luces una manera de demostrar la superación de la socie-- dad misma así como un aspecto de progreso y no un retroceso propio de sociedades arcaicas y de pensamientos obsoletos, a más de que re sultaría de más utilidad el trabajo de un reo que la privación de - su vida, ya que ésta es un bien que por naturaleza el hombre preten de conservar y no por mentes enfermas que pretenden lavar sangre -- con sangre.

Señalaremos los pro y los contra que pudiera tener - la aplicación de la pena capital, por lo que dentro de los primeros encontramos los siguientes: la autoridad política tiene el deber de imponer la pena de muerte cuando ella sea necesaria para el bien de

la comunidad porque evite otros crímenes; ello se entiende siempre que la pena de muerte no sea sustituible por otra u otras penas o que su ejemplaridad baste para salvaguardar el orden en la vida civil; siendo la sociedad la agrupación de hombres para el bien común, debe contar con todos los medios requeridos para su conservación y mejoramiento; los crímenes más graves hieren la conciencia de la sociedad y justifican por ello la pena de muerte. Por lo que hace a los segundos, para que fuera lícita habría que admitir que la facultad de aplicarla hubiera sido concedida al estado por los ciudadanos a virtud de un pacto entre ambos, fundado en el derecho de cada ciudadano a disponer de su propia vida, lo que es inaceptable; su necesidad no está probada ya que hay otros medios para impedir que los criminales sigan dañando a la sociedad, por lo que es inútil; no constituye escarmiento para el que ha delinquido, pues con privarlo de la vida se hace imposible toda corrección, y tampoco constituye ejemplo para los que no han delinquido, pues, a pesar de ella, siguen cometándose delitos y los reos que la han sufrido han sido testigos de ejecuciones anteriores, además de que la conducta criminal se da cualquiera que sea la pena con que se la retribuya o amenace; por aplicarse sobre el pobre, desvalido, el que carece de medios económicos para cuidar de su proceso penal conforme a la mejor técnica, habilidad, capacidad, etcétera, de sus defensores, la pena de muerte es radicalmente injusta, por desigual no obstante tratarse de iguales; por no permitir la reparación a que dieran lugar los errores judiciales y la malicia humana que falsea la prueba, esto es, por ser irreparable, es ilícita; — pues la supresión de la vida humana requeriría, cuando menos, una



justicia perfecta y, por ello, fuera del poder humano; hay numerosas legislaciones en el mundo que han abolido la pena de muerte y las sociedades regidas por ellas no han perecido, luego tal pena no es imprescindible; la eliminación del criminal, por medio de la pena de muerte, a nadie beneficia, pues si el criminal trabaja para resarcir los daños que ha causado a los deudos de su víctima y además, a la sociedad, por las erogaciones que le ocasiona, todos se beneficiarían con la pervivencia de aquél; la conducta del criminal obedece a factores causales varios antropológicos, físicos y sociales, la pena de muerte suprime al hombre y, con él, los factores antropológicos del delito, pero deja intactos los otros factores que, así, siguen influyendo en la conducta de los individuos; no constituye la pena de muerte una especie de legítima defensa de la sociedad, pues la legítima defensa se ejercita en evitación del daño que inminentemente amenaza, y en el caso el daño ha quedado consumado, por lo que, no tratándose de evitarlo, lo que se hace es reaccionar después de él, esto es, vengarse; por lo mismo que los hombres no están facultados para disponer de la vida de otros hombres, el Estado al privar de la vida a un hombre, que no deja de serlo aunque sea un criminal, desborda el límite de su poder; las leyes tienen una función política finalista, que consiste en elevar el nivel cultural de la sociedad y fortalecer los lazos de solidaridad entre sus miembros, por medio de la pena de muerte se enseña a privar de la vida humana y se estimulan los instintos primarios y antisociales, que están muy lejos de haber desaparecido de los hombres.

Por otro lado, las corrientes abolicionistas han obtenido la eliminación de la pena de muerte en la mayor parte de las

naciones civilizadas o, en las que la conservan, su limitación a casos extremadamente graves.

Dentro del marco jurídico mexicano, la constitución prohíbe sólo para un caso y autoriza para otros, la aplicación de la pena de muerte, pues en su artículo 22, último párrafo, establece: "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."

Ahora bien, en cuanto a la legislación secundaria, dado el carácter más bien facultativo que obligatorio que la Constitución confiere a la posibilidad de imponer la pena de muerte, ésta ha desaparecido prácticamente de la legislación federal y del orden común, subsistiendo únicamente en materia militar. Así, esta pena fue suprimida en el Código Penal, ya que la misma no figura en su artículo 24 que enumera las penas y medidas de seguridad aplicables a los delitos.

No obstante, cabe señalar que en algunos estados de la federación conservan en sus códigos penales la pena de muerte, pero, tomando en cuenta que esta pena se ha aplicado sólo muy esporádicamente y que la última ejecución data de 1937, por lo que puede afirmarse que la tendencia se ha orientado más bien hacia su abolición total. En efecto, al presidente Portes Gil y al Código Penal de 1929 corresponde el mérito de haber eliminado del catálo-

go de las penas la de muerte, pena que existía en el Código Penal de 1871; en cuanto al legislador de 1931, mantuvo la posición del de 1929, mismo camino que siguió el proyecto de 1949.

Cabe agregar, como ya se dijo, que el código de Justicia Militar sí mantiene la pena de muerte por delitos graves del orden militar, como son: la insubordinación con vías de hecho causando la muerte de un superior, ciertas especies de pillaje, los delitos contra el honor militar, traición a la Patria, espionaje, delitos contra el derecho de gentes, rebelión, deserción, insultos, amenazas o violencias contra centinelas, guardia, tropa formada, salvaguardias, banderas y ejércitos; falsa alarma, abuso de autoridad, asonada, extralimitación y usurpación de mando o comisión, infracción de deberes especiales de marinos o de aviadores, de cada militar según su comisión o empleo y de prisioneros.

También por lo que hace a este apartado nos encontramos con otra figura como lo es las penas contra la integridad física o que causan dolor físico. En el derecho moderno van quedando abolidas universalmente las penas corporales que causan dolor físico, porque si, como la de muerte, también son irreparables, además puede decirse que son desiguales y que ni mejoran ni intimidan; constituyen, pues, una sevicia inútil y hasta contraproducente, ya que reviven en el delincuente los sentimientos antisociales que le llevaron a delinquir, lo humillan y lo embrutecen.

En nuestra legislación, la Constitución Política establece en el primer párrafo de su artículo 22 lo siguiente: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa exce

siva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales."; este párrafo, con miras a preservar la integridad y la dignidad que deben ser aseguradas a todo ser humano, máxima cuando éste se encuentra privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria; prohíbe, expresamente, un cierto número de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas por la legislación, como las que pudieran afectar a personas distintas al inculpado y ajenas al delito cometido.

La pena de muerte, así como las penas de mutilación, azotes, apaleo, marca, ruptura de miembros y otras que ocasionan dolor físico, estaban previstas y eran comúnmente aplicadas en los antiguos derechos romano, germánico y canónico. Las leyes de Indias por ejemplo señalaban penas diferentes según las castas. No sería sino hasta el siglo XVIII que habría de levantarse un clamor generalizado de protesta contra las penas corporales.

El derecho constitucional mexicano ha adoptado, de siempre, una tendencia humanitaria, al proscribir numerosas penas crueles, infamantes e injustas. Desde la Constitución de Cádiz de 1812, la cual, aunque vigente en nuestro país sólo por breves períodos, se proscribió para siempre el tormento, admitido, durante siglos, como medio normal para obtener la confesión del inculpado, y se prohibieron igualmente las penas trascendentales. Sin embargo, ya los mismos diputados del Congreso Constituyente de 1856 denunciaban la persistencia en utilizar cadenas, grillos y grilletes, como medios para asegurar a toda clase de reclusos, fuesen éstos ---

grandes criminales, presos políticos o simples acusados. Hoy día, las vejaciones, los malos tratos, las agresiones físicas o psicológicas y hasta la tortura, forman parte de los métodos normales empleados por los diferentes cuerpos de seguridad pública incluso desde la etapa de su actividad indagatoria de los delitos.

SANCIONES CONTRA LA LIBERTAD.- Es en este punto de la clasificación de las sanciones donde se ubica la pena de prisión, que dentro de este apartado resulta ser la de mayor relevancia. Esta pena es la privación de la libertad mediante reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial también.

La experiencia que se ha tomado a través del tiempo sobre la pena de prisión, hace considerar que es el medio más frecuente de la defensa contra el delincuente. En la sociedad es lo que se llama eje del sistema represivo en todos los países modernos aún cuando en el futuro la pena fuere por completo un tratamiento educativo, sería sobre una base de restricción o privación de libertad del delincuente. Esta sanción constituye la base del sistema penal de los pueblos modernos, lo que en la antigüedad no tuvo este carácter pues en el Derecho Romano tenía más bien un carácter de medida preventiva para evitar las fugas de los procesados. Sin embargo, años más tarde, las legislaciones las empezaron a utilizar como penas -- hasta fines del siglo XVII, por ejemplo, la HOUSE OF CORRECTION de BRIDEWELL LONDRES 1552. En 1596 se crearon las casas de reforma para vagabundos y prostitutas en Amsterdam, y en 1704 el Hospicio de San Miguel erigido en Roma por Clemente XI para delincuente jóvenes y la célebre prisión de Gante elevada por el Burgo maestro Juan

Vilain en 1575.

Posteriormente, se difundió la aplicación de la pena de privación de libertad, pero su organización y humanización - se debió a John Howard 1726-1790 quien se dedicó a escribir muchos libros en los cuales sentó las bases para la ejecución racional y humana de la pena de prisión. Sus ideas fluyeron inmediatamente y hubo un movimiento llamado penitenciarismo, que ha levantado cárces higiénicas y humanas y señaló también la corrección y regeneración moral de los penados.

En los últimos años se ha vuelto a insistir en el tema de la inutilidad de la prisión. Para algunos, como el recordado maestro Ruiz Funes, se trata de una crisis, de una crisis específica por que se debe a su propia organización y a sus métodos -- tradicionales. Otros hablan de fracaso y no faltan quienes la califican de agonía. También se habla de que se trata de una institución que cumple sus objetivos conforme a determinados intereses políticos; no es una institución inocente, sino que sus firmes y - degradantes postulados, manifiestos o no, son útiles para la clase dominante.

Las críticas a la prisión son numerosas, decisivas y no han encontrado una respuesta científica en sus partidarios. - Sólo se afirma, en respuesta, que la institución existe, que es necesario defender a la sociedad, y que no se observa ningún síntoma de que la misma tienda a desaparecer. Más que de la existencia de la prisión se deberían probar su eficacia o utilidad y no siempre se hace.

Una gran parte de la doctrina, es partidaria de la

pena de privación de la libertad, o por lo menos la justicia con diversos argumentos, como el de la efectividad de la misma en la rehabilitación social. Otros autores la han defendido en virtud del supuesto poder intimidante, lo que se encuentra plenamente desvirtuado por el vertiginoso aumento de la criminalidad y por el pronunciado porcentaje de reincidencia. Otro argumento señala la necesidad ineludible de defender a la sociedad. Por otro lado se ha sostenido que es una necesidad social ineludible, que la comunidad que renuncia a la pena es como si renunciara a sí misma, que tiene un papel de prevención especial, que al alejar al delincuente de la sociedad lo priva de la oportunidad de cometer nuevos crímenes, -- que no se ha probado su ineficacia en términos de reincidencia.

Por otra parte, dentro de este mismo apartado se -- contemplan otras figuras que quedan comprendidas como sanciones -- contra la libertad, las cuales a continuación enumeramos:

1).- RELEGACION.- Consiste la relegación (transportación o deportación) en el envío del delincuente a una colonia o territorio alejados de los centros de población o de la metrópoli para residir forzosamente en ellos, pero sin reclusión carcelaria.

2).- CONFINAMIENTO.- Consiste en la obligación de residir en determinado lugar por tiempo fijo. Semejante a la relegación, se diferencia, sin embargo, de ella, en que el lugar de residencia no es una colonia penal. Constituye, por tanto, una limitación de la libertad sin encarcelamiento, pero con vigilancia de la policía y amonestación.

3).- PROHIBICION DE IR A LUGAR DETERMINADO.- También limita la libertad la pena que prohíbe ir a lugar determinado; pena que como la anterior, lleva anexas la amonestación y la vigilancia

de la policía.

Dentro de este apartado haremos mención también de algunas figuras que operan contra las penas cortas que atacan la libertad y que son:

a).- Cuando la pena de prisión no excede de tres meses y es conmutada por multa, subsidiariamente para el caso de insolvencia del reo se le obliga a la prestación de trabajo, sin reclusión.

b).- La caución sustitutoria de la privación corta de libertad y por la que el reo se obliga a observar buena conducta. En nuestro derecho la caución de no ofender está catalogada entre las penas y medidas de seguridad, para los casos en que se tema fundadamente que una persona esté en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas, y no estimen suficiente los jueces el apercibimiento. En tales casos los jueces exigirán al acusado una caución de no ofender.

c).- Asimismo el apercibimiento o reprobación judicial se aplica en sustitución de las penas cortas de privación de la libertad. Consiste en la conminación que el juez hace a alguna persona, cuando se tema con fundamento que está en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas, de que en caso de cometer el delito que se propone u otro semejante será considerado como reincidente.

d).- La amonestación consiste en la advertencia que el juez dirige al acusado haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere. Esta amonestación



se hará en público o en lo privado, según parezca prudente al juez.

e).- Poco extendido en las legislaciones, se ha propuesto también como sustitutorio de la corta prisión el arresto domiciliario.

f).- El perdón judicial aplicable a casos de notoria levedad, es tachado de inadecuado por decirse que obedece a sentimentalismos impropios para la represión de los delitos; pero con gran vigor se comenta que el perdón como sustitutivo de la pena cogta es cosa que se impone y debe ser condicional, a fin de que si el perdonado comete otro delito en el plazo fijado se le abra proceso por el antiguo. En nuestro derecho no ha recibido acogida esta medida de política criminal, por más que estén reconocidas la amnistía y el indulto por gracia y la libertad preparatoria, que son propiamente casos de perdón, no judicial, sino administrativo; la condena condicional que también lo es en cierto modo, judicial y administrativa; la prescripción y las sanciones de prisión con mínimo de tres días, frecuentes a través del articulado del Libro II del Código Penal, que sí son prácticamente perdón judicial.

g).- La condena condicional que es la más generalizada de todas las medidas legislativas adoptadas contra las penas cortas de privación de la libertad. La condena provisional, o más correctamente, suspensión condicional de la pena tuvo su origen en Massachusetts (1859) y Boston (1873), pasando al continente europeo con la ley belga de 1888. Tiene por objeto evitar la ejecución o cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, evitando en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los -

que se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos. En nuestra legislación se regula en el artículo 90 del Código Penal en vigor.

Para los efectos del punto a estudio, se agrega a continuación una clasificación que hace Luis Marco del Pont (34), por lo que hace a medidas restrictivas de libertad:

- 1.- Suspensión condicional de la ejecución penal.
- 2.- "Probation" que consiste en un método de tratamiento para el delincuente especialmente seleccionado, al que se le suspende condicionalmente la sanción y se le coloca bajo una vigilancia personal y una orientación o tratamiento individual.
- 3.- Libertad condicional.
- 4.- "Parole" que consiste en una especie de libertad condicional después que se ha cumplido una parte de la condena.
- 5.- Tratamiento en libertad.
- 6.- Semilibertad.
- 7.- Confinamiento.
- 8.- Prohibición de residir en determinado lugar.
- 9.- Arresto domiciliario.
- 10.- Tratamiento en libertad para inimputables o semilibutables.

SANCIÓNES PECUNIARIAS.- Las penas pecuniarias, particularmente la multa y la confiscación, fueron conocidas de anti-

(34) MARCO DEL PONT, Luis. DERECHO PENITENCIARIO. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición, Méx., D.F. 1984. - p. 675.

quo; existieron en Roma, como tales multas y como confiscación con-  
secutiva a delitos gravísimos.

En nuestro derecho la sanción pecuniaria comprende -  
la multa y la reparación del daño; pero derivando de la última la  
publicación especial de sentencia y existiendo también las sancio-  
nes de pérdida de los instrumentos del delito y de confiscación o  
destrucción de cosas peligrosas o nocivas, que también son penas pe-  
cuniarias, debemos considerarlas en este capítulo.

SANCIONES CONTRA CIERTOS DERECHOS.- Aquí nos encon-  
tramos con las penas contra la reputación llamada honor; la doctri-  
na moderna desecha en lo absoluto las penas infamantes porque hie-  
ren la dignidad humana en vez de reforzarla y porque son desigua-  
les: la infamia y el deshonor provienen del delito y no de la pena  
con que se le castiga; pueden nacer de la opinión, pero no de un -  
texto legal; la infamia proclamada por el legislador es cosa peli-  
grosa e inmoral; no es prudente excitar de un modo oficial a las -  
muchedumbres al desprecio de los condenados.

En nuestro derecho las penas infamantes no pueden -  
inponerse según se desprende del artículo 22 de nuestra Carta Mag-  
na, que al efecto dice: "quedan prohibidas las penas de ... infa-  
mia ... y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales..."

También resulta importante señalar otra sanción co-  
mo lo es la suspensión o privación de derechos misma que reconoce  
nuestra legislación en dos especies: la que por ministerio de la -

ley resulta de una sanción como consecuencia de ésta; y, la que por sentencia formal se impone como sanción. En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia. En el segundo caso, si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad comenzará al terminar ésta y su duración será señalada en la sentencia.

El caso de suspensión de derechos, resultante necesario de una sanción principal, se da con la pena de prisión: la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena ...

Por otro lado, se encuentra también otra sanción que es la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo, se impone la segunda por peculado, concusión, por ciertos delitos cometidos en la administración de justicia, y por delitos de abogados; en tanto que la tercera, en otros también contra la administración de justicia. La inhabilitación procede en el caso de la fracción II del artículo 197 del Código Penal.

C A P I T U L O    I I I

A G R A V A N T E S        Y        A T E N U A N T E S

- a).- NOCION DE AGRAVANTES Y ATENUANTES.
- b).- CLASIFICACION DE LAS AGRAVANTES.
- c).- CLASIFICACIÓN DE LAS ATENUANTES.
- d).- DIFERENCIA ENTRE CALIFICATIVA Y MODALIDAD.

### III.- AGRAVANTES Y ATENUANTES

#### a).- NOCION DE AGRAVANTES Y ATENUANTES.

En el presente inciso se pretende dar una visión general de los conceptos "agravantes" y "atenuantes", a efecto de poder tener una noción del significado de ambos vocablos, ya que en materia penal y en la praxis, ambas figuras tienen gran relevancia jurídica.

Las circunstancias agravantes, nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero, tendencia del daño Social (Beccaria); segundo, la spinta criminosa (Romagnosi), y tercero, el deber violado (Rossi) (35). Para saber cómo se llevó a cabo la conducta delictuosa, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obró en el extremo de una agravante y que es merecedor de mayor penalidad, sólo redundaría en perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad.

El juzgador logra imponer una sanción justa y adecuada al caso concreto, cuando la desprende del análisis detallado

(35) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit. p. 95

de la pequeña, regular o enorme gravedad del hecho producido. Así vemos, que las circunstancias atenuantes son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución en la pena con respecto al delito simple.

Por otra parte, como en el Código Penal del — Distrito Federal no existen consignadas como ocurre en códigos extranjeros y sucedió en los anteriores códigos de 1871 y 1929, agravantes y atenuantes, sólo es posible hablar de circunstancias del delito de carácter específico; es por ello, que a partir de este momento, nos referiremos a las citadas circunstancias del delito.

(36)

Según Maggiore, las circunstancias del delito son aquellos elementos no constitutivos, sino simplemente accesorios del delito, que influyen sobre su gravedad, dejando inalterada la esencia. (37)

Para Bettiol, las circunstancias son elementos de hecho de carácter objetivo que se relacionan únicamente sobre la gravedad del delito, dejando inalterada su denominación jurídica; si en presencia de una determinada circunstancia cambia también el título del delito, quiere ello decir que nos encontramos frente a un elemento esencial, constitutivo del delito mismo".(38)

El maestro de Pisa nos dice que son aquellas — que aumentan o disminuyen la cantidad política del delito. (39)

(36) PAVON VASCONCELOS, Francisco. LAS REFORMAS PENALES. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1987. Segunda Edición. p. 105.

(37) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1995. p.37.

(38) CARDENAS, Raúl P. DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE ESPECIAL. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1982. Tercera Edición. p.111.

(39) CARDENAS, Raúl P. Ob. Cit. p. 111.

Para Antolisei las circunstancias del delito son, por lo general, aquellas que están en torno del delito. Implican por su índole la idea de accesoriedad, ellas presuponen necesariamente lo principal, el cual está constituido por un delito perfecto en su estructura. (40)

Ranieri, por su parte, define las circunstancias o accidentalia delicti, diciendo que son los elementos que pueden eventualmente agregarse a aquellos que son indispensables para la existencia del delito, de conformidad con su descripción legal (essentialia delicti), por lo cual pueden subsistir o no, sin que por ello resulte modificada la estructura del delito ya perfecto, pero en el caso de que subsistan, agravan o atenúan la entidad de la pena. (41)

Las circunstancias del delito no deben confundirse con los elementos constitutivos del mismo, porque éstos, --- esenciales o eventuales, tienen carácter principal y ordinario, y aquéllas, en cambio, tienen carácter secundario y extraordinario, y por eso mismo, un elemento constitutivo del delito no puede nunca ser simultáneamente circunstancia del delito.

Las circunstancias se dividen en generales y específicas. La circunstancia general pertenece a la Parte General del Código Penal y funciona con respecto a todos los delitos que la admitan, ya sea para agravar o atenuar la pena, y la circunstancia específica es aquélla que contiene el tipo, o bien, se agrega al mismo, aumentando o disminuyendo la sanción, dando lugar a una clasificación en orden al tipo, denominándose tipos especiales cualificados o privilegiados cuando la circunstancia la contiene el -

(40) CARDENAS, Raúl F. Ob. Cit. p. 111.  
 (41) CARDENAS, Raúl F. Ob. Cit. p. 111.



tipo, para aumentar o disminuir la pena, respectivamente, o comple-  
mentados, subordinados o circunstanciados, cualificados o privile-  
giados, cuando la circunstancia se agrega al tipo fundamental o bá-  
sico, para aumentar o atenuar la pena. (42)

Las circunstancias previstas en nuestro Código, nos permiten clasificar los delitos, en orden al tipo, en tipos fun-  
 damentales o básicos y en tipos complementados, circunstanciados o  
 subordinados, y tipos complementados privilegiados.

Los tipos complementados requieren para su ---  
 existencia, del tipo fundamental, al que se agrega una circunstan-  
 cia, que sin modificar o excluir el básico, aumentan o disminuyen  
 su sanción.

Si modifican el núcleo o denominación, se con-  
 vierten en tipos especiales y el elemento modificador no debe te-  
 nerse como circunstancia, sino como elemento esencial que excluye  
 la aplicación del básico.

Cabe aquí hacer mención de que existen elemen-  
 tos que unidos al tipo, lo hacen cambiar, pero que sin embargo no  
 resultan ser circunstancias del delito, o la tentativa, respecto -  
 al delito consumado, o ciertos elementos personales, como la rein-  
 cidencia, que tampoco son circunstancias del delito.

Ranieri, considera que no son circunstancias,-  
 en sentido propio:

a).- Aquellos elementos que, al intervenir, --  
 importan el pase de uno a otro tipo de delito, en cuanto se trata  
 de elementos constitutivos que entran a componer la estructura de

una determinada figura delictiva; por ejemplo, en nuestro derecho, la relación de padre o hijo, que convierte el homicidio en parricidio.

b).- Aquellos elementos de valorización, que inciden sobre la entidad de la pena y no sobre la entidad del delito, por ejemplo, el aumento de la pena, cuando el condenado no pudiere pagar la que el juez le hubiere fijado como sanción pecuniaria, o solamente pudiera pagar parte de ella.

c).- Aquellos elementos de valorización que el Juez debe tener en cuenta, en el ejercicio de su poder discrecional, para la aplicación de las sanciones dentro del mínimo y máximo que para cada delito señala la ley, tal como se dispone en los artículos 51 y 52 de nuestro Código vigente.

d).- Aquellos que la Ley llama impropia-  
mente "circunstancias excluyentes de responsabilidad".

e).- La reincidencia, porque ésta no es elemento que se una al delito, sino una calidad de la persona del reo.

(43)

Las circunstancias del delito, fueron desconocidas en el antiguo derecho romano, que tenía sanciones rígidamente establecidas, pero en la época imperial, respecto de los supremos juicios criminales, reservados al Príncipe y al Senado, el deber de juzgar según la ley, no les restaba a los altos jueces la facultad de mitigar o agravar la ley, facultad, que con el tiempo, trajo consigo una delegación imperial, y permitió la aplicación de la potestad agravadora y mitigadora en los nuevos juicios. Se formó así una costumbre, que determinaba las atenuaciones y las agravaciones en base a las peculiares circunstancias de los casos indi-

(43) CARDENAS, Raúl P. Ob. Cit. p. 112.

viduales y en relación a los medios, al tiempo, al lugar del delito y a la persona del ofendido y el delincuente.

Ahora bien, atendiendo un poco en cuanto a la naturaleza jurídica de las circunstancias del delito, algunos tratadistas afirman que son hechos que se relacionan únicamente con la gravedad del delito; en esta gravedad, se funda la razón de ser de las circunstancias que se resuelven siempre, en una mayor o menor culpabilidad moral del agente y por tanto, en una mayor retribución de la pena aplicable.

Si el sujeto activo obra premeditadamente, si sorprende a su víctima, si obra a traición o con ventaja, si agrede y daña a su padre o a su madre, si emplea bombas, incendia, actúa con brutal ferocidad, etcétera, se revela más culpable, moralmente, que el delincuente ordinario y debe ser más castigado; si por el contrario obra por motivos nobles o bajo la influencia de un justo dolor o de ira fundada u otra causa, será moralmente menos culpable y la pena que debe sufrir debe ser menor.

Asimismo, otros autores han sostenido que la naturaleza jurídica de las circunstancias se fija en función de las disposiciones contenidas en el Código Civil y del "negocio jurídico", pero las diferencias entre el delito y el negocio son tan relevantes, que no es posible fundar explicación alguna en conceptos derivados del derecho privado. Al respecto dice Maggiore que el delito como acción antijurídica, respecto al cual sólo el ordenamiento jurídico, que lo declara tal, es decisivo, es fenómeno distinto del negocio, acto jurídico en el que domina la voluntad privada. (44). Así pues, nos encontramos con que en el negocio --- los accidentes son predeterminados (condición, modo, término), y (44) CARDENAS, Raúl F. Ob. Cit. p. 114.

en el delito, no podemos hablar de condición, ni de modo, ni de término y ello, por la sencilla razón, de que las circunstancias del delito reposan sobre el concepto de gravedad, extraño al negocio jurídico. El homicidio circunstaciado puede ser más o menos grave, según que sea acompañado de circunstancias agravantes o -- atenuantes, del homicidio simple; en cambio, la donación o el legado bajo condición o la obligación a término, no permiten de ningún modo el predicado de la gravedad o de la cantidad moral. Al hablarse de la condición, algún autor afirmó que no existen condiciones suspensivas del delito; existen sólo condiciones suspensivas de la punibilidad.

Cuando hablamos de delito, nos referimos a un hecho en concreto, un comportamiento, una causación. Lo anterior no puede decirse al menos en su generalidad, respecto a las circunstancias que acompañan al delito; éstas son un agregado, un plus que se une al delito en sus atributos típicos e indefectibles; en última instancia, constituyen una modalidad de la conducta y -- sólo por excepción pueden constituir un hecho, en una actividad -- del agente; pero este plus o agregado, es de naturaleza distinta, -- por lo que, para estudiar su contenido jurídico, deben agruparse en clases homogéneas, en las cuales las circunstancias presenten identidad de contenido y sólo mediante tal procedimiento será posible establecer la regla que domina a cada uno de estos grupos, -- que sin embargo, como quiera que son o modalidades de los elementos constitutivos o esenciales del delito, o consecuencias que se unen al tipo básico, están, como es obvio suponer, en estrecho -- contacto con la teoría del delito.

Expuesto así este breve bosquejo de la naturaleza jurídica de las circunstancias del delito, o sea hechos que se relacionan tan sólo con la gravedad del mismo, aportaremos algunas clasificaciones que de las mismas se han dado y que son las siguientes:

Las circunstancias pueden distinguirse en agravantes o atenuantes, según importen una pena más o menos grave, - que la señalada al delito simple.

Las circunstancias pueden ser objetivas o subjetivas; para tal caso, es el artículo 70 del Código Italiano en el que se mencionan las circunstancias objetivas y las de carácter objetivo.

También se pueden clasificar en simples y complejas, o sea aquellas que se contienen o no en otra; en compatibles e incompatibles, según puedan o no contenerse en otras y, en generales y especiales, o sea aquellas que se refieren en la ley a un número indeterminado de delitos o bien en particular a un -- grupo limitado de delitos. En casi todos los Códigos, que aceptan esta última clasificación, las circunstancias particulares, - son las únicas que convierten los delitos de simples en calificados, por lo que son las únicas también que deben aceptarse como - tales.

Por otra parte, atendiendo y centrandonos un poco más al marco jurídico mexicano, observamos que los códigos - anteriores al de 1931, reglamentaban las circunstancias agravantes y atenuantes. Así el Código Penal de 1871, para el Distrito

y Territorios Federales se refiere a circunstancias agravantes y - atenuantes, en los artículos 39 al 43 y del 44 al 47, respectivamente, incluyendo además un capítulo que trata de las "prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes". El Código Penal de 1929, igualmente hace mención a las agravantes y atenuantes, respectivamente en los artículos 60 al 63 y 56 al 59, conteniendo en la misma forma que el de 71, un capítulo referente a "prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes".

En efecto, en el Código de 1971, los capítulos III, IV y V del título primero del Libro Primero, se refieren a -- las circunstancias atenuantes y agravantes, que se dividen unas y otras, en cuatro clases, a las que les atribuye el artículo 37, un valor determinado para aumentar o disminuir la sanción.

El Código Penal de 1931 acaba con el sistema - de agravantes y atenuantes, substituyéndolo por el arbitrio judicial a que aluden los artículos 51 y 52 del mencionado ordenamiento. El primer artículo citado establece, que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas por cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las particulares del delincuente. Y el segundo, artículo 52 determina, que en la aplicación de las - sanciones penales, se tendrá en cuenta, la naturaleza de la acción y omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido, la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, - los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus con

diciones económicas, las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que demuestren su mayor o menor temibilidad, y el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

El Código de 1929 emplea la palabra temibilidad para fundar la graduación de las sanciones. Las circunstancias atenuantes o agravantes, señala el artículo 47 del Código mencionado, determinan la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones (penas) y el artículo 48 establece que tanto las circunstancias atenuantes, como las agravantes se dividen en cuatro clases, según la mayor o menor influencia que tienen en la temibilidad del delincuente.

Los legisladores de 1931 recogieron las críticas que se habían hecho a los sistemas de los Códigos anteriores, abandonaron el casuismo y suprimieron las circunstancias generales, consagrando únicamente atenuantes y agravantes específicas, es decir, relacionadas con determinados delitos o grupos de delitos.

Las mal llamadas circunstancias agravantes o atenuantes, de los Códigos de 71 y 29, que no son tales, por cuanto no agravan o atenúan el delito, sino únicamente la pena con miras a su individualización, se suprimieron en el Código de 1931.

Sin embargo, en los artículos 51 y 52 del Código Penal, se impone a los jueces la obligación de aplicar las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincente.

Las que atenúan, no reciben en nuestro derecho denominación especial, en tanto que, las que agravan, reciben el nombre de circunstancias calificativas y los delitos en que concurren, delitos calificados.

Por otra parte, se mencionan, en relación con determinados delitos, las circunstancias que los agravan o atenúan, de tal suerte que los delitos se convierten, cuando coexisten con el tipo básico, en delitos calificados o atenuados.

Son tipos complementados, circunstanciados o subsidiarios, en los que al tipo básico se agrega, como aditamento, la norma que contiene la suplementaria circunstancia, agravando al mismo delito.

Nuestro Código, siguiendo la corriente de casi todos los Códigos modernos, ha diferenciado las circunstancias que agravan o atenúan los delitos, de los elementos que debe tener en cuenta el Juez para individualizar la punición, dentro de los máximos y mínimos, que para cada tipo, marca la ley penal y que, sin embargo, en los Códigos de 1871 y 1929, se denominaban impropialemente "circunstancias agravantes o atenuantes."

Carnavale las llama circunstancias judiciales arbitrales, y las relaciona también con la punición, por lo cual se impone a los jueces la obligación de tener en cuenta, para el



ejercicio de su poder discrecional, la gravedad del daño causado, o del peligro corrido, la naturaleza de la acción, los medios, -- tiempo, lugar, etcétera (45), tal punición no puede ser menor ni mayor de los mínimos y máximos que fija la ley, en tanto que las circunstancias propiamente dichas, modifican la gravedad del delito y aumentan o disminuyen la punición, rebasando los límites impuestos al tipo básico.

Los artículos 51 y 52, dan las reglas para -- que los jueces puedan hacer uso de sus poderes discrecionales en la aplicación individual de la pena y en función del particular - sujeto que ha de resentir las consecuencias de su conducta, en -- tanto, que las circunstancias propiamente dichas, provocan el aumento o disminución de la pena, en función de la alarma que una de terminada conducta puede causar a la sociedad.

(45) CARDENAS, Raúl F. Ob. Cit. p. 122.

## b).- CLASIFICACION DE LAS AGRAVANTES.

En el presente inciso se pretende contemplar de una manera general, la mayor parte de los casos que prevee nuestro Código Penal, en los que por determinadas circunstancias, se agrava la pena de la del delito de que se trate; aún y cuando según criterio de diversos doctrinarios, varios de estos casos no sean considerados circunstancias del delito; pero que, sin embargo, traen aparejada, consecuentemente, la agravación o atenuación de la pena. Es por ello, que a continuación se hará una breve reseña de todos aquellos casos que, a mi criterio, resultaron ser más relevantes que otros y que son los que se detallan de la manera siguiente:

1.- El art. 315 establece: "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición"; procederemos en primer término a analizar la premeditación y posteriormente las de más calificativas de manera sucesiva.

I.- PREMEDITACION.- Algunos Códigos sólo prevén la premeditación y otros la definen. Su concepto jurídico se elabora según tres distintos criterios: el cronológico, el psicológico y el mixto. (47)

El cronológico exige el transcurso de un lapso de tiempo entre la resolución de delinquir y la ejecución material del acto. El psicológico se funda, especialmente, en el estado psicológico del agente, caracterizado por la serenidad con que prepa-

(46) VILALTA Y VIDAL, Antonio. LA PREMEDITACION COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE. Editorial Porrúa, S.A. Méx.1988. 2a.Edición. p.23.

ra y ejecuta el delito. El criterio mixto, es naturalmente, una amalgama de los dos precedentes y exige, por lo tanto, el transcurso del tiempo y la frialdad de ánimo. Ahora bien, visto esto y tomando en consideración el dolo inherente a todo delito, podemos decir que la premeditación consiste en haber esperado, reflexionado, tomado medidas y fortificado la voluntad para perpetrar el delito.

Etimológicamente analizada, premeditación es una palabra compuesta, en la que el sustantivo meditación indica juicio, análisis mental en que se pasan y miden los diversos aspectos, modalidades o consecuencias de un propósito o idea; el uso -- del prefijo pre indica anterioridad, que la meditación sea previa. Aplicada a los delitos, la premeditación es una circunstancia subjetiva, por la que el agente resuelve, previa deliberación mental, previo pensamiento reflexivo, la comisión de una infracción. (47)

Nuestro Código señala que hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer. Dos elementos necesarios e inseparables se desprenden de la anterior noción legal: a).- un transcurso de tiempo más o menos largo entre la resolución y la ejecución del delito; y b) que el agente, en el desarrollo, haya meditado reflexivamente, deliberado maduramente, su resolución. En la calificativa, concurren un elemento, la reflexión, perteneciente al orden interno del sujeto activo, y otro elemento, la anterioridad, computable en razón del tiempo.

El tercer apartado del artículo 315 enumera varias circunstancias en que se presume la premeditación. Esa presunción debe interpretarse como juris tantum, porque el supuesto le--

(47) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. CODIGO PENAL COMENTADO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1987. p. 419.

gal puede ceder lógicamente ante el conocimiento exacto de la ausencia de espíritu reflexivo previamente deliberado. La brutal ferocidad, los motivos depravados, el ensañamiento contra la víctima o la retribución dada o prometida, deberían ser circunstancias autónomas, con independencia de la premeditación, porque son índices muy claros y precisos de extrema temibilidad, reveladores de la índole antisocial del sujeto.

La premeditación, circunstancia subjetiva, podrá conocerse judicialmente por sus manifestaciones exteriores, tales como: adquisición previa de armas o de instrumentos necesarios para la ejecución del delito; amenazas anteriormente vertidas; vigilancia hecha sobre la proyectada víctima; precauciones tomadas para asegurar la comisión del delito o la inmunidad posterior; revelaciones hechas a tercera persona; concierto anterior entre varios partícipes, etcétera.

La premeditación indeterminada, es aquella en que el sujeto activo, sin proponerse ofender a persona cierta y conocida, con anticipación forma el designio deliberado de matar o lesionar a cualquiera persona, la primera que encuentre en un lugar, por ejemplo, reúne los elementos legales y morales de la calificativa, debiéndose aplicar la penalidad agravada, porque la ley tutela la integridad biológica de todos.

La premeditación ha constituido desde mucho tiempo atrás una forma agravadora de la penalidad correspondiente al homicidio y a las lesiones. Para precisar el concepto de homicidio premeditado debe partirse del contenido de los artículos 302, 315 y 320 del Código Penal, pues el primero define el homicidio, -

mientras el segundo determina lo que debe entenderse por premeditación, en tanto el último señala la pena aplicable. Igual procedimiento debe seguirse con las lesiones, tomando como base el artículo 288.

II.- VENTAJA.- Hay homicidio y lesiones calificadas con ventaja, cuando ésta sea de tal naturaleza que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido y aquél no obra en legítima defensa, según lo precisa el artículo 317 del Código Penal.

El artículo 316 declara la existencia de ventaja: "I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado; II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan; III. Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido, y IV. Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie. La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en legítima defensa, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia."

Los anteriores ejemplos legales de ventaja, de los que debe excluirse la que se registra en legítima defensa y la que favorece al agredido que de no usarla hubiera corrido peligro de su vida, no constituyen por sí solos la calificativa de ventaja, la que requiere otro requisito reglamentado en el artículo 317.

No basta la existencia de ventaja o superioridad de una persona respecto de otra, en la forma ejemplificada en

las cuatro fracciones del artículo 316; para que se complete la calificativa es necesario que estas ventajas sean de tal naturaleza que el que hace uso de ellas permanezca inmune al peligro; basta - que el ventajoso pueda, en hipótesis racional, ser lesionado por - el ofendido, para que, a pesar de su superioridad, no se le apli-- que la agravación calificada de penalidad. No obstante el silen-- cio de la ley, que se limita a ejemplificar casos de ventaja obje-- tivos y materiales, deberá estimarse inexistente la calificativa - cuando el que posee la superioridad física la ignora racionalmente o, por fundado error, cree que el ofendido cuenta con medios supe-- riores de defensa, porque no sería lógico ni equitativo imputar -- una circunstancia al que accionó sin conocimiento de ella.

III.- ALEVOSIA.- La circunstancia de obrar con alevosía, al privar de la vida a otro o alterar su salud convierte el homicidio y las lesiones simples en homicidio y lesiones califi-- cadas; el tipo básico se complementa, creando un tipo complementa-- do, subordinado y cualificado de homicidio o de lesiones con alevosía, cuya existencia depende necesariamente de aquéllos, careciendo por ello de independencia o autonomía.

El artículo 318 define la alevosía en la si--- guiente forma: "La alevosía consiste en sorprender intencionalmen-- te a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera ha-- cer."

González de la Vega estima que el artículo se refiere a dos formas de alevosía: la primera consiste en la ase--- chanza o la intencional sorpresa de improviso, equivalente a la clásica calificativa francesa del "guetapens", constituyendo procedi--

mientos exteriores de ejecución, preparatorios del delito, que exponen a grave peligro al ofendido, porque la artera emboscada le impide generalmente la natural reacción de defensa; mientras la segunda la hace consistir en el empleo de cualquier otra clase de medios que no den lugar al ofendido a defenderse ni evitar el mal -- que se le quiera hacer. (48)

Fernando Román Lugo señala, como formas de alevosía: a) Sorprender intencionalmente a alguien de improviso; b) -- Empleando asechanza, y c) Empleando cualquier otro medio que no le dé al ofendido lugar a defenderse. (49)

Mariano Jiménez Huerta considera a la sorpresa como el común denominador en las tres formas alevos en su criterio recogidas por el artículo 318; según este autor son: a) Sorprender intencionalmente a alguien de improviso; b) Sorprender a alguien -- empleando asechanza, y c) Sorprender a alguien empleando cualquier otro medio que no dé lugar a defenderse. (50)

Celestino Porte Petit piensa que del artículo 318 se desprenden las tres formas alevos siguientes: a) Sorprender a alguien intencionalmente de improviso sin darle lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer; b) Empleando asechanza que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer; c) Empleando cualquier otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer. Para este autor lo relevante en las formas alevos citadas viene a ser la situación

- (48) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1988. p. 73.  
 (49) PAVON VASCONCELOS, Francisco. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1985. 5a. Edición. p. 185.  
 (50) JIMENEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1984. Tomo II. p. 128.

ESTA TESIS NO DEBE  
 SALIR DE LA BIBLIOTECA

en que el medio empleado coloca al pasivo del delito: un estado de indefensión total, puesto que tanto la sorpresa intencional de improviso, como la asechanza o cualquier otro medio, impiden a la -- víctima defenderse y evitar el mal que se le quiere hacer. (51)

Para el autor Francisco Pavón Vasconcelos, --- quien toma en consideración las opiniones de Jiménez Huerta y Porté Petit, considera como formas de alevosía recogidas en el artículo 318, las siguientes: a) Sorprender intencionalmente a alguien de improviso no dándole lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer; esta forma aleve supone, por tanto, no sólo la -- sorpresa, sino la sorpresa intencional, aquella buscada y no surgida fortuitamente, dándose lugar de improviso respecto a la víctima. Sorprender supone "coger de improviso", de manera que la víctima debe ser tomada desprevenida, siendo para ella imprevisto el ataque por su carácter súbito e inesperado. El efecto de la sorpresa intencional consiste en colocar a la víctima en una situa---ción tal que no pueda defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer. b) Sorprender a alguien empleando asechanza que no le dé -- lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer; esta -- forma aleve supone la sorpresa mediante el empleo de la asechanza (engaño o artificio para dañar a alguien), cuyo efecto habrá de -- ser impedir la defensa y lograr el mal que se quiera hacer. El empleo de la asechanza, por tanto, está encaminado a producir sorpresa en la víctima para facilitar el fin de lesionarla o privarla de la vida al impedirle la defensa. c) Sorprender a alguien empleando cualquier otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar

(51) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 185.



el mal que se le quiera hacer; esta tercera forma aleve, como las anteriores, requiere la sorpresa en razón de cualquier otro medio que no le dé a la víctima oportunidad de defenderse ni evitar el mal. (52)

IV.- TRAICION.- El artículo 319 señala: "Se - dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alvosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza."

En el Derecho mexicano perflase la traición - como una alevosía, a la cual viene a agregarse una circunstancia - más, la perfidia, que agrava el juicio de reprobación que merece - quien ha utilizado los medios que, provocando sorpresa en la vícti - ma, la han dejado indefensa e incapacitada para evitar el mal. La - perfidia usada es violación de la fe o seguridad expresamente pro - metida a la víctima, o que tácitamente esperaba ésta por las rela - ciones de parentesco, gratitud, amistad, etcétera, que llevaba con - el agente del delito, de manera que el concepto integral de trai - ción no puede prescindir de ambas nociones, pues como certeramente - expresa Jiménez Huerta, "la traición no consiste en la simple vio - lación de un lazo o deber moral de lealtad oriundo de parentesco, - gratitud o amistad, etcétera, sino en la utilización insidiosa de - la fe o confianza que dichos vínculos crean en el sujeto pasivo, - para impedir que éste pueda evitar el mal que se le quiere hacer"(53)

(52) PAVON VASCONCELOS, Francisco. LECCIONES. Ob. Cit. p. 186.

(53) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. 134.

Ahora bien, vistas las calificativas que se señalan en los puntos que anteceden, fijemos ahora nuestra atención por lo que hace a la penalidad aplicable en caso de darse dichas - calificativas. El tercer apartado del artículo 22 de la Constitución General de la República establece como garantía individual la prohibición de 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 saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. La Constitución no impone como obligatoria la penalidad de muerte para los delitos que enumera; admite posibilidad legal, sin violarse la garantía, de que las leyes ordinarias, federales o comunes, señalen o no dicha pena privatoria de la vida en los casos previstos. El Código de 1871, demarcaba pena capital a los homicidios -- ejecutados con premeditación, o con ventaja, o con alevosía, o a traición. Actualmente, algunos Códigos de los Estados de la República, que no han recibido todavía la influencia de la vigente legislación federal y común para el Distrito Federal, contenida en el Código Penal de 1931, conservan vigente la pena de muerte. La efímera legislación de 1929, que a pesar de todo dejó huella en la reforma de nuestras instituciones penales, fué la que suprimió la pena de muerte.

Suprimida la pena de muerte, el procedimiento de agravación de la penalidad por las calificativas es distinto, - según se trate de lesiones o de homicidio, sin que pueda justificarse tal distinción. En lesiones, cuando concorra una sola de --

las circunstancias a que se refiere el artículo 315, se aumentará en un tercio la sanción que correspondería, si la lesión fuere simple; cuando concurren dos, se aumentará la pena en una mitad, y si concurren más de dos de las circunstancias dichas, se aumentará la pena en dos terceras partes.

2.- En segundo término, analizaremos la agravante contenida en el artículo 150 del Código Penal en vigor; precepto que a la letra dice: "Se aplicarán de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviese inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciera su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión o bien, en tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión. Si quien propicie la evasión fuese servidor público, se le incrementará la pena de una tercera parte de las penas señaladas en este artículo según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otros durante un período de ocho a doce años."

El favorecimiento puede hacerse por cualquier medio idóneo, sea constitutivo o no de cualquier otro delito, ya se emplee el engaño o ya la violencia en las personas o en las cosas, o ya la fuerza moral o coacción, incluyéndose los hipnóticos o los narcóticos. El favorecimiento se consuma por los solos actos u omisiones en que consiste. Si se cometiere algún otro delito son de aplicarse las reglas de acumulación. La evasión consiste en sustraerse completamente, por acción propia y voluntaria, a

la esfera de custodia en la cual la persona se encontraba legítimamente, aunque fuere en forma momentánea. Puede producirse de -- edificio, de vehículo, de lugar cerrado o abierto y aun de manos de quien detiene al sujeto, con tal de que esté reducido éste a -- la privación de su libertad por mandamiento de la autoridad competente.

El objeto jurídico del delito es la seguridad general encomendada a la administración pública; el sujeto activo puede serlo cualquiera, excepcionalmente, sólo cuando lo es el -- que por razón de su cargo o empleo es custodio o conductor del reo, caso en que la pena se agravará en los términos del artículo.

Así pues, vemos que son circunstancias que -- van a agravar la pena en el delito a comento el que el detenido o procesado estuviese inculcado por delito contra la salud, o bien por tratarse de un condenado, o si quien propiciara la evasión -- fuese un servidor público.

Del mismo modo, por lo que hace a la evasión -- de presos encontramos otra agravante contenida en el artículo 152, que dice: "Al que favorezca al mismo tiempo, o en un solo acto, la evasión de varias personas privadas de libertad por la autoridad -- competente, se le impondrá hasta una mitad más de las sanciones -- privativas de libertad señaladas en el artículo 150, según corresponda."

Sólo puede ser dolosa la conducta consistente en proporcionar los medios idóneos para la evasión de que se trata. El artículo 150 se refiere al favorecimiento de dicha evasión, siendo uno solo el evadido; en tanto que el 152 requiere la acción

consistente en facilitar al mismo tiempo y en un solo acto para -- que no sea caso de acumulación; los medios para la evasión de dos o más personas privadas de libertad por la autoridad competente. -- El artículo 152 configura un sub-tipo del delito tipificado en el 150, distinguiéndose de aquél por las calificativas de la acción -- y por la variedad de los objetos materiales del delito.

3.- Otra agravante la encontramos contenida en el artículo 164 bis del Código Penal. Por decreto del año de 1968 fué creado el artículo 168 bis, a cuyo contenido se ha dado por -- llamar "Delito de Pandillismo". Esta denominación es impropia, --- pues dudoso altamente es que el texto que encierra puede consti--- tuir delito. En efecto: en el párrafo primero del artículo 164 bis reformado se ordena que "Cuando se cometa algún delito por pandilla se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos." Y el párrafo segundo interpreta auténticamente su texto, en cuanto expresa que "se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometan en común algún delito.

Si fijamos nuestra atención en el párrafo primero antes transcrito, percibimos que el mismo, en su esencia, no contiene un tipo penal o figura delictiva, sino, en verdad, una -- agravación especial para los que ejecuten uno o más delitos en pandilla, esto es, en la acepción o signo penalístico del término, -- unidos, reunidos o ligados fácticamente para hacer daño. El llama

do delito de pandillismo carece de autonomía propia, no es otra cosa que una agravante conectable a algunos delitos.

Por los delitos cometidos por la pandilla, ya sea que fueren consumados, ya que quedaren en el grado de tentativa, el pandillista participa como autor intelectual o inspirador, conforme al artículo 13 del Código Penal, rigiéndose su participación a los efectos de la concreta pena aplicable por las reglas -- contenidas en diverso articulado del ordenamiento punitivo. Pero -- con independencia de esa pena se aplica al pandillista hasta una -- mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos -- cometidos. También la asociación o banda delictuosa sirve de antecedente a esta penalidad acumulada.

4.- Existe un subtipo calificado, con pena --- agravada que contempla el artículo 168, que dice: "Al que, para la ejecución de los hechos de que hablan los artículos anteriores, se valga de explosivos, se le aplicará prisión de quince a veinte --- años."

El empleo de explosivos convierte en calificados, por los medios operatorios empleados, los delitos tipificados en los artículos 166 y 167, que se refieren a los ataques a las -- vías de comunicación.

5.- Asimismo, existe una penalidad agravada en los delitos contra la salud, en los casos a que se refiere el artículo 198 del Código Penal, el cual establece:

ARTICULO 198.- Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en este capítulo serán au

mentadas en una mitad en los casos siguientes:

I.- Cuando se cometa por servidores públicos encargados de prevenir o investigar la comisión de los delitos contra la salud;

II.- Cuando la víctima fuere menor de edad o incapacitada para comprender la relevancia de la conducta, o para resistirla;

III.- Cuando se cometa en centros educativos, asistenciales, o penitenciarios o en sus inmediaciones, con quienes a ellos acudan;

IV.- Cuando se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualquiera de los delitos previstos en este capítulo;

V.- Cuando el agente participe en una organización delictiva establecida dentro o fuera de la República para realizar alguno de los delitos que prevé este capítulo;

VI.- Cuando la conducta sea realizada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionados con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esa situación para cometerlos. Además se impondrá suspensión de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años, e inhabilitación hasta por un tiempo equivalente al de la prisión impuesta;

VII.- Cuando una persona aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía sobre otra, la detenga a cometer algún delito de los previstos en este capítulo.

VIII.- Cuando se trate del propietario, poseedor, -

arrendatario o usufructuario de un establecimiento de cualquier naturaleza y lo empleare para realizar alguno de los delitos previstos en este capítulo o permitiere su realización por terceros. Además se clausurará en definitiva el establecimiento".

6.- Por lo que hace al delito de corrupción de menores, encontramos también una penalidad agravada en términos de lo dispuesto por el artículo 203 del Código sustantivo de la materia que preceptúa: "Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privándose al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre sus descendientes." La elevación al doble de las penas, conforme a lo prescrito por este artículo, es en atención a la calidad del agente, por lo que se convierte en calificado el delito de corrupción de menores.

7.- El proxenetismo a que alude el artículo -- 205 del Código Penal reformado, señala dos hipótesis por las que se agrava la pena de tal ilícito, que vienen a ser el uso de violencia o el valerse de una función pública por parte del agente para el logro de su objetivo. El artículo a comento establece: "Al que promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país, se le impondrá prisión de dos a nueve años y de cien a quinientos días multa. Si se emplea violencia o el agente se valiese de una función pública que - tuviere, la pena se agravará hasta en una mitad más."



8.- En el delito de atentados al pudor a que se refiere el artículo 260 del Código Penal reformado, se da un marco referencial, para la aplicación de la pena correspondiente más elevado que al que corresponde al delito simple, cuando concurre la violencia en cualquiera de sus dos aspectos. El citado numeral establece: "Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad. Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión".

9.- En el artículo 265 reformado del multicitado código, se prevé un aumento de la penalidad con base en la calidad de la persona ofendida, que en el caso concreto es que se trate de un impúber. Dicho artículo que se refiere al delito de violación señala: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

10.- Asimismo, en tratándose del delito de violación, encontramos una penalidad agravada de conformidad con lo preceptuado por el artículo 266 bis reformado, el que en lo conducente establece: "Cuando la violación fuere cometida con interven-

ción directa o inmediata de dos o más personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad. Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra un descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro..."

11.- Otro ejemplo de aumento en la penalidad - lo observamos en el artículo 281 del multicitado código, que dice: "Se impondrá de uno a cinco años de prisión: I... II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años."

12.- Son calificadas las lesiones tipificadas en los artículos 289 al 293 del Código Penal, cuando el sujeto pasivo sea ascendiente del agente, por lo que consecuentemente, aumenta la penalidad, según lo dispone el artículo 300 del ordenamiento legal invocado: "Si el ofendido fuere ascendiente del autor de una lesión, se aumentarán dos años de prisión a la sanción que corresponda, con arreglo a los artículos que preceden."

13.- Otro caso de penalidad agravada en atención a la minoridad o enajenación mental del pasivo, lo encontra-

mos contemplado en el artículo 313 del Código Penal, por lo que hace al auxilio o inducción al suicidio. Dicho numeral señala: "Si - el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas."

14.- Por otra parte, fijemos ahora nuestra --- atención en un delito especial como lo es el parricidio, subtipo - especial y básico del homicidio, el cual está formado con los elementos del tipo básico, más otras circunstancias que originan la - agravación de la pena del tipo del cual se forman, pues el sujeto pasivo es calificado, por ser ascendiente consanguíneo en línea -- recta. Este delito se prevee y sanciona por los artículos 323 y - 324 del Código Penal.

15.- Por lo que hace al delito de aborto se -- observa una agravación en el marco referencial punitivo, cuando di cho ilícito se cometa sin el consentimiento de la mujer embarazada o mediante violencia física o moral, según lo señala el artículo - 330 del Código Penal, que dice: "Al que hiciere abortar a una mu-- jer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de - ella. Cuando faltare el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión."

16.- Si con motivo del abandono de personas -- sobreviniera alguna lesión o incluso la muerte, estos delitos se -- consideraran como premeditados y se aplicará la pena correspondien -- te para estos casos como lesiones u homicidio calificado. Lo ante -- rior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 339 del Cód -- igo Penal, que dice: "Si del abandono a que se refieren los artícu -- los anteriores resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán -- éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones -- que a estos delitos correspondan."

17.- Otro caso de agravación de la penalidad -- lo encontramos en el artículo 366 bis, párrafo quinto, del Código -- Penal; numeral que se refiere al subtipo del delito de secuestro -- y que en lo conducente establece: "Al que con el consentimiento de -- un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su -- cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, -- ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definiti -- va, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de pri -- sión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa... -- Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que -- se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble -- de la prevista en aquél."

18.- El delito de despojo de cosas inmuebles o -- de aguas que prevee el artículo 395 del Código Penal, en sus diver -- sas fracciones, se sanciona con una pena de tres meses a cinco --- -- años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos; pena que

se agrava cuando dicho ilícito se realiza por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, aumentándose además de la pena señalada, de uno a seis años de prisión, esto, a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión. Asimismo, se da un mínimo y un máximo de pena aplicable más elevado para el caso -- de quienes se dediquen en forma reiterada a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal, pues se sanciona con una pena de prisión de dos a nueve años de prisión.

19.- Por lo que hace al robo, el uso de vio-- lencia en su comisión agrava la penalidad, en términos de lo establecido por el artículo 372 del Código Penal reformado, que dice: "Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación."

Los legisladores de 31, no tipificaron un deli to de robo con violencia, sino que la violencia, repetimos, califi có al robo, circunstancia que se definió en los mismos términos -- que los códigos anteriores.

Respecto a la violencia el artículo 373 del ci tado ordenamiento establece: "La violencia a las personas se dis-- tingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el -- robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una perso na, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo."

El artículo 372 tipifica un delito de robo ca-

lificado. Dicho robo calificado se integra con el elemento "violencia". La ley no hace referencia a la fuerza en las cosas ni en los artículos en cita, en los que tan sólo se refieren a la violencia en las personas. Pero cabe interpretar que también está comprendida, como calificativa, la fuerza en las cosas, que es constitutiva asimismo de "violencia".

La fuerza en las cosas es la que se ejerce para vencer los medios materiales defensivos del objeto del delito, con el empleo de medios contrarios a los normales y propios para que actúen sobre dichas defensas, a fin de que, vencidas éstas, pueda obtenerse la libre disposición de la cosa. Si consumado el delito, se hiciere uso de fuerza en las cosas para procurarse la impunidad o para aprovecharse del objeto del delito mismo, operará también la calificativa, ello de conformidad con lo señalado por el artículo 374 del Código en cita.

20.- El artículo 381 del Código Penal enumera diversas hipótesis de robo calificado, por las cuales se aumentará la penalidad de la aplicable al tipo simple, y que son las siguientes:

I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado.

II.- Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Por doméstico se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirve a otro, aun cuando no viva en la -

casa de éste.

III.- Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo.

IV.- Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona.

V.- Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, - en los lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes.

VI.- Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar al que tengan libre entrada con el carácter indicado.

VII.- Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público.

VIII.- Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público.

IX.- Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos.

X.- Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos.

21.- No podemos dejar pasar por alto otra figura que conlleva una agravación de la pena en atención a la calidad del delincuente, centrándose esta calidad en la reincidencia. El artículo 65 del Código Penal señala: "A los reincidentes se les -- aplicará la sanción que debería imponérselos por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del Juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes al primero y segundo delitos, se aplicará esta suma."

La agravación de las penas en el caso de reincidencia se funda en la falta de enmienda del delincuente a pesar del castigo que se le haya impuesto, lo cual exige sanciones más graves que las que ordinariamente se le aplicarían, puesto que la recaída en el delito revela mayor peligrosidad.

22.- Otra figura similar a la anterior es la -- habitualidad, la cual también tiene por consecuencia una -- agravación en la imposición de la pena al delincuente. Al respecto, el -- numeral 66 del Código sustantivo de la materia refiere: "La san-- ción de los delincuentes habituales no podrá bajar de la que se -- les impondría como simples reincidentes, de acuerdo con lo dispues-- to en el artículo anterior."

El Código Penal dice que si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como de



linciente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

Como la habitualidad es una forma agravada de la reincidencia, en el período que, como máximo, señala en diez -- años el precepto comentado, debe el reo tener la condición de reincidente en el segundo y en el tercer delitos, atento lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal sobre cuándo se es reincidente. Todos estos delitos deben corresponder al mismo "género de infracciones" o sea tener las desideratas que comprende esta expresión, -- según lo señala el precepto.

c).- CLASIFICACION DE LAS ATENUANTES.

Una vez hecha la breve exposición referente a las agravantes que contempla nuestra legislación mexicana en su Código Penal, corresponde el turno hacer la clasificación del mismo modo de las atenuantes que de alguna manera resultan relevantes para nuestro estudio y que también prevé el Código a comento, -- Es por ello, por lo que a continuación se hace una breve reseña de las mismas.

1.- La primer atenuante a que haremos mención es -- la que contempla el artículo 59 bis del Código Penal, el cual preceptúa: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, -- en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso."

Este artículo fué creado por el Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984.

Este precepto, de nuevo ingreso a nuestra legislación penal, va dirigida fundamentalmente por el legislador a realizar con una mayor justicia el principio de equidad.

Se da un trato diferente a los desiguales, y - toma conciencia de que el atraso económico y el aislamiento de --- aquellos grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacio-- nal de infinidad de comunidades aisladas socialmente, es el hecho verdaderamente punible.

Con este artículo, se evita que en las comuni-- dades aisladas donde con frecuencia se producen hechos ilícitos -- por ignorancia, sean víctimas, en casos extremos de una doble in-- justicia, la marginación y la represión legal.

No se trata de abrir la puerta a indebidas im-- punidades, sino de que el juzgador conociendo la personalidad del infractor y las circunstancias en que este se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita, pueda imponer una pena atenuada o inclusive, aplicar la sustitutiva de tratamiento en libertad.

2.- El artículo 253 establece una atenuante en rela-- ción a los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, en - su inciso e); precepto que en lo conducente establece: "Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancio-- narán con prisión de dos a nueve años y multa de diez mil a dos-- cientos cincuenta mil pesos los siguientes: I.- Los relacionados - con artículos de consumo necesario o generalizado o con las mate-- rias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en: ... e).- La suspensión de la producción, procesamien-- to, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, produc--

tores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores. Si se depone la conducta ilícita dentro de 24 horas hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de 6 meses a 3 años de prisión o multa de diez mil a cien mil pesos.."

Aquí observamos como se atenúa la pena en el inciso e) de la fracción I del artículo a comento hasta de seis meses a tres años de prisión, de la que originalmente es de dos a nueve años de prisión.

3.- El artículo 272 señala: "Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos."

Del artículo que transcribimos se desprende la atenuante derivada del lazo de parentesco en que se encuentran los descendientes así como el de los hermanos entre sí, pues de tal circunstancia deviene la atenuación de la penalidad aplicable, pues en comparación de la aplicable a los ascendientes por el delito de estupro, ésta resulta reducida en su mitad.

4.- También nuestro Código Penal atenúa la penalidad en los casos previstos por los artículos 297 y 308, los cuales respectivamente establecen: "ART. 297.- Si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los -

artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según se trate del provocado o del provocador, - y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52"; "ART. 308.- Si el homicidio se comete en riña, se aplicarán a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo, se aplicarán a su autor de dos a ocho años de prisión. Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52, para la fijación de las penas -- dentro de los mínimos y máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación."

Aun cuando la mayor parte de las legislaciones incriminan especialmente el hecho de tomar parte en una riña, en el Derecho Penal mexicano, ésta, en sí misma, no es un delito, es una forma circunstancial de realización de los delitos de lesiones y homicidio, provista de penalidad atenuada. El artículo - 314 del Código Penal la define así: "Por riña se entiende para todos los efectos penales la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas. Es, pues, la riña, un combate material, una pelea física, una lucha violenta entre varias personas, las cuales se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención; dentro de la noción gramatical de la riña es indiferente que los riñosos fracasen en su actitud lesiva o consumen daños de lesiones o de homicidio; pero para la punibilidad, como la riña no es, repetimos, sino una circunstancia de realización, es necesario la consumación de estos últimos daños en cualquiera de los contendientes, en varios o en todos.

A diferencia de la riña, de la que se nos pro

porciona el concepto legal en el artículo 314 del Código Penal, -- el duelo no ha sido definido dentro de nuestra legislación, la -- cual se limita, en los artículos 297 y 308, a fijar los grados de atenuación para el provocado y el provocador. Sin embargo, algunos autores dan la noción de lo que es el duelo, diciendo que es un -- combate a mano armada, por causa de honor, con previo acuerdo, -- con equivalencia de armas y condiciones y limitándose las armas a pistolas, espadas o sables, así como excluyéndose el cuchillo, el puñal, la manopla, etcétera.

Es pues el duelo no un delito especial, sino una circunstancia de realización de los delitos de lesiones y homicidio, provista de penalidad atenuada, por el impulso de menor antisociabilidad revelada por sus autores. El grado de la atenuación se fija conforme a las reglas para el provocado y el provocador.

5.- Nuestro Código Penal en su artículo 310, prevee otra hipótesis de atenuación de la pena en tratándose de -- homicidio y lesiones; dicho precepto establece: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione -- a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este -- último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión."

De este numeral se desprenden tres requisitos indispensables para que opere la atenuación en el caso que nos --

ocupa y que son los siguientes:

a).- Que el autor sorprenda a su cónyuge. La actitud de sorpresa implica para el sujeto, la revelación repentina de un acto inesperado por él, o sea la obtención del conocimiento inesperado de la infidelidad sexual de su cónyuge, percibiendo por los sentidos el acto carnal o uno próximo.

b).- Acto carnal o próximo a su consumación. Aquí, dada la índole moral de la atenuación, por acto carnal se entiende tanto el coito normal como las cópulas contra natura, en vasos no idóneos para el coito. Los actos próximos a la consumación, pueden ser los preparatorios anteriores, y los posteriores ligados a su ejecución; pero uno y otros deben mostrar, evidentemente, su relación inmediata con el ayuntamiento.

c).- Ausencia de premeditación. La premeditación destruye la actitud de sorpresa.

Los hechos de sangre con motivo de sorpresa de adulterio, no son casos de legítima defensa del honor, dada la interpretación auténtica del legislador que los sanciona con penalidad atenuada.

6.- Otro caso de atenuación es observable en el artículo 311 del Código Penal que al efecto dice: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro."

Antes de su reforma, el artículo 311 se refería exclusivamente al padre que matase o lesionase al corruptor de su hija; actualmente, la penalidad atenuada es aplicable a cualquier ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente cualquiera que fuere su sexo. Nótese que en ningún caso se amparaban con la disminución de la pena las lesiones o muertes a los descendientes del sujeto activo, pues siendo éste su ascendiente es natural que se esperara de él para el descendiente que esté bajo su potestad, es decir, menor de edad o incapacitado, protección y socorro.

7.- El artículo 312 del multicitado código, establece: "El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; - si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, - la prisión será de cuatro a doce años".

El suicidio, acto por el que una persona se priva de la vida voluntariamente, no es delito ni cuando se consuma ni cuando se frustra; pero la participación de otros en el suicidio ajeno sí lo es. Caben tres hipótesis:

a).- Participación moral de inducción. La inducción al suicidio significa tanto como excitar, instigar a él, - debiendo ser la inducción directa y suficiente.

b).- Participación de auxilio. Equivale a proporcionar medios (armas, venenos, etcétera), o cualquiera otro género de cooperación (reflexiones o consejos acerca del modo de eje



cutarlo, de servirse del arma, etcétera).

c).- Participación material tan completa que el participe mismo causa la muerte. A esta figura se la llama homicidio-suicidio, porque para el matador se reúnen los elementos del homicidio, y porque para el paciente es suicidio, tomando como instrumento al agente. También se le designa homicidio con consentimiento de la víctima.

Hay que destacar que esta figura resulta ser - atenuante en relación con el homicidio propiamente dicho, pues la base de la hipótesis que prevee el citado artículo es la privación de la vida, de ahí la comparación de la figura en cita con el homicidio para los efectos de su determinación como atenuante. Sin embargo, cabe mencionar que dentro del precepto a comento se desprende una agravante en relación a la simple pena impuesta por prestar el auxilio o por la inducción a otro para que se suicide; pues en el caso de que el auxilio consista en ejecutar por parte del activo, la muerte, la prisión se verá aumentada, según el artículo invocado.

8.- Por lo que hace al delito de infanticidio, el Código Penal en su artículo 326, impone una penalidad que resulta ser atenuada en comparación con la aplicable al delito de homicidio, y comparada con esta por ser un subtipo especial y básico de éste. Dicho artículo señala: "Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."

El sujeto activo calificado sólo puede serlo -

un ascendiente consanguíneo del infante, en línea recta. Por ser - los sujetos activos únicamente "los ascendientes consanguíneos" y por corresponder a este delito una pena atenuada comparativamente con la que corresponde al homicidio simple y más todavía al calificado, debe concluirse que el objeto jurídico del delito lo es: la reputación de la madre y la de sus progenitores, que el agente tiene la voluntad de poner a salvo, o sea que el móvil del delito está vinculado a la "honoris causa", elemento subjetivo de la antijuricidad.

9.- En relación al artículo analizado en el -- punto que antecede, nos encontramos con otra atenuación en la penalidad en tratándose del infanticidio y es precisamente a la que - se refiere el artículo 327 del mismo ordenamiento legal el cual dice lo siguiente: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a - la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya ocultado su embarazo; III. Que el nacimiento -- del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y, IV. Que el infante no sea legítimo."

Aquí se describe caso específico de infanticidio llamado en la doctrina honoris causa, porque el móvil que preside la acción de la madre es el ocultar desliz o deshonor sexual anterior. Las condiciones marcadas en las cuatro fracciones del -- precepto indican indirectamente ese proósito, pues consisten en qeneral en que la madre haya logrado ocultar el embarazo ilícito y - el nacimiento y no tenga mala fama entendiéndose por ésta la de carácter sexual.

10.- El artículo 332 del Código Penal establece: "Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta que otro la haga -- abortar, si concurren estas tres circunstancias: I.- Que no tenga mala fama; II.- Que haya logrado ocultar su embarazo; y III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de las -- circunstancias mencionadas, se la aplicarán de uno a cinco años de prisión."

La penalidad ordinaria aplicable a la madre que procure o consienta su aborto, se atenúa considerablemente, cuando se efectúe con el propósito de ocultación de deshonra sexual, honrris causa; el móvil de ocultación se infiere de la redacción indirecta de las tres fracciones del precepto.

11.- El artículo 366 del Código Penal que se -- refiere a la penalidad y tipos del delito de plagio y secuestro, -- ofrece también una penalidad atenuada en estos delitos, pues se am-- norará siempre y cuando se ponga en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, caso en el que se aplicará la pena aplicable al delito de privación ilegal de la libertad y no así la correspondiente al delito de plagio o secuestro, la -- que resulta ser más alta que aquella.

12.- Otros casos de atenuación de la penalidad se desprenden del artículo 366 bis, del Código Penal, el cual en -- la parte que interesa establece: "Al que con el consentimiento de

un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa. ...Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión. Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y -- otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior..."

La figura que prevee este artículo viene a ser un subtipo del delito de secuestro, misma figura que en atención a la finalidad que tenga el agente para hacer la entrega del menor a un tercero en los términos que lo establece el precepto transcrito, va a ser el factor determinante para la aplicación o no de las atenuantes previstas en el citado artículo.

13.- Un tipo delictivo con penalidad atenuada en atención al elemento subjetivo del arrepentimiento en el activo del delito, lo encontramos fijado en la fracción XIX, del artículo 387 del Código Penal, el que en la parte que interesa señala: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán: ... - XIX.- A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuen-

ta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro... Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones - en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión..."

Obviamente si tomamos en consideración las penas señaladas en el artículo 386 relativas al delito de fraude, - artículo al que nos remite el precepto en estudio, observamos que en las fracciones II y III se señala una pena, respectivamente, - de tres a seis años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de cien pero no de quinientas veces el salario, y con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario; de lo anterior - se desprende que en el caso del fraude específico a que nos remite la fracción XIX del artículo 387 del Código Penal, la pena --- aplicable a la hipótesis a que se refiere el último párrafo de la fracción en cita, es de tres días a seis meses, pena que resulta atenuada en comparación de la aplicable en las ya citadas fracciones II y III del artículo 386.

14.- Por último, nos referiremos a la atenuante consagrada en el artículo 400 del Código Penal, en su fracción, I; artículo relativo al encubrimiento, que al efecto dice: "Se --- aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta -

días multa, al que: I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. - Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;..."

De la transcripción del artículo a comentario se puede observar la atención que, dependiendo del conocimiento de la procedencia ilícita del producto del delito, va a depender la aplicación de la pena atenuada; esto es, que dependiendo de este presupuesto, es que va a operar o no la atenuante.

d).- DIFERENCIA ENTRE CALIFICATIVA Y MODALIDAD.

Pues bien, en el último inciso de este capítulo haremos un breve razonamiento en cuanto a la diferencia que sub siste entre los conceptos de calificativa y modalidad.

Para ello, comenzaremos diciendo que bajo la denominación de calificación del delito se entienden aquellas si- tuaciones que, previstas en la ley penal y conocidas por la doctri- na bajo la denominación de "circunstancias calificativas" o "cir-cu- nstancias agravantes", suponen un incremento de la punibilidad - prevista por el legislador, generando por lo mismo, nuevos tipos - delictivos que resultan ser más agravados que los estimados bási- cos. Visto esto, podemos concluir que las circunstancias que agra- van la penalidad reciben el nombre de circunstancias calificativas y los delitos en que concurren, delitos calificados.

Por otro lado, por lo que hace a la figura llamada modalidad, cabe destacar que ésta resulta ser la manera de ma- nifestación del ilícito, esto es, que para la comisión del delito y para que este nazca en la vida jurídica, requiere de una serie de elementos que en su conjunto den nacimiento a la conducta típica - adecuada a la norma penal; para ello, como es el caso de los deli- tos contra la salud, se requiere de una conducta desplegada por el sujeto activo, la cual puede manifestarse en diversas formas, y que de cualquier modo viene a revestir el mismo delito.

Para mayor abundamiento y a manera de ejemplificación, agregamos que en los delitos contra la salud, la conducta desplegada puede consistir, entre otras, en una simple posesión, transporte, venta, compra, suministro, etcétera, de algún estupefaciente o psicotrópico; en consecuencia, la realización de cualquiera de estas conductas, trae aparejada la comisión del mismo delito contra la salud.

Lo anterior se explica con el objeto de esclarecer la diferencia entre calificativa y modalidad, pues mientras la primera resulta ser una circunstancia externa, que se da de manera independiente al delito, sin que resulte ser necesaria para la existencia de éste, la modalidad resulta ser un requisito indispensable, en cualquiera de sus formas, para que podamos hablar de la existencia del delito, es un requisito sine qua non se puede hablar del delito; mientras que la calificativa resulta ser irrelevante para la existencia del delito.

Por otra parte, la circunstancia calificativa va a tener sus efectos más que nada en la punibilidad, pues es en virtud de ella que se agrava la penalidad del delito de que se trate, mientras que la modalidad es necesaria para dar vida al delito, y que la modalidad que se dé en el delito, ya sea una u otra, de todos modos se va a hablar del mismo delito y de la misma pena, aún y cuando el número que de modalidades se dé en el delito con motivo de los mismos hechos sí puede influir en la penalidad, pues mientras más sean las modalidades que se den en el delito en concreto, aumentará la pena.



Resulta aplicable a las anteriores consideraciones el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis de jurisprudencia número 252, visible a folios 555, de la Primera Sala, Segunda Parte, del último Apéndice - al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, que dice:

"SALUD, DELITO CONTRA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN SEGUNDA INSTANCIA CUANDO SE SUPRIME UNA MODALIDAD. En los casos del delito --  
 "contra la salud, cuando sea eliminada en se--  
 "gunda instancia una modalidad, debe dicha eli--  
 "minación repercutir en la cuantía de la pena,  
 "porque si bien es cierto que el delito genéri--  
 "co contra la salud es único, también es ver--  
 "dad que a mayor o menor número de modalidades  
 "infringidas, corresponde mayor o menor san--  
 "ción."

De todo lo anterior se infiere que la modali--  
 dad no es en sí misma una circunstancia por la que se vaya a agravar la pena, por lo que no se puede identificar con la calificativa, sino tan sólo es una forma de manifestación del delito, y que la pena sí puede aumentar en razón de esta, pero tan sólo por el número de modalidades en que se dé el delito y como facultad potestativa del juez para los efectos de la individualización de la pena, y no por la modalidad en sí misma como agravante.

Cabe destacar que la utilización de manera sinónima de ambas acepciones, se debe a que erróneamente, para el legislador, el término modalidades comprende las circunstancias atenuantes y agravantes o calificativas a las que se refieren los códigos procesales.

Esto último en virtud de que el legislador en la fracción I del artículo 20 Constitucional, hace uso del término "modalidades", como si estuviera hablando indistintamente de - atenuantes o agravantes o calificativas; lo que no resulta idóneo por el sentido que propiamente tiene la "modalidad", según ya quedó explicado en el presente inciso.

En efecto, el artículo 20 Constitucional en su fracción I, establece: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado ...". De dicha fracción se desprende que efectivamente el espíritu del legislador era el de tomar en consideración las atenuantes o agravantes o calificativas que se dieran con motivo del hecho delictivo para los efectos de la libertad provisional bajo caución, pero aplicando para ello un término no muy apto, debido a que puede -- prestarse a confusión por lo que intrínsecamente implica el vocablo "modalidades", pues como ya se dijo, debió, a nuestro muy particular punto de vista, aplicar los términos atenuantes, agravantes o calificativas, y no así el de modalidades, por los motivos ya expuesto en este inciso.

C A P I T U L O    I V

EXISTENCIA E INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

PARA DICTAR EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL

a).- AUTO DE FORMAL PRISION

1.- Comprobación del cuerpo del delito.

2.- Presunta responsabilidad.

b).- AUTO DE SUJECION A PROCESO.

c).- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE MERITO O DE  
ELEMENTOS PARA PROCESAR CON LAS RESERVAS  
DE LEY.

EXISTENCIA E INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

PARA DICTAR EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL

a).- AUTO DE FORMAL PRISION

Es objetivo del presente capítulo hacer un análisis de las diferentes formas que puede adoptar el llamado término -- constitucional, según sea el caso, para lo cual, comenzaremos -- con el que reviste mayor importancia debido a las consecuencias que produce, siendo éste el auto de formal prisión.

Para ello, iniciamos transcribiendo algunas definiciones dadas por diversos autores.

Jiménez Osenzo, al respecto, dice que es aquella resolución judicial interlocutoria fundada, en la que, imputándose provisionalmente a determinada persona o personas un hecho punible, se la sujeta directamente y con bienes bastantes, si los tiene, al resultado definitivo que dicte el Tribunal juzgador.

(54)

Por otra parte, Claría-Olmedo dice que consiste en la declaración jurisdiccional que, haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquél contra quien va dirigida sea penalmente responsable

(54) GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1985. Cuarta edición. p. 201.

del delito que se investiga. (55)

Señala Vélez Mariconde que es una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito verificado concretamente. Presupone una comprobación del juez, aunque su juicio sea provisional. Es la declaración solemne de una grave sospecha. (56)

Otro criterio que sustenta Borja Osorno es que la formal prisión requiere que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacer posible la responsabilidad del inculpado, entendiéndose por tal la calidad de poder ser, de ser factible, sino que sean suficientes para hacerla probable, entendiéndose por tal la calidad no sólo de ser factible, sino -- que sea verosímil o que se pueda probar, que es lexicológicamente lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19. (57)

Según Colín Sánchez, el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso. (58)

(55) GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Ob.Cit.p.201.

(56) IDEM.

(57) IDEM. p. 202.

(58) IDEM.

Piña y Palacios define el auto de formal prisión - diciendo que es la determinación de la autoridad judicial por medio de la cual, al hacerse en ella el análisis de las pruebas con respecto a la existencia del delito y de la presunta responsabilidad, se dan por establecidas las formalidades mediante las cuales se prolonga la privación de libertad del agente, fijándose la base del proceso que debe seguirse. (59)

Por otra parte, en el Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, establece que el auto de formal prisión, es la resolución dictada por el órgano jurisdiccional durante el curso del proceso penal, en cuya virtud se fija la calificación legal de un hecho consignado por la acusación y se atribuye a un sujeto, previamente señalado por ésta, la responsabilidad penal correspondiente, con carácter provisional y en grado de probabilidad. (60)

A continuación, atendiendo un poco a la naturaleza jurídica que tiene el auto de formal prisión, podemos decir que es un acto de autoridad dentro del juicio penal, que establece: a) La declaración del juzgador de que existen motivos bastantes para convertir la detención en prisión preventiva; b) Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o delitos en que se funda la acción penal del Ministerio Público; c) Ordena se abra el juicio - en su período de instrucción y se brinda a las partes el derecho - de ofrecer pruebas dentro del término previsto por la Ley Reglame

(59) GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Ob. Cit. p. 202

(60) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit. p. 231. T. I.

taría, facultándose el desahogo de aquéllas que lo requieran en el período de instrucción.

Dicho lo anterior, podemos agregar que el auto de - que se trata, es un acto procesal, de los que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal así como en el de materia Federal, tienen la naturaleza de ser mero trámite, pues su - objeto es impulsar el procedimiento en sus diversas etapas, hasta llegar al estado en que se dicte sentencia.

El auto a comento no vicia la garantía de audiencia de los gobernados, ya que al ordenarse que la detención se convierta en prisión preventiva, por haber elementos para ello, tiene como fin procesal asegurar que el acusado no se fugue u oculte, paralizándolo la marcha del proceso.

En cuanto a los efectos que produce el auto de formal prisión, nos referiremos a los criterios sustentados por diversos autores que tratan el tema, que son los siguientes:

1.- Franco Sodi señala que el referido auto tiene - importantes consecuencias, que pueden agruparse en dos: a) Consecuencias para la persona a quien se imputa el delito, y b) Consecuencias que se refieren a la actividad procesal. (61)

2.- Por otra parte Acero manifiesta que el auto de formal prisión fija la secuela del proceso y limita la decisión de la sentencia al delito por el cual se decretó la providencia de -- que se trata. (62)

3.- Dice Rivera Silva que los efectos que produce - son: a) Da base al proceso; b) fija tema al proceso; c) justifica la prisión preventiva; d) justifica el cumplimiento del órgano ju-

{61} GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 203  
{62} IDEM.

risdiccional, de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas. (63)

4.- Pallares refiere que el auto de formal prisión determina la materia del juicio penal y, por tanto, fija las cuestiones que el juez deberá resolver en la sentencia definitiva, sin que le sea lícito tratar de decidir si el inculcado ha cometido -- otros delitos diversos del que se le imputa en dicho auto. Agrega que si de las constancias procesales aparece más tarde la comisión de delitos diversos, será necesario abrir nuevo proceso; además dice que el auto de formal prisión determina si se puede o no conceder al detenido la libertad caucional, y que, tan luego como se dicte, ha de proceder a la identificación del reo por el procedimiento administrativo que fija la ley. (64)

5.- Por su parte Borja Osorno afirma que el auto de que se trata tiene importantes consecuencias, tanto para la persona a quien se imputa el delito, como por lo que se refiere a la actividad procesal. Con relación a la persona del acusado el auto de formal prisión provoca: a) Restricción a su libertad, cambiando su situación jurídica de detenido en procesado, y b) sometimiento a la jurisdicción del juez. Con relación a la actividad procesal entraña las consecuencias siguientes: a) Precisa el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso; b) Pone fin a la averiguación previa; c) Da lugar a la iniciación de la instrucción.

6.- Colín Sánchez dice que precisa el delito por el que ha de seguirse el proceso; pone fin a la primera parte de la -

(63) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 203

(64) IDEM. p. 204.



instrucción e inicia la segunda fase de la misma. (65)

7.- Por último, el propio maestro Colín Sánchez, -- tomando en consideración el Código Federal de Procedimientos Penales, dice que los efectos jurídicos del auto de formal prisión son los siguientes: el sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez; justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine en el propio auto. (66)

Una vez que se tiene una noción del auto de formal prisión, atendiendo a las definiciones que de este se dan, así como a su naturaleza jurídica y efectos, resulta importante agregar que el propio auto debe expresar los motivos legales que se tuvieron para dictarlo y antecede al estado de prisión preventiva, de manera que no podemos hablar de que exista la prisión preventiva, en tanto que el Juez no la establezca en forma expresa. Se le denomina auto de formal prisión no porque se refiera a los requisitos o condiciones de forma que debe contener, sino porque los datos -- han sido suficientes, a juicio del Juez, para cambiar la situación jurídica del inculcado.

Los antecedentes del auto de formal prisión los encontramos en las leyes españolas. En la Constitución de Cádiz de 1812 se dispone que, si se resolviese que el arrestado se ponga en cárcel o permanezca en ella, se proveerá "auto motivado", entregándose copia al alcalde para que lo inserte en el libro de presos, -- sin cuyo requisito no se admitirá a un preso en calidad de tal, y

(65) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 204

(66) IDEM.

en las leyes mexicanas el artículo 43 de la Quinta Ley Constitucional, expedida durante el Centralismo, se dispone que para proceder a la prisión de una persona es necesario que preceda información sumaria de que resulta algún hecho que merezca, según las leyes, - pena corporal y que resulte también algún motivo o indicio para -- creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Dicho todo lo anterior, hablaremos ahora de lo que se refiere, a los elementos de existencia e inexistencia que requiere el término constitucional en sus diversas formas, tomando en consideración que en el presente capítulo sólo se hará mención a los requisitos de fondo, por ser éstos los que le van a dar lugar, en el caso, al auto de formal prisión, pues por lo que hace a sus requisitos de forma serán materia de estudio en el capítulo quinto del presente trabajo, y por otra parte, también analizaremos los requisitos de existencia e inexistencia del auto de sujeción a proceso y tocaremos lo referente al auto de libertad.

Por lo que hace al auto de formal prisión, los requisitos que debe contener son varios y se enumeran de la siguiente manera:

I.- El auto de formal prisión resolverá la situación jurídica del inculcado en términos de la acusación formulada por el Ministerio Público, sin que se pueda ir más allá de la pretensión jurídica que consagra la acción penal.

II.- Deberá de dictarse en un término perentorio - de tres días, contados desde el momento en que el juez tenga al inculcado materialmente a su disposición, porque esté privado de

su libertad o haya comparecido ante su potestad sujeto a proceso. El hecho de que el acusado esté gozando de su libertad provisoria bajo caución, no exime a la autoridad judicial de dictar el auto de formal prisión dentro del término; si se omite este requisito, el efecto jurídico de ese exceso de poder producirá la libertad absoluta del acusado.

III.- El auto de formal prisión deberá contener las siguientes circunstancias: 1.- El delito que se impute al acusado y sus elementos constitutivos; 2.- La circunstancias de ejecución, de tiempo y lugar, y 3.- los datos que arroje la averiguación previa, que deben de ser suficientes para comprobar la existencia -- del delito y la probable responsabilidad penal del inculcado.

Los requisitos de fondo establecidos para el auto de formal prisión, vienen a ser los señalados en la última parte del punto 3 del inciso mencionado en último término, consistentes en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad que en el mismo se requiere; elementos que analizamos a continuación.

a).- COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO.

Para los efectos de este tema, referiremos -- los diversos criterios que, del mismo, manejan en la doctrina diversos autores, en concreto respecto al cuerpo del delito.

Según Bentham, es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas pro

piamente dichas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa. (67)

Por su parte Goldstein establece que es la prueba de la existencia del quebrantamiento de la ley; todo objeto que sirve para hacerla constar. La materialidad de la infracción. El conjunto de los elementos materiales que forman el delito. Comprende, no sólo los elementos físicos cuyo concurso es indispensable para que la infracción exista, sino también los elementos accesorios que se refieren al hecho principal, particularmente las circunstancias agravantes. Es, pues, tanto la persona o cosa en quien se concreta la realidad objetiva del delito, como todas las manifestaciones exteriores que tengan una relación más o menos inmediata con la infracción. (68)

Jiménez Asenjo dice que cuerpo del delito es todo lo que acusa su existencia. (69)

Zavala señala que el cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal, o, si se quiere en forma más concreta, es el preciso y adecuado ensamblamiento de un acto en una figura de delito, es un tiempo y espacio determinados. (70)

Gutiérrez, al referirse al cuerpo del delito, dice que es el delito mismo. (71)

Para Valdés, consiste en la cosa en que, o con que se ha cometido el delito. Es la base principal de todo procedimiento.

(67) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Ob. Cit. p. 190.

(68) IDEM.

(69) IDEM.

(70) IDEM.

(71) IDEM. p. 191.

to criminal, porque no pudiendo haber efectos sin causas, no puede haber delito sin cuerpo que lo constituya. (72)

Señala De Pina que cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que existen en la infracción penal.(73)

Rivera Silva sostiene que es el contenido de un delito real, que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral. En la descripción también pueden ir elementos de carácter valorativo que requieren su presencia en el cuerpo del delito. (74)

Para Acero, el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con ella, aclaremos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de hecho violatorio, de acto u omisión previstos por la ley; prescindiendo de los elementos morales que hayan ocurrido en tal acto y - que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito. (75)

Al efecto, González Bustamante manifiesta que es todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente. (76)

González Blanco dice que por cuerpo del delito debe entenderse al resultado de los daños causados por el comporta

(72) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 191

(73) IDEM.

(74) IDEM.

(75) IDEM.

(76) IDEM.

miento corporal del inculpado, es decir, a los elementos materia-  
les u objetivos que integran en cada caso el tipo descrito por la  
ley penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse co-  
mo subjetivos. (77)

Por su parte, García Ramírez al respecto señala que  
la tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de pla-  
no, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos  
plenarios del tipo. Distinguiendo entre los de carácter objetivo,-  
los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del deli-  
to existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos,  
en los términos del tipo correspondiente. (78)

Borja Osorno refiere que al cuerpo del delito se le  
han dado tres acepciones diferentes. Algunos entienden que el cuer-  
po del delito es el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del  
delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos mate-  
riales e inmateriales que comprende la definición legal. Que los -  
terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente -  
en los elementos materiales. (79)

Arilla Bas dice que el cuerpo del delito está cons-  
tituido, a nuestro juicio, por la realización histórica especial y  
temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el  
delito. (80)

Señala Colín Sánchez que el cuerpo del delito se da  
cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal mane

(77) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 191.

(78) IDEM. p. 192.

(79) IDEM.

(80) IDEM.

ra que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo; afirma que el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a lo que corresponde como figura delictiva, o sea: el total delito. (81)

Una vez expuestas las diversas definiciones que del tema a comento se trata, pasaremos a hacer algunos señalamientos en cuanto a sus antecedentes.

En el marco jurídico mexicano, encontramos que el auto de formal prisión tiene sus antecedentes en la Constitución Española de 1812 y la Ley de 11 de septiembre de 1820, al referirse el mismo al disponer que para su legalidad era necesario que se justifique la existencia de un delito, y que era una condición indispensable para que hubiera proceso. La ley citada, expedida en Madrid y que rigió en la Nueva España durante el Virreinato y siguió aplicándose después de consumada la Independencia de México, disponía que "para proceder a la prisión preventiva de cualquier español, previa siempre la información sumaria del hecho, no se necesita que éste produzca una prueba plena del delito, ni siquiera semiplena, ni que sea el verdadero delincuente, que sólo se requiere que por cualquier medio resulte de dicha información sumaria perfectamente comprobada la materialidad del hecho acaecido, que según la ley, sea castigado con pena corporal, y que resulte, igualmente, algún motivo o indicio suficiente, según las leyes, --

(81) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 192.

para creer que tal o cual persona ha cometido aquel hecho."

Entre los tratadistas españoles y mexicanos del si glo pasado, la idea de considerar al cuerpo del delito solamente en función de sus elementos materiales, no había ganado simpatías.

Hasta el año de 1931 en que entró en vigor la actual legislación penal, el cuerpo del delito era lo mismo que la existencia del delito.

Hasta el año de 1931 en que entró en vigor la actual legislación penal, el cuerpo del delito era lo mismo que la existencia del delito. El artículo 104 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios de la Federación de 22 de mayo de 1894, establecía, como regla general, que todos los delitos que no tuviesen señalada una prueba especial en dicho Código, debían justificarse comprobando todos los elementos que los consti tuyen, según la clasificación que de ellos hiciese el Código Penal sin perder de vista lo prevenido en el artículo 92. Esto equivalía a comprobar no solamente el cuerpo del delito, sino el delito mismo, y además, la intención dolosa, que forma parte integrante de la culpabilidad, porque al referirse la Ley Procesal Penal al artículo 92 del Código Penal para que se tuviese presente, no hacía -- otra cosa que imponer a los jueces la obligación de valorizar la prueba en función del dolo, como formando parte íntegramente del cuerpo del delito. El Código de Organización, Competencia y Proce dimientos en Materia Penal de 1929, que formó parte de la comúnmente llamada "Legislación Almaraz", incurrió en el mismo vicio al es tablecer que todos los delitos que no tuviesen señalada una prueba especial se justificarán por la comprobación de sus elementos cons



titutivos, si bien es cierto que ya no hizo referencia, como su antecesor, al artículo 14 del Código Penal que establece la presunción de que todo delito es intencional, a no ser que se prueba lo contrario o que la ley exija la intención dolosa para que aquél exista.

Desde la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1894, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo de manera constante que "por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 49 del Código Penal (se refiere al Código Penal de 1871), se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos, mientras que "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito". (82)

La tesis en cita ha sido conservada en los ordenamientos procesales vigentes en las materias común, federal y militar.

Ahora bien, una vez hechas las anotaciones pertinentes para la mejor comprensión del concepto de cuerpo del delito, fijemos nuestra atención en concreto a lo que viene a ser uno de los elementos de fondo y por ende de existencia del auto de formal prisión, como lo es la comprobación del aludido cuerpo del delito.

La regla genérica contenida en los artículos 122 -- del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, consiste en comprobar la existencia de los elementos materiales del delito. Para lograrlo se atenderá, en cada caso concreto, a la figura del delito descrita en el precepto de la Parte Especial del Código Penal, separando los elementos propiamente materiales de los que no lo son y mediante un proceso de educación se comparará dicho precepto legal con la conducta ejecutada por el acusado para llegar a la conclusión de si ésta encaja o no en la definición.

Tanto el Código Procesal Común como el Federal, señalan reglas especiales para la comprobación del cuerpo de ciertos delitos.

La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece la Constitución Política de la República. Dicha comprobación puede ser a travéz de pruebas directas o indirectas. Las primeras no requieren de demostración, porque llegan al conocimiento del Tribunal, por la realidad misma; es el caso de la inspección judicial. Los medios para la comprobación del cuerpo del delito son diferentes y dependen de la índole del delito y de los procedimientos empleados en su comisión. La prueba directa es, por naturaleza, esencialmente objetiva, porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia, por la materialidad del acto, y es la que más satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción. En cambio, las pruebas indirectas son pruebas de confianza para el Juez, atendien

do a la confianza que le inspire el órgano o el medio de la prueba que la produce, como sería el testimonio de una persona o el documento en que se haga constar algún hecho.

De las aducidas reglas genéricas y especiales, podemos decir que la primera consiste en comprobar la existencia de la materialidad del cuerpo del delito, separando los elementos materiales de los que no lo son, en la definición contenida en cada tipo legal. Las segundas son para la comprobación del cuerpo de únicamente ciertos delitos. Por lo que hace a las reglas especiales y para su mejor entendimiento, adoptaremos la clasificación dada por el maestro Juan José González Bustamante y que es la siguiente:

#### 1.- DELITOS EN CONTRA DE LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO.

De los delitos patrimoniales encontramos algunos delitos que se rigen por reglas especiales para la comprobación del cuerpo del ilícito, y que son el robo, abuso de confianza y fraude; asimismo, existe otro delito que también se rige por estas reglas y es el peculado.

El cuerpo del delito de robo se comprueba por sus elementos materiales o por la confesión del inculpado. Si se trata de comprobar lo primero, debe demostrarse que alguien se ha apoderado de una cosa que se reputa ajena; que sea mueble y que lo haya hecho sin derecho y sin consentimiento de la persona que podría disponer de ella con arreglo a la ley. Hay que tomar en consideración que se dará por consumado el delito de robo, desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aunque la abandone o lo desapoderen de ella. Si no fuere posible comprobar el cuerpo del delito de robo por sus elementos materiales, se com-

probará por la confesión del inculpado.

El cuerpo de los delitos de fraude, abuso de confianza y peculado, se comprueba en la misma forma que hemos indicado para el robo, o sea por los elementos materiales, y a falta de éstos, por la confesión; pero tratándose del delito de peculado, debe complementarse la prueba, demostrando en cualquier forma que el inculpado estuvo encargado de un servicio público. En el delito de abuso de confianza no es necesario comprobar el elemento "disposición" para tener por comprobado el cuerpo del delito. Este se presume como tal con la eficacia de una presunción juris tantum si el inculpado confiesa que recibió la cosa que tenía en su poder por virtud de un contrato no traslativo de dominio y no explica satisfactoriamente su falta posterior.

A falta de las reglas indicadas para comprobar el cuerpo del delito de robo, puede comprobarse por el empleo de pruebas fictas que son preferidas en el orden numérico en que está colocadas, en ausencia de las anteriores, y que son, a saber:

I.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia.

II. Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito; y

III. Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa, materia del delito; que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

2.- DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL.- En

este caso nos encontramos con delitos que también se rigen para la comprobación del cuerpo del delito por las reglas específicas, los cuales son las lesiones, el homicidio, el aborto y el infanticidio.

En el primer caso, el cuerpo del delito de lesiones que puedan apreciarse a la simple vista, se comprueba por la fe judicial de las mismas, que corresponde practicar al Ministerio Público en las diligencias de averiguación previa, o al Juez, en su caso; también dependiendo del tipo de lesiones o que sean internas o externas, se comprobarán mediante certificados médicos o en algunos casos tendrá que practicarse inspección ocular.

En la comprobación del cuerpo del delito de homicidio, pueden presentarse estas hipótesis: que exista el cadáver del occiso o que el cadáver no haya sido encontrado por haber desaparecido. Si el cadáver ha sido encontrado la fe del mismo y el certificado de autopsia se complementan entre sí para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio. Cuando el cadáver no pueda ser encontrado, la Ley Procesal admite el empleo de pruebas fictas. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se dispone que, si el cadáver no puede ser encontrado, se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquél y expresarán el número de lesiones o huellas exteriores de violencia que se le hubiesen apreciado, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean que fueron causadas. Existe otra prueba ficta; si existen sospechas de que la desaparición de la persona se deba a que ha sido asesinada y no se encuentran testigos que hubiesen visto el cadáver, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padeció -

alguna enfermedad, el último lugar y fecha en que se le vió y la posibilidad de que el cadáver hubiese sido ocultado o destruido, expresando los testigos las razones que tengan para suponer la comisión de un delito.

En los delitos de aborto y de infanticidio, el cuerpo del delito se entiende comprobado por la fe del cadáver del feto y el certificado de autopsia, porque en ambos casos se requiere comprobar la existencia de la muerte, como condición sine qua non para la existencia del delito.

En los delitos anteriormente señalados, resultan -- ser aquéllos en los que rigen las reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito, mismos ilícitos que resultan ser los más típicos y relevantes, motivo por el cual fueron tomados en consideración en la elaboración del presente trabajo, toda vez que a más de estos, existen otra serie de delitos que también se rigen -- por reglas especiales para los mismos efectos. (83)

## 2.- PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

Para iniciar el tema referente a la presunta -- responsabilidad, veamos en primer término la noción de lo que es -- la responsabilidad.

Al efecto Cuello Calón señala que responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable, de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado. Por otra par-

(83) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1988. Novena Edición. pp.168-178.

te, nuestro Código Penal no establece lo que debe entenderse por dicho término, tan sólo indica cuáles son las personas que son responsables por la comisión de algún ilícito.

Ahora bien, podemos decir al respecto, atendiendo el criterio sustentado por Manuel Rivera Silva, que la responsabilidad es la obligación que tiene un individuo a quien le es imputable un hecho típico, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción. (84)

Visto lo anterior, cabe señalar que muchos autores hablan de "presunta" responsabilidad; otros de "posible". Aún nuestra legislación no ha sido uniforme en la utilización del término a comento; el artículo 297 del Código Procesal de la materia para el Distrito Federal habla de probable responsabilidad; el 302 del ordenamiento legal invocado utiliza el término "presunta"; el 161 del Código Procesal en materia Federal hace uso del vocablo presunta; nuestra Carta Magna en su artículo 19 habla de "probable". Sin embargo, el término de presunta responsabilidad es el más usual en nuestros tribunales.

Ahora bien, hechas las consideraciones anteriores -- y adentrándonos más al tema, hay que señalar que la Ley Fundamental de la República se refiere a la existencia de datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del inculcado.

El análisis de las pruebas sobre la probable responsabilidad de un indiciado o detenido, debe reunir condiciones mínimas

(84) RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1980. p. 171.

mas, pues en el auto de formal prisión no se estudia integralmente la prueba sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del inculcado, porque esto corresponde a la sentencia. Sólo debemos tener en cuenta al momento de pronunciarlo, la existencia de datos que nos hagan suponer que la persona a quien se imputa el hecho, es responsable, con el objeto de motivar su prisión preventiva. La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito -- que se le atribuye.

La presunta responsabilidad penal de una persona debe fundarse, como lo establecían las viejas leyes españolas, en la existencia de pruebas semiplenas. Puesto que con la simple probabilidad la autoriza la Constitución, bastará, pues, la existencia de algún elemento de imputación con tal que sea serio y aun contra otros de inocencia, debiéndose, a pesar de la duda y aun en razón de la misma en esto, decretarse la formal prisión en salvaguarda de la sociedad. Sin embargo, el auto que ordena la prisión provisional debe ser motivado, y que no se reputa como tal, el que se funda en datos inciertos o en simples conjeturas inspiradas por la primera impresión que reciben los funcionarios judiciales.



b).- AUTO DE SUJECION A PROCESO

Para iniciar el presente inciso, comenzaremos dando algunas definiciones que respecto al auto de sujeción a proceso, - han abortado diferentes autores, entre las que destacan las siguientes:

Rivera Silva sostiene que el auto de sujeción a proceso es una resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar un proceso, por estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La diferencia que tiene con el auto de formal prisión, reside en que el auto de sujeción a proceso se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada pena corporal. (85)

Por su parte Pérez Palma señala que es evidente que si la sanción imponible por el delito no amerita pena corporal, la prisión preventiva sería inexplicable; para ello el legislador previene que cuando la sanción imponible sea no corporal o alternativa, que incluya una no corporal, el auto de formal prisión no tendrá otro efecto, más que el de señalar el delito o los delitos por los que habrá de ser seguido el proceso. (86)

Afirma Colín Sánchez que el auto de formal prisión con sujeción a proceso es la resolución dictada por el juez, por -

(85) RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. p. 175.

(86) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 238.

medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no -- corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirse. (87)

Al respecto, García Ramírez refiere que cuando venga al caso la comisión de un delito no sancionado con pena privativa de libertad o conminado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de auto de formal prisión, pues justamente la prisión queda descartada como consecuencia de semejante auto. Dado que aquí, entonces, es improcedente la restricción de la libertad, es mejor hablar de sujeción a proceso. (88)

Visto lo anterior, procederemos a dar una breve explicación del auto de sujeción a proceso.

No siempre es procedente dictar el auto de formal prisión, puede ser el caso que el ilícito en concreto no tenga establecida sanción corporal, sino por el contrario sanciones alternativas o multa; en estos casos en los que no puede privarse de su libertad al inculcado, entonces se dictará el auto de sujeción a proceso que deberá reunir los mismos requisitos señalados para el auto de formal prisión, y sólo con el objeto de fijar el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso, sin necesidad de ordenar el encarcelamiento del presunto responsable, que sólo estará obligado a comparecer ante el Juez de la causa cuando se requiera su presencia, pues como del mismo artículo 18 Constitucional se --

(87) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 238.

(88) IDEM.

desprende, sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. Asimismo, sirve de fundamento a todo lo anterior, lo preceptuado por los artículos 301 del Código Procesal para el Distrito Federal y por el 162 en materia Federal.

Como ya se dijo, el auto de sujeción a proceso tiene todos los requisitos medulares y formales del auto de formal -- prisión y en él se ve claramente que su objeto está (como también del auto de formal prisión) en dar base a un proceso. El auto de sujeción a proceso surte todos los efectos del auto de formal prisión, con excepción del relativo a la prisión preventiva.

c).- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE MERITOS O  
DE ELEMENTOS PARA PROCESAR CON LAS RESERVAS DE LEY.

Si dentro del término de setenta y dos horas - no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, según los casos, se dictará la libertad del inculcado, por medio de auto que en el procedimiento común recibe el nombre de auto de libertad por falta de méritos y en el federal se denomina auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Asimismo, dentro de la praxis, dicho auto ha sido designado también como auto de soltura; en consecuencia, toda vez que dicho auto, aun y cuando se le llama de distinta forma según sea que se trate de materia del fuero común o federal, pero que de cualquier modo tienen los mismos efectos y se constituyen de los mismos requisitos, es por ello que en el presente trabajo se le designará indistintamente por cualquiera de estas formas.

Ahora bien, así como en los incisos anteriores se han dado las nociones que del tema se trata, del mismo modo procederemos en éste, aportando una serie de nociones que del auto de libertad han dado algunos autores.

Señala Clariá-Olmedo que la expresión falta de mérito usada por toda nuestra legislación procesal, significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procesamiento con relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las primeras -

investigaciones. (89)

Al respecto Franco Sodi dice que en nuestro derecho, cuando al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas no están comprobados el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez, en acatamiento del 19 Constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido con el nombre de auto de libertad por falta de méritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, nueva orden de aprehensión y nueva reproducción de todo el procedimiento. (90)

Por su parte Rivera Silva manifiesta que cuando, no se pueden comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, no existen, como pulcramente dice el Código Federal, elementos para procesar, y, por tanto, se debe decretar la libertad. La resolución en estudio lo único que determina es que hasta las setenta y dos horas, no hay elementos para procesar; mas no resuelve, en definitiva, sobre inexistencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto, la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculcado. Es este el sentido que guarda la frase ya consagrada con las reservas de ley. (91)

Dice Colín Sánchez que dicho auto es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de seten

(89) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 247.

(90) IDEM. p. 248.

(91) RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. p. 176.

ta y dos horas, y por medio del cual se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad, o que ha biéndose dado lo primero, no exista lo segundo. (92)

Advierte González Bustamante que aquí no se trata de una libertad absoluta, porque el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que se practiquen y que pueden motivar una nueva orden de aprehensión. El auto de soltura limita la libertad del inculcado, que no puede ser detenido nuevamente, sirviendo de base los mismos datos que tuvo en cuenta el Juez para decretar su libertad por falta de méritos. (93)

Del mismo modo Pallares hace sus consideraciones, refiriendo que el auto de libertad por falta de méritos tiene lugar cuando durante la instrucción no se han recabado pruebas suficientes para comprobar la existencia del cuerpo del delito, o la presunta responsabilidad del acusado, y no impedirá que posteriormente, y con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado. (94)

Visto todo lo anterior, podemos decir que esta resolución procederá dictarla cuando no se hubiesen satisfecho los requisitos de fondo que son indispensables para el auto de formal prisión y sus efectos son restituir al inculcado en el goce de la libertad de que disfrutaba antes de su captura.

El artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala cuáles son los fundamentos en que -

(92) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 247.

(93) IDEM.

(94) IDEM. p. 248.

debe apoyarse el auto de libertad por falta de méritos y los requisitos que debe contener. Los fundamentos son: a).- La falta de comprobación del cuerpo del delito, y b).- La falta de elementos probatorios en que se funde la presunta responsabilidad, expresándose en la resolución la fecha y hora exacta en que se dicte, el delito imputado al inculcado por el Ministerio Público y las firmas del Juez y del Secretario que autorizan el mandamiento.

Volviendo nuevamente a lo anteriormente dicho, después de habersele reintegrado a la persona en su libertad, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales.

Si en cambio ha sido puesta en libertad absoluta, - por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos.

## C A P I T U L O V

### LA NECESIDAD DE ANALIZAR LAS CALIFICATIVAS EN

### EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA.

- a).- ANALISIS A LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.
  
- b).- ELEMENTOS DE PROCEDIBILIDAD DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL.
  
- c).- CONSECUENCIAS DEL ESTUDIO DE LAS CALIFICATIVAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISION.
  - 1.- Actitud prejuzgadora del órgano jurisdiccional.
  - 2.- Aumento del término medio aritmético de la pena haciendo im--  
procedente la libertad provision  
al bajo caución.



V.- LA NECESIDAD DE ANALIZAR LAS CALIFICATIVAS

EN EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA.

a).- ANALISIS A LA FRACCION I DEL ARTICULO  
20 Constitucional.

En el presente capítulo, relativo al análisis de la fracción I del artículo 20 Constitucional, tan sólo trataremos aquellos puntos que tienen ingerencia con el tema correspondiente a la presente tesis, sin que ahondemos más para evitar así desviarnos del punto central de nuestro tema en general.

Pues bien, antes que nada, transcribimos a -- continuación, en la parte que interesa, la fracción I del citado precepto de nuestra Carta Magna, para así, poder tratar el tema a comento.

"ART. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, - tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio -

aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación."

De la citada fracción se desprende que para el otorgamiento del beneficio de la libertad bajo caución es requisito indispensable que la pena del delito que se le impute al inculcado no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión, tomando en consideración, además, para tal efecto, las modalidades del ilícito de que se trate.

De lo anterior, cabe destacar, que "para el legislador, el término modalidades comprende las circunstancias atenuantes y agravantes o calificativas a las que se refieren los códigos procesales" (95), siendo que, como ya se dijo en el inciso d) del capítulo Tercero del presente estudio, resulta más conveniente hablar de agravantes y atenuantes, para evitar confusiones, pues el espíritu del legislador fué precisamente el de referirse a estas figuras al hablar de modalidades.

Pues bien, hecha la aclaración anterior, procedemos a entrar en tema, por lo que diremos que en la exposición de motivos referente a la iniciativa de la última reforma del artículo a comento, se señaló que "...para la concesión o la negativa de la libertad provisional, con base en la pena aplicable al ilícito, se considerarán las modalidades que en éste se presenten y, por lo --

(95) ZAMORA - PIERCE, Jesús. GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. México 1937. Segunda Edición. p. 10.

tanto la pena que legalmente corresponda. Así, quedará recogido el delito que verdaderamente se cometió y no una hipótesis penal abstracta" (96); de lo anteriormente transcrito se infiere, que el legislador, infundadamente, para la concesión del beneficio de la libertad provisional, toma en consideración el delito y sus modalidades, para tener en cuenta el delito que verdaderamente se cometió y no una hipótesis penal abstracta, lo que resulta ilógico, toda vez que las agravantes y atenuantes, a las que el legislador ha dado en llamar modalidades, no son figuras que puedan determinar por sí mismas, el ilícito que verdaderamente se haya cometido, ni aún una vez aplicadas al delito mismo, pues es la hipótesis normativa la que, una vez surtidos los supuestos de la misma, dan lugar al delito, y no que éste vaya a quedar determinado completamente con la aplicación de la agravante o atenuante, pues éstas son figuras independientes que, si bien es cierto tienen vida jurídica al momento de su aplicación en el delito en concreto, también lo es que no son los factores que determinan de qué delito se trata y menos aún de las que dependen el ilícito para que éste nazca.

De lo anterior se infiere que el criterio sustentado en la multicitada exposición de motivos, se basa en que deben tomarse en consideración las modalidades para saber con certeza el delito de que se trata y así poder determinar si es procedente o no la concesión de la libertad provisional, lo que resulta incongruente por los motivos expuestos con antelación, por lo que se de

(96) GUERRA AGUILERA, José Carlos. CODIGO PENAL. Editorial Pac. - México, 1985. pp. 561-562.

duce que, para el otorgamiento de dicho beneficio, no deben tomarse en cuenta dichas modalidades sino tan sólo el ilícito por el -- que se esté ejercitando acción penal. Ahondando un poco más, agregamos que las agravantes y atenuantes, tan sólo resultan ser parámetros para aumentar o disminuir la pena aplicable al responsable -- del delito una vez que se dicte la sentencia condenatoria correspondiente, en atención a las circunstancias en que se dió el delito, ya sea en la ejecución del mismo o en las personales del propio delincuente.

Señala Zamora-Pierce que el Juez debe de tomar en cuenta las circunstancias personales del reo y la gravedad del delito que se le imputa, "pero ello tan sólo para fijar el monto de la garantía que deberá otorgar, y no para conceder o negar la libertad." (97)

En consecuencia, se estima que las "modalidades", sólo deben ser tomadas en consideración en la sentencia definitiva -- con la que culmine el proceso, por ser éste el momento procesal --- oportuno para su estudio, pues una vez comprobado el cuerpo del delito de que se trate y comprobada la responsabilidad penal del delincuente en su comisión, procede entonces analizar las agravantes o atenuantes que resulten, para poder determinar la pena aplicable al sentenciado, en función de la que le corresponda por el delito -- cometido y de la que le resulte por las circunstancias del mismo en su comisión.

b).- ELEMENTOS DE PROCEDIBILIDAD DEL ARTICULO  
19 CONSTITUCIONAL.

En capítulo anterior se dejó hecho el análisis correspondiente al auto de Formal Prisión, así como en lo referente a los elementos de fondo del citado auto, sin embargo, a continuación, retomaremos el punto relativo a dicho término constitucional, pero ahora visto desde el punto de vista de los requisitos de procedibilidad del mismo, señalados en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, procediendo, para ello, a transcribir dicho numeral, siendo la parte que interesa la siguiente:

"ART. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."

Ahora bien, teniendo a la vista la transcripción que antecede, y visto que, como ya se dijo, los requisitos de fondo del Auto de Formal Prisión ya fueron analizados en el capítulo precedente de esta tesis, omitiremos pues, tocar el tema relativo al cuerpo del delito y presunta responsabilidad, centrando nuestro análisis única y exclusivamente en lo tocante a los requisitos restantes que señala el precepto constitucional a comentario --

y que resultan ser los requisitos de procedibilidad ya aludidos, - motivo de estudio de este capítulo.

Del numeral transcrito se desprenden, como elementos de procedibilidad para dictar el Auto de Formal Prisión, los siguientes:

a).- La expresión del delito imputado al inculcado por el Ministerio Público. Esto tiene por objeto señalar la clasificación técnico-legal que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal.

b).- La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso. Este inciso parece redundante en relación con el anterior, pues el primero señala el delito por el que ejercitó acción penal la Representación Social, y éste último, establece el delito por el que en definitiva deberá seguirse el proceso, pudiendo ser el mismo a que alude el Ministerio Público o pudiendo ser otro distinto, producto de una reclasificación hecha por el juzgador.

c).- La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecución. Esto se refiere a la necesidad que existe de fijar las condiciones y circunstancias en que se cometió el delito para la eficacia en el esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obtenidas. Para mayor abundamiento, este punto se refiere más que nada, a la determinación del lugar y momento de la comisión del ilícito y la manera o términos de ejecución del mismo, esto es, por ejemplo, la intervención que tuvo el inculcado en la comisión del delito, la forma en que éste se cometió, no pa-

ra determinar en sí mismo la existencia de una agravante o una atenuante, visto desde el punto de vista jurídico, sino más bien, para esclarecer todas aquéllas circunstancias que convinieron al momento de suscitarse los hechos, reiterando que esto no es para el efecto de encuadrar la conducta del presunto responsable o alguna calidad de éste, como atenuante, agravante o calificativa, sino para dejar bien especificado cómo se dieron los hechos; esto, para señalar genéricamente el delito cometido, "sin que sea necesario expresar las circunstancias modificativas, que pueden concurrir ni el grado de ejecución del delito o culpabilidad o participación -- del procesado." (98)

En consecuencia, "los requisitos formales consisten en que se exprese el delito que se imputa al acusado y los elementos constitutivos de él; las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y los datos que arroje la averiguación previa." (99)

Ahora bien, vistos los requisitos citados con antelación, se deduce que en el Auto de Formal Prisión, en términos del artículo 19 Constitucional, no se contempla como requisito de procedibilidad, el estudio o señalamiento de las modalidades que puedan tener lugar con motivo de los hechos que hayan dado lugar al proceso, es decir, que no establece que deban de tomarse en consideración las circunstancias atenuantes o agravantes o calificativas, para dictar el Auto de Formal Prisión, pues no resultan ser -

(98) GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Ob. Cit. p. 204.

(99) CASTRO Juventino V. GARANTÍAS Y AMPARO. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México 1983. p. 246.

estas figuras, elementos de procedibilidad del numeral invocado, sino más bien, circunstancias que deben dejarse pendientes para su estudio en la sentencia definitiva, considerándose pertinente, tan sólo, el señalamiento que deberá hacerse en el término constitucional en cuanto a que se dejan pendientes de estudio para su análisis en el momento procesal oportuno, para que así, los defensores no omitan las circunstancias de comisión del ilícito, para el debido encausamiento de la defensa.

Por otra parte, toda vez que, como quedó expuesto, las agravantes y atenuantes no son elementos de procedibilidad -- del artículo 19 Constitucional, éstas no deben tomarse en cuenta en la Formal Prisión, pues para la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, sólo se atenderá a los requisitos enumerados en este apartado; resulta aplicable a las anteriores consideraciones la tesis invocada por el autor Jorge -- Obregón Heredia, que dice:

"AUTO DE FORMAL PRISION.- El artículo 19 constitucional, señala como elementos de forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión: a) el delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b) las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y; c) los datos que arroje la averiguación previa; y como requisitos de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpaado." (100)

(100) OBREGÓN HEREDIA, Jorge. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México 1987. p. 202



Concluyendo, se advierte que la reforma hecha a la fracción I del artículo 20 Constitucional entra en contravención con lo dispuesto por el artículo 19 del mismo ordenamiento legal, en virtud de que si bien, ambos se refieren a momentos procesales distintos, también lo es que resulta incongruente que mientras el primero de los citados establece que deberán tomarse en cuenta el delito así como sus "modalidades" para la concesión del beneficio de la libertad provisional, el segundo no establece que para dictar el Auto de Formal Prisión deban de tomarse en cuenta dichas "modalidades"; siendo que llegado el momento del término constitucional, podría solicitarse el beneficio ya aludido en base en dicha resolución, en la que no se tomaron en cuenta las modalidades, resultando así una contravención entre ambos preceptos pues los dos servirían de fundamento, respectivamente, para la negación u otorgamiento de dicho beneficio; pero, por otro lado, de tomarse en cuenta las "modalidades" para dictar el Auto de Formal Prisión, negándose la libertad provisional con base en dicha resolución, - resultaría inconstitucional, pues se estaría rebasando en exceso lo dispuesto por el artículo 19 Constitucional, pues en el mismo no se señala que deban estudiarse las "modalidades" en dicha resolución, por lo que también resultaría fuera del marco legal que establece el precepto constitucional invocado.

Vistas las anteriores consideraciones, cabe citar la tesis número 15, visible a fojas 31, que para el informe de los bores para el año de 1986, virtió el Segundo Tribunal Colegiado - en Materia Penal del Primer Circuito, que dice:

"MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS, ESTUDIO INCORRECTO DE LAS, AL DICTARSE AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL.- Si bien es verdad que en su última reforma al artículo 20 fracción I, de la Constitución Federal, se estatuye que para la concesión de la libertad bajo caución a los acusados, se deben tomar en consideración, entre otras, las modalidades del delito, no es menos cierto también que el estudio de dicho tema no se debe realizar al momento de dictarse el auto de bien preso, atento a que el dispositivo 19 Constitucional que rige tal determinación, no lo señala como requisito para su validez, y a fin de ser congruente la aludida reforma, con el contenido de este último precepto y evitar interpretaciones incorrectas, el legislador debió de igual forma, modificar el texto del anterior numeral, para determinar que en el auto de prisión preventiva, se incluyeran dichas modalidades o calificativas, sin embargo los Jueces al resolver sobre la libertad caucional, no sólo deben tomar en cuenta el auto de prisión preventiva, sino todas las constancias de autos, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 20 fracción I de la Ley Fundamental.

Por otra parte, atendiendo al principio general de derecho que dice "donde la ley no distingue no es dable distinguir al juzgador", resulta entonces que si el multicitado artículo 19 Constitucional no establece como elemento de procedibilidad el análisis de las "modalidades" en el Auto de Formal Prisión, entonces, no es dable al juzgador analizarlas, en exceso de dicho numeral, pues carece de fundamento para tal efecto, por lo que, en atención al principio general de derecho mencionado con antela-

ción, el órgano jurisdiccional se debe atener tan sólo a los requisitos señalados en el precepto constitucional invocado, sin -- excederse del mismo, queriendo analizar otros elementos que en es -- tricto derecho no corresponde tomar en cuenta en el Auto de For-- mal Prisión, sino reservar para el momento procesal oportuno.

c).- CONSECUENCIAS DEL ESTUDIO DE LAS CALIFICATIVAS  
EN EL AUTO DE FORMAL PRISION.

A continuación, haremos mención de las principales consecuencias, que a nuestro particular punto de vista, tiene el hecho de que se haga el análisis de las calificativas en el auto de Formal Prisión.

. 1).- Actitud prejuzgadora del órgano jurisdiccional.

Al respecto cabe citar al maestro Guillermo Colín Sánchez, quien señala que "en el ámbito jurídico penal, - cuando se alude a las modalidades del delito se está indicando lo concerniente a los aspectos que agravan, disminuyen o excluyen la penalidad, en relación a una conducta o hecho; por lo tanto, para resolver si procede o no la libertad caucional, el Órgano jurisdiccional, en las primicias del proceso, quiérase o no, habrá de anticipar un juicio respecto a la existencia o ausencia de las llamadas calificativas, atenuantes, causas de justificación, etc., sin importar que posteriormente, con base en las pruebas el mismo juez quizá tenga que revocar su criterio, "fundado y razonado". (101)

En efecto, como se deduce de la anterior transcripción, el juzgador al tomar en consideración las "modalidades" para el efecto de la concesión de la libertad provisional cau

(101) COLIN SANCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial Porrúa, S.A. Mex. 1989. p.508.

cional, está emitiendo un juicio previo, pues no sólo toma en consideración el delito que se le imputa sino también las "modalidades" que le atañen con motivo de las circunstancias en que haya tenido lugar; siendo que, posiblemente la solicitud para la concesión de tal beneficio se realice con anticipación al término constitucional, de lo que se desprende que resulta ser un juicio adelantado el tomar en consideración las modalidades cuando ni siquiera se ha resuelto la situación jurídica del inculcado respecto del tipo básico en concreto con un auto de formal prisión, de sujeción a proceso o de libertad.

Asimismo, el juzgador al resolver en el término constitucional con un auto de bien preso, de sujeción a proceso o de libertad, respecto del ilícito que se le impute al inculcado, en el que tome en consideración las "modalidades" que le puedan resultar con motivo de los hechos en su comisión; del mismo modo, resulta ser una actitud prejuizgadora que lleva a cabo el órgano jurisdiccional, pues es incongruente que sean motivo de estudio, en el término constitucional, las "modalidades", pues esto significa emitir un juicio previo respecto de los hechos por los que se ejercitó acción penal, toda vez que las modalidades modales son tomadas en consideración desde un inicio, cuando aún no se ha resuelto siquiera el delito mismo en forma definitiva; pues ¿cómo es posible que se tomen en cuenta estas figuras?, si éstas resultan ser independientes, aún y cuando las mismas tengan vida jurídica en el momento en que nace el delito mismo, por haberse cometido éste en ciertas circunstancias, pues si no se ha determina-

do de manera concreta y definitiva la existencia del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, ¿cómo es que sean tomadas en consideración figuras que resultan ser independientes y al mismo tiempo accesorias del ilícito, si éste último no ha sido determinado en forma definitiva ni la responsabilidad penal del inculcado en su comisión?, por lo que su estudio en el término constitucional es equívoco y prejulgatorio, pues resulta hacerse en un momento procesal anticipado y en el que aún no se resuelve definitivamente respecto del delito, por lo que no pueden analizarse -- las "modalidades" cuando aún no se determina lo primero.

Ahora bien, desde otro punto de vista, y atendiendo al principio general de derecho que señala que deberá estarse a lo más favorable al reo, y tomando en consideración los criterios encontrados que sostienen respectivamente, uno que el análisis de las "modalidades" debe hacerse en el término constitucional y los otros que señalan que debe hacerse hasta la sentencia definitiva, y tomando en cuenta que existe la base constitucional para fundamentar ambos criterios, y que el más perjudicial al inculcado lo puede ser aquél que sostiene que debe hacerse el análisis de las "modalidades" en el término constitucional; en consecuencia, en base al principio general de derecho, se considera conforme a derecho hacer el análisis de referencia en la sentencia definitiva con la que culmine el proceso

2).- Aumento del término medio aritmético de la pena haciendo improcedente la libertad provisional bajo caución.

"La única consecuencia de incluir las modalidades en el cómputo de la pena, para efectos de la caucional, es la de cerrar el camino de la libertad a un mayor número de procesados. Limitar, pues, la garantía, cuando debería ampliársela." (102)

Este es quizá la más importante de las consecuencias que surge con motivo del análisis de las "modalidades" en el Auto de Formal Prisión, pues ya en la realidad es lo que puede determinar que el inculcado sea puesto o no en prisión preventiva, afectando determinadamente de esta manera uno de los bienes más preciados del hombre como es su propia libertad.

Ya se ha mencionado que la fracción I del artículo 20 Constitucional ha establecido que para los efectos de la libertad provisional bajo caución han de tomarse en consideración el delito y sus modalidades, lo que se traduce en que, al momento del cómputo de la pena para determinar el término medio aritmético de la pena, al tomar en cuenta las agravantes, dicho término medio aritmético de la pena del delito imputado se ve aumentada considerablemente, pues por una parte es la correspondiente al delito y por la otra la correspondiente a las agravantes, -

pues en este último caso se ve aumentada. Del mismo modo, pero - con efectos inversos, es en el caso de tomarse en cuenta las atenuantes, pues va a tener como resultado que se vea aminorada la - pena del delito imputado y por ende disminuido el término medio - aritmético correspondiente para lograr la concesión del beneficio de la libertad provisional, esto es, buscando que no exceda dicho término de cinco años de prisión.

Pues bien, en la praxis se observa que - son mucho más los casos en que operan las agravantes, que aquéllos en los que se invocan las atenuantes, por lo que, las consecuencias para los efectos de la libertad provisional, en muchas ocasiones, sino es que en la mayoría, será de que se niegue tal beneficio.

Cabe retomar la interrogante hecha por el maestro Guillermo Colín Sánchez, quien dice que el hecho de que en ese momento procesal se pongan en juego las modalidades del delito, para conceder o negar la libertad condicional, no será un obstáculo para que en muchos casos se niegue ese beneficio y se incremente la población de las cárceles preventivas? (103)

(103) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. p. 508.



C O N C L U S I O N E S

C O N C L U S I O N E S

1.- La evolución de las ideas penales en México, - tuvo como consecuencia, que las reformas en el campo penal, en -- concreto en el Código Penal de 1931, del que deriva el actual en vigor, sean producto genuino de los anhelos e inquietudes, y por ende, es respuesta a una realidad que se vive día con día.

2.- La pena es el castigo impuesto por la autori-- dad legítima al que ha cometido un delito.

La sanción, en la actualidad, tiene el mismo - significado que la pena, aunque su sentido real es de pena y re-- compensa, al mismo tiempo, según sea el caso de que se trate.

3.- Las agravantes y atenuantes son aquellas figu-- ras que afectan al delito en su penalidad, aumentando la pena o - disminuyendola, respectivamente, dependiendo de las circunstancias del delito mismo y de las personales del encausado.

4.- Los elementos de fondo que se requieren para - que tenga existencia el Auto de Formal Prisión, son la comproba-- ción del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad; reso

lución que será dictada cuando el delito que se impute al inculpa-  
do, merezca pena corporal.

En el caso de que la pena que corresponda sea al-  
ternativa, o no le corresponda pena corporal, se dictará Auto de  
Sujeción a Proceso, previa también la comprobación del cuerpo del  
delito y de la presente responsabilidad del indiciado.

En el caso de no acreditarse dichos elementos de -  
fondo, procede entonces decretar auto de libertad por falta de mé-  
ritos o de elementos para procesar con las reservas de ley, según  
se trate de materia común o federal.

5.- Hecho el presente estudio respecto del crite-  
rio sustentado en cuanto a las calificativas, su análisis y apli-  
cación en la sentencia, y, vistas todas las consideraciones he-  
chas en el mismo, se estima pertinente la reforma al artículo 20  
de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en -  
su fracción I, para que, para la concesión del beneficio de la li  
bertad caucional, no sean tomadas en consideración las "modalida-  
des" que atañan al delito; además, con fundamento en el artículo  
19 Constitucional, se propone que dichas "modalidades" sean moti-  
vo de estudio en la sentencia definitiva con la que culmine este  
proceso y no en el término Constitucional, momento procesal en --  
que el Juzgador tan sólo las debe reservar, pues estas no son re-  
quisitos de procedibilidad del Auto de Formal Prisión, como se --  
desprende de la lectura del último numeral constitucional invoca-  
do. Así pues, con lo anterior, se estaría evitando una actitud -  
prejuzicatoria y además, se evitaría que el beneficio de la liber-

tad provisional se vea obstaculizado en perjuicio de aquéllos a los que se les instruye proceso por uno o varios delitos, a quienes aun cuando no se les ha resuelto en definitiva sobre el o los mismos, ya les están tomando en cuenta las "modalidades" que les puedan afectar, resultando por ende, que en la mayoría de los casos, por tales circunstancias, no alcancen el beneficio ya aludido. Asimismo, se concluye que el Juzgador al no tomar en cuenta las "modalidades" dentro del término constitucional, estaría obrando dentro de los cauces legales, pues en caso contrario, al analizarlas en ese momento procesal, estaría actuando de manera inconstitucional, pues se excedería de lo dispuesto por el artículo 19 de nuestra Carta Magna, al hacer el estudio de requisitos que para el Auto de Formal Prisión no señala el numeral en cita.

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

- 1.- BONNESANA, César. TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición Facsimilar. México, 1988.
- 2.- CARDENAS, Raúl F. DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, -- 1982.
- 3.- CARDENAS, Raúl F. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte Especial. Delitos contra la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México 1982.
- 4.- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. DERECHO PENITENCIARIO. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición. México 1986.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A. Decimo segunda edición. México 1987.
- 7.- CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Edición. México 1984.
- 8.- CASTELLANOS TENA, Fernando. PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO. Síntesis del Derecho Penal. Instituto de Derecho Comparado. UNAM. México 1965.
- 9.- CASTRO, Juventino V. GARANTIAS Y AMPARO. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México 1983.
- 10.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial Porrúa, S.A. Décimoprimer edición. México 1989.

- 11.- CUELLO CALON. DERECHO PENAL I. Décimosegunda edición.
- 12.- DEL PONT, Luis Marco. DERECHO PENITENCIARIO. Editorial CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. Primera Edición. México 1984.
- 13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. -- PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México 1985.
- 14.- GUERRA AGUILERA, José Carlos. CODIGO PENAL. Editorial Pac. México 1985.
- 15.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimosegunda edición. México 1988.
- 16.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. EL CODIGO PENAL COMENTADO. Editorial Porrúa, S.A. Octava edición. México 1987.
- 17.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición. México 1988.
- 18.- JIMENEZ BARCENAS, Víctor Genaro. LA PENA EN GENERAL Y LA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO FACTOR QUE DISMINUYE LA DELINCUENCIA. Universidad Autónoma de Guanajuato. 1971.
- 19.- JIMENEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México 1985.
- 20.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL PROCESO PENAL. Estudio Constitucional del Proceso Penal. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México 1988.
- 21.- OBREGON HEREDIA, Jorge. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina. Editorial Porrúa, S.A. --- Cuarta Edición. México 1987.
- 22.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. - Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición México 1987.
- 23.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. LAS REFORMAS PENALES. Análisis crítico de la parte general. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1987.

- 24.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México -- 1985.
- 25.- PESSINA, Enrico. ELEMENTOS DE DERECHO PENAL.
- 26.- PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.- A. Décima Edición. México 1985.
- 27.- RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. Undécima Edición. México 1980.
- 28.- VILALTA Y VIDAL, Antonio. LA PREMEDITACION COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1988.
- 29.- VILLALOBOS, Ignacio. LA CRISIS DEL DERECHO PENAL EN MEXICO. Editorial Jus. México 1948.
- 30.- ZAMORA - PIERCE, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. -- Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1987.

\*\*\*\*\*

#### LEGISLACION :

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Porrúa, S.A. 84a. Edición. México 1989.
- 2.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. UNAM. Primera Edición. México 1985.
- 3.- PENAL PRACTICA. Editorial Ediciones Andrade, S.A. México 1989.
- 4.- CODIGO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. 44a. Edición. México 1988.
- 5.- APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1985.

- 6.- INFORME DE LABORES CORRESPONDIENTE AL AÑO DE 1986.  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

= = = = =

OTRAS OBRAS:

- 1.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.