

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

LA INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO

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

JUAN CESAR RUBIO HERRERA

México, D. F.

1975



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

de la: muertera. de mi Padre:

Abraham Rubio Nunez

de mi Madre:

Señora. M. Uda. de Rubio.

A mi querida esposa:

Guadalupe Regollado de Rubio

A mis hijos:

Swam. Espan.

of
Gabriel.

Sharon. Futura

de mis hermanos:

Abraham David,

Carlos Jaime,

Maria Antonieta

Severin Angelica,

Victor Manuel,

Miguel Angel,

Eduardo Enrique,

Adolfo de Jesus.

Ap. l. Sr. Hugo Pagollado, Excmo.

Ap. l. Sr. Maestro y Compañero,

de mis amigos, y a todos
aquellos con quienes me une
un lazo de amistad y cariño.

de quienes han tenido la confianza
de depositar en mí su defensa.

Qm. forma, especial, a. l. q.
D'interiores de. m. l. q.:

Sic. Bernardus, Castellanus, p. m.

P. m. Pedro, Bernardus, Silva.

ed. Sic. Bernardus, Alfonso, Bernardus

P R O L O G O

Desde mi iniciación como estudiante en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Facultad de Derecho, me sentí atraído por el estudio del Derecho Penal, por lo que con deseos de dejar plasmada parte de esa inclinación, me decidí a realizar mi Tesis con un tema penal, llamándome en especial la atención el de la Individualización de la Pena, dado que me he percatado de que es el campo que más se presta para que se realicen las peores injusticias al amparo de lo que es el arbitrio judicial que se concede a los juzgadores, y que lejos de aplicarlo, conforme a lo que el espíritu de Legislador pretende, se aplica de una manera ruin y bajo determinados intereses en perjuicio de aquellos que no pueden, por no tener, defenderse, ni dar prebendas para que se les trate, ya sea durante la instrucción del proceso o al sentenciarlos, con más consideración, como si el ser pobre, producto mayoritario, casi total, de nuestro sistema social, fuera una circunstancia que agravara la falta cometida, en lugar de ser necesariamente lo contrario. Pero también creo pertinente hacer notar que no siempre se trata de las aludidas carencias la causa de la mala adecuación de la

pena, al infractor de la ley sino que el exceso de -
trabajo que agobia los juzgados y tribunales hace --
que se tenga poco tiempo para un estudio completo y -
conciensudo de cada procesado, por lo que necesaria-
mente no se llega a un conocimiento cabal de éste, -
lo que indudablemente llevará a una incompleta o más
que incompleta, inadecuada individualización de la -
pena impuesta.

Reconociendo mi aún escaso conocimiento so
bre tantas teorías que tratan sobre el tema, pongo -
sin embargo para tratar de compensar dicha carencia,
mi empeño y cariño de estudiante, y mi ambición de -
superación, para lograr que este modesto trabajo ten
ga la claridad y coherencia necesarias, para lograr-
mi objetivo, que es el de expresar el deseo de un --
trato más equitativo y humano para el pueblo, y más-
especialmente para la gente de escasos recursos, que
se encuentran sujetos a proceso, que son aquéllos a-
quienes más enérgicamente se les aplica la ley, y --
por lo tanto, quienes resienten más, no el rigor de-
la ley, sino el de los encargados de impartirla, pa-
ra lograr con ella la aplicación de la Justicia, que
es en última instancia, la meta que fija mis anhelos
personales al desarrollo de mi futura profesión, la-
que consideraré el legado máspreciado que haya ad-

quirido como estudiante, y la que compartiré siempre con los desamparados y con aquellos que por diversas circunstancias desconocen sus derechos, pues tengo - el afán de tener en mi conciencia, al final de mi camino, la certeza de haber logrado, si no en todo, -- cuando menos en su mayor parte, mis propósitos anhelados.

C A P I T U L O I

E L D E L I T O

SUMARIO.-I.-Concepto del Delito.-
II.-Escuelas que estudian el Delito.-
III.-Teorías que estudian el Delito.-
IV.-La Teoría Tetratómica.

I.- Tradicionalmente la institución más importante del derecho penal ha sido el delito, la etimología de este vocablo es latina: delinquere, que significa apartarse del camino señalado por la ley. En relación con esta figura penal, se han elaborado las --mas diversas definiciones, conceptos y clasificaciones, desde diferentes puntos de vista, como sociológica y jurídicamente, por ejemplo. Consideramos por --nuestra parte, que no es posible establecer ni un concepto ni una definición del delito con validez universal, debido a que, éste reviste aspectos muy distintos, según sea su pueblo, es decir, se encuentra estrechamente ligado a la época, a las necesidades y a la idiosincracia de cada nación; así, lo que ayer y --en cierto país tuvo el carácter de delito, hoy quizá--en ese mismo país o en algún otro, ya no lo sea. Sobre este particular, la actuación del estado es sumamente importante, porque es él quien tiene la facultad, en última instancia, de definir cuales conductas son las que tienen el carácter de delito y cuales son las penas a imponerse.

Por las razones indicadas con anterioridad, estimamos que resultaría amplísimo, incluir en este mo-

desto trabajo de investigación jurídica, cuanto concepto y definición se ha elaborado respecto del delito en las diversas épocas, por lo que, de todas ellas únicamente mencionaremos las siguientes:

1.- Para Carrara, máximo exponente de la Escuela Clásica, "es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".¹

2.- Garófalo, establece una distinción entre lo que él llama delito natural y delito legal; del primero dice qué, "es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad"; del segundo, qué, "es la actividad humana que contrariando a la ley penal no es lesiva de aquellos sentimientos".²

1.- Programa, Vol. I, N°. 21, pág. 60

2.- Citado por Fernando Castellanos Tena. Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Méx., 5a. Edición, 1969, pág. 64

3.- Mezger expresa qué, "es la acción típicamente antijurídica y culpable".³

4.- Castellanos Tena, opina qué, "es el acontecimiento humano causado por una conducta humana positiva o negativa amoldada al tipo legal que constituye una transgresión a una norma establecida por el estado y por lo tanto, las consecuencias para el sujeto activo que obre en este sentido con capacidad de querer y entender, consiste en la compurga de la sanción".⁴

5.- Ignacio Villalobos manifiesta -- qué, "es un acto humano, antijurídico, típico y culpable".⁵

6.- Jiménez de Asúa, afirma, qué "es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁶

3.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I., Madrid 1955, - pág. 156

4.- Apuntes de clase, 1968

5.- Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 2a. Edición, 1960, pág 214

6.- La Ley y el Delito, Editorial A. Bello, Caracas, pág. 256

7.- Eusebio Gómez, opina que, "es un hecho humano, antijurídico, real o potencialmente lesivo de un bien o interés protegido por la ley".⁷

8.- Cuello Calón nos dice que, "es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible".⁸

9.- Por su parte, Pavón Vasconcelos - considera al delito como "la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible".⁹

10.- El Código Penal vigente, define - en su artículo 7o. al Delito, como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

II.- Así como son variadas las definiciones y conceptos que se han dado del delito, según precisamos en el punto anterior, también son varias las escuelas que han estudiado esta institución del derecho penal a través de todos los tiempos. Cada Escue

7.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pág. 382, B. - Aires, 1955

8.- Derecho Penal, 8a. Edición, pág. 236

9.- Manual de Derecho Penal Mexicano, México, 1967, - Pág. 141

la ha elaborado su propio concepto del delito y le ha atribuido diversos elementos.

El marco evolutivo de las Escuelas Penales lo integran fundamentalmente tres: la Clásica, la Positiva y, finalmente, diversas tendencias Eclécticas, que tratan de aprovechar parte de los conocimientos e ideas sostenidas por las dos primeras escuelas.

En la Escuela Clásica, señala atinadamente el penalista mexicano Ignacio Villalobos,¹⁰ se advierte un proceso de formación integrado por: una tesis de justicia absoluta, preconizada por Kant, Hegel, Bossuel y Joseph de Maistre, entre otros; una antítesis utilitaria y por último, una síntesis expuesta por Francisco Carrara, en la cual fusiona los principios de utilidad y de justicia.

En el apartado de la tesis, se plantea sobre todo la idea de la justicia, que se encuentra innata en todos los hombres y en todos los tiempos. El radicalismo de Kant sobre la necesidad de la justicia llega a tal extremo que sostiene que, la pena-imperativo categórico de la razón práctica debe imponerse

10.- Op. cit. Págs. 30 - 33

al culpable, para la satisfacción de la justicia, -- aún cuando éste se refugiare en una isla desierta -- donde no represente peligro alguno para la sociedad.

Hegel,¹¹ considera al derecho como una exteriorización, de la voluntad racional; al delito como negación del derecho y a la pena como una negación del delito, con lo cual es necesaria su imposición para el restablecimiento del derecho.

Dentro de la antítesis utilitaria, se incluyen ideas de autores diversos, filósofos, juristas, etc. (Epicuro, Francisco Bacon, Hobbes, Locke, ---- Feuerback). Todas esas ideas con miras al bienestar social, y más concretamente, tendientes a la justificación de la pena. Dentro de esta antítesis se ha reconocido al utilitarismo como una aportación inglesa, cuyo representante mas destacado es Jeremías Bentham, quién, en su obra titulada Teoría de las Penas y las Recompensas, expone que las penas deben -- ser tales que inspiren un temor capaz de dominar el deseo que pueda ofrecer el delito y que, las penas fijadas por el estado solo serán plausibles en la me

11.- Citado por I. Villalobos, op. cit. Pág. 31.

dida en que sean útiles.

En la síntesis de referencia, elaborada como ya indicamos por Carrara, se señala como fundamento y aspiración suprema, la tutela del orden jurídico, haciéndose hincapié en que todo exceso no sería protección del derecho sino una violación del mismo, un abuso de la fuerza. Su Escuela se inspira en los principios liberales y sostiene la legalidad de los delitos y de las penas, al decir del maestro Castellanos Tena. Para Carrara la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios y para que exista el delito, es necesario que haya un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral y además que, derive de él un daño social y que se encuentre también prohibido por una ley positiva.

Las ideas de la Escuela Clásica, es posible resumirlas en los siguientes puntos:

a).-El punto de partida de la justicia penal es el delito, como hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo.

b).-El método filosófico jurídico empleado en su investigación es el deductivo y especulativo.

c).- Solo puede ser castigado quien realiza una-

acción prevista por la ley como delito y castigada - con una pena.

d).-La sanción solo puede ser impuesta a los individuos de libre albedrío (moralmente responsables).

e).-La represión penal es facultad propia del estado, pero éste en ejercicio de sus funciones debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos.

f).-La pena debe ajustarse estrictamente en proporción al delito y señalarse en forma determinada.

g).-El juez solo está facultado para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito.

ESCUELA POSITIVISTA.-Esta Escuela tiene como fundamentos las ideas positivistas del francés Augusto Comte, Padre del Positivismo, a quien se debe su nombre. Utiliza el método inductivo. Los representantes principales de esta Escuela son: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafaél Garófalo.

El primero de los autores anteriormente mencionados, estableció que antes de estudiarse el deli

to como entidad jurídica o como infracción a la ley penal, debía estudiársele como un fenómeno natural y social, tomando en consideración la biología del delincuente, estableciendo así las bases antropológicas de esta Escuela Positivista.

Enrique Ferri por su parte, es el representante de la corriente sociológica de esta misma Escuela Positivista. Establece este autor italiano, que el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales. Sostuvo igualmente que el delincuente no es un hombre normal, sino un ser que por sus anomalías físicas y psíquicas representa en las sociedades modernas a las razas primitivas ya desaparecidas o a los salvajes de los tiempos pretéritos, afirma también, que todo individuo que ejecute un hecho penado por la ley, cualquiera que sea su conformación psicofísica es responsable o debe ser objeto de una reacción social (sanción) correspondiente a su peligrosidad.

Por lo que respecta a Rafaél Garófalo, éste demostró marcada preferencia por causas endógenas -- del delito y atribuyó a las sanciones un fin eliminatorio, justificando la pena capital para los incorregibles y mostró también especial preocupación por la reparación del daño a las víctimas del delito.

No obstante las diferencias que existieron entre los propios positivistas, se han señalado algunos puntos comunes entre ellos, resumiéndose así:

a).-El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor de la infracción, pues éste no es otra cosa que un síntoma revelador de su estado - peligroso.

b).-La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso, y no a la gravedad objetiva de la infracción. El método filosófico jurídico es el inductivo experimental.

c).-Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal, si cae bajo el campo de la ley penal.

d).-La pena tiene una eficacia muy restringida, - importa más la prevención que la represión de los delitos y por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

e).-El juez tiene facultad para establecer la sanción en forma indeterminada, según sea el infractor.

f).-El régimen penitenciario, tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vi-

da social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de libertad son contraproducentes; la pena, es pues, defensa y reeducación.

ESCUELAS ECLECTICAS.-Como resultado de la lucha entre las dos escuelas antes señaladas, a parecen las corrientes de autores eclécticos, que -- propiamente vienen a constituir una Tercera Escuela, la cuál conjuga algunas ideas de la Escuela Clásica y toma otra de la Escuela Positivista.

De entre las distintas corrientes eclécticas tenemos la Escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola cuyos creadores fueron Alimena y Carnevale. Admite del Positivismo la negación del libre albedrío y explica al delito como un fenómeno de carácter tanto individual como social; se inclina por el estudio científico de los delincuentes y establece los beneficios del método inductivo; no admite la na turaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad penal, aceptando de la Escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral; establece la distinción entre lo que es delincuente imputable e inimputable, aún cuando no da delito a la nota característica de un acto realizado por ser un ser con libertad.

Es posible resumir las ideas fundamentales de la Tercera Escuela en los términos siguientes:

a).-La imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos humanos.

b).-La naturaleza de la sanción consiste en la coacción psicológica.

c).-La finalidad de la pena es la defensa social.

CORRIENTE SOCIOLOGICA.- Esta se caracteriza por su dualismo, ya que por un lado hace uso de sus métodos jurídicos y por el otro de los experimentales, así como por concebir al delito como un ente de carácter jurídico y como fenómeno natural. Acepta igualmente la imputabilidad, el estado peligroso, las penas y las medidas de seguridad. Su ilustre representante Franz Von Liszt, sostiene que la pena es fundamental en las distintas relaciones que se dan en la vida social, debido a que su objeto primordial es conservar el orden jurídico. Sostiene también que el delito no es el resultado de la libertad humana, sino que más bien es el resultante de factores de carácter personal, físico, social y de causas económicas.

III.- Como ya hemos dicho, cada escuela ha --

elaborado su concepto de delito, atribuyéndole a éstos determinados elementos. No se puede olvidar que diversos autores han tratado de estudiar ésta figura penal como una unidad, y otros, han querido ver en tal figura, un conjunto de elementos, estudiando al ilícito, desmenuzando sus partes integrantes. Por lo anterior, se han elaborado diferentes teorías, -- dentro de las que destacan como las importantes aquellas que hacen un estudio jurídico o substancial del delito, siguiendo dos sistemas, el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

Los defensores del sistema unitario o totalizador, parten del principio de que el delito es indivisible y que, por lo tanto, su estudio debe realizarse en ese sentido. Aún existiendo un concepto -- del delito muy elemental, la técnica de ésta teoría impide el conocimiento de sus elementos, pues éstos lo presentan como un todo orgánico, un concepto indivisible, un bloque monolítico, el cuál puede presentar diversos aspectos, pero no es en modo alguno -- fraccionable.

Por su parte, los seguidores del sistema analítico o atomizador, estudian el ilícito penal a través de sus elementos constitutivos, sin desconocer -- por ello su unidad. Los partidarios de ésta teo --

ría parten del principio de que para entender la esencia del todo, es necesario conocer detalladamente sus partes.

La discrepancia en sí, surge en cuanto a la determinación del número de elementos que integran el delito, surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc, las cuales dependen de cuantos elementos esenciales consideren en el delito.

Como ejemplo de definición que acepta la concepción primeramente señalada tenemos la de Carmingnani, para quien el delito es el acto humano sancionado por la ley, noción insuficiente, porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino solo a las formales.

Mezger, como ya hemos visto, elabora una definición tetratómica, diciendo que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable. Por su parte; Cuello Calón dice que el delito es una acción humana antijurídica, típica, culpable y punible, aceptación pentatómica, y, como ejemplo de una teoría heptatómica del ilícito, tenemos la que señala que es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, im-

putable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Al observar las diferentes definiciones anteriormente señaladas, se notará que si bien algunas incluyen elementos esenciales, les dan tal carácter a los que no lo tienen, y en otras incluso carecen de ellos, por lo tanto no penetran en la verdadera naturaleza del mismo.

IV.- De todas las definiciones del delito enunciadas anteriormente, la teoría tetratómica, es la que mayor aceptación tiene entre la mayoría de los tratadistas. Esta teoría sostiene, como se puede desprender de su nombre, que el delito tiene cuatro elementos constitutivos que son: una acción, antijurídica, típica y culpable. Acción, porque es un acto u omisión que realiza el ser humano; antijurídica, porque dice estar en contraposición con la norma señalada por la ley; típica, porque debe encuadrar en el tipo previsto por la ley y, culpable, porque debe pertenecer subjetivamente a un individuo.

Para mayor entendimiento, de los elementos del delito, haremos un breve estudio de los mismos, sin que el orden en que se realice dicho estudio signifique que en la comisión de un delito deben presen

tarse tales elementos en ese orden, ya que en cualquier ilícito los cuatro concurren a la vez.

Una vez hecha la aclaración anterior, empezaremos por la conducta, término que en el Código Penal vigente se utiliza indistintamente como acto, omisión (art. 7), hecho (art. 15-VI) y acción (art. 19 2a. parte), nosotros preferimos el de conducta, por ser el más adecuado, ya que en él se pueden abarcar a los demás, por comprender tanto el hacer como el dejar de hacer o no hacer, que son respectivamente, la acción y la omisión.

El maestro Castellanos Tena, define a la conducta como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".¹² De esta definición podemos apreciar que solamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, por ser únicamente la voluntad humana la que interesa al Derecho Penal, pero siempre y cuando dicha voluntad se manifieste en el mundo exterior, esto es, que sólo el pensamiento, deseo o propósito de cometer un delito, no forma parte de la conducta, mientras no se ejecute o trate de ejecutar.

12.- Op. cit. pág. 143.

Las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito, por carecer de voluntad propia, pero no así sus miembros o representantes legales, -- quienes por ser humanos sí tienen voluntad propia, - y, por lo tanto, pueden ser sujetos activos de delito; ahora bien, cabe aclarar que si bien es cierto - que las personas morales no son sujetos activos del delito, por la razón antes apuntada, si pueden ser - sujetos pasivos del mismo.

Fundamentalmente son dos las formas de la conducta, esto es, la acción y la omisión, siendo ésta última subdividida en omisión simple o propia y omisión impropia o comisión por omisión.

Mientras que para el maestro Fernando Castellanos Tena, "El acto o la acción en stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación" y, "La omisión, radica en el abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; un dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción",¹³ para el también maestro

13.- Op. cit., págs. 146 y 147.

Francisco Pavón Vasconcelos, "La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, - una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva" y, la omisión -- es, "conducta negativa, es inactividad voluntaria -- con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)".¹⁴ Por su parte, Porte --- Petit manifiesta que la "omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico", en tanto que la comisión por omisión es "cuando se produce un resultado típico y material, por un no ha--- cer, voluntario o culposo violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva".¹⁵

En los delitos de acción se hace lo que la -- ley prohíbe, es decir, se infringe una ley prohibitiva, en los de omisión simple, se deja de hacer lo -- que la ley manda, se viola una norma dispositiva y, en los de omisión impropia o comisión por omisión, - se infringen dos normas, una preceptiva y una prohi-

14.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Nociones de Derecho Penal Mexicano, Parte Gral. I. México, 1961 pág. 184.

15.- Porte Petit, Programa, pág. 175

bitiva.

Dentro de los elementos que integran la acción tenemos:

a).- Manifestación de voluntad. b).- Resultado y c).- Relación de causalidad.

Los que forman parte de la omisión -- simple son:

a).- La voluntad. b).- La inactividad. c).- Deber jurídico de obrar.

En la omisión impropia o comisión por omisión encontramos:

a).- voluntad. b).- inactividad. c).- Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse.

Para que una conducta constituya un delito se requiere además, de otros elementos que posteriormente veremos, que sea típica.

El tipo es la descripción que hace el legislador de una conducta en la norma jurídica; no debemos confundir el tipo con la tipicidad, ésta es la educación de la conducta delictiva con la descripción legal del ilícito.

Existen diferentes clases de tipo, pe

ro nosotros solo haremos mención a aquellos que son los más comunes entre los penalistas como son:

a).- NORMALES y ANORMALES.- Los primeros hacen una descripción objetiva y, los segundos, contienen, además de factores objetivos, elementos subjetivos, y normativos. ejems. homicidio y estupro.

b).- FUNDAMENTALES o BASICOS.- Para Jiménez de Asúa, es tipo básico cuando tiene plena independencia.¹⁶ Forman la médula de la Parte Especial del Código, y como su nombre lo indica, son la base o fundamento de otros. ejem. homicidio, entre el grupo de delitos vs. la vida.

c).- ESPECIALES.- Este tipo requiere para su formación además del fundamental, al que subsumen, de otros requisitos, ejem. infanticidio.

d).- COMPLEMENTADOS.- Se origina junto al básico, el que requiere de una o unas circunstancias diferentes para su integración: la diferencia entre éstos y los especiales, es que los primeros dejan sin aplicación al fundamental y, los segundos, por el contrario, requieren de su presencia, a la que se le anexa la circunstancia integrante del delito.

16.- Op. cit. Pág. 325.

ejem. homicidio calificado.

e).- AUTONOMOS o INDEPENDIENTES.- Como su nombre mismo lo indica, son aquellos que no dependen de otros, sino que existen por sí mismos. ejem. robo simple.

f).- SUBORDINADOS.- Estos, al contrario de los anteriores, dependen de otro, y tienen un carácter circunstanciado con respecto al tipo fundamental, -- por el que existen y al que complementan. ejem. homicidio en riña.

g).- DE FORMACION CASUISTICA.- Son los que señalan diversas modalidades para ejecutar el delito. - Cuando el tipo se integra con una sola de las modalidades descritas en el mismo, se le denomina alternativo y, cuando se integra con todas las modalidades señaladas, se le llama acumulativo, como ejemplo del primero, tenemos al adulterio, y del segundo, el ilícito de vagancia y malvivencia.

h).- DE FORMACION AMPLIA.- Describen solamente la hipótesis, la cual puede cometerse por cualquier forma comisiva. ejem. robo.

i).- DE DAÑO Y DE PELIGRO.- En los primeramente mencionados, se tutela la disminución o destrucción del bien y, en los últimos, se protege el bien sola-

mente contra la posibilidad de que sea dañado. Como ejemplo del ilícito de daño, tenemos al fraude y del delito de peligro, al disparo de arma de fuego.

Ahora bien, pasaremos al estudio del tercer elemento del delito que es la antijuricidad, también llamada antijuridicidad.

Aún cuando se han utilizado como sinónimos -- los términos antijurídico, injusto, ilegalidad, entuerto e ilicitud, nosotros, por no ser tema fundamental de nuestro trabajo, no analizaremos las diferentes teorías que al respecto se han elaborado, por lo que solamente veremos, aunque sea en groso modo, lo que se entiende por antijuridicidad.

El maestro Porte Petit, dice que "una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".¹⁷ Castellanos Tena, por su parte, manifiesta que éste término es un concepto negativo, un anti, por lo cual, es difícil dar sobre el mismo una idea positiva.¹⁸ La antijuricidad es puramente objetiva, en virtud de que atiende solamente al acto, a la conducta externa. Para afirmar que una conducta es antijurídica, debe-

17.- Op. cit. Pág. 285.

18.- Op. cit. Pág. 169.

hacerse un juicio de valor, una apreciación entre dicha conducta en su etapa material y la escala de valores del Estado.

Normalmente este elemento integrante del delito quiere decir lo que es contrario a la Ley.

Antes de entrar al estudio del último de los elementos que integran el delito, o sea la culpabilidad, haremos una breve referencia a lo que es la imputabilidad, en virtud de que algunos autores la consideran como un elemento autónomo del ilícito, y -- otros, la consideran como un presupuesto de la culpabilidad.

Dentro de los autores que consideran a la imputabilidad como elemento integral del ilícito penal tenemos a Jiménez de Asúa, al definir al delito como un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción; entre -- los tratadistas que consideran a la imputabilidad como un presupuesto del delito, tenemos a los maestros Porte Petit y Castellanos Tena.

Para que un infractor de la ley penal sea culpable, se requiere que antes sea imputable, y, a su vez, para que dicho infractor sea imputable, necesi-

ta tener capacidad de entender y querer, es decir, - que en el momento de cometer el ilícito, se encuentre en buen estado de salud y desarrollo mental, para poder ser responsable del hecho delictuoso que cometió.

Así pues, tenemos que la imputabilidad, es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

Carrancá y Trujillo manifiesta que es "imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo-jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana"¹⁹

Una vez realizada esa breve referencia sobre lo que es la imputabilidad, entraremos al estudio de lo que nosotros consideramos el último elemento que integra al delito, es decir, la culpabilidad.

Acorde con la definición que hemos señalado - del delito, tenemos que la culpabilidad es un elemen

19.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. T. I. México. 1962. Pág. 223.

to sin el cual no es posible la existencia del mismo.

Para el maestro Porte Petit, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga el individuo con el resultado de su acto.²⁰ Por su parte, Ignacio Villalobos dice de la culpabilidad que "genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."²¹ Para el maestro Castellanos Tena la culpabilidad es "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"²², y, por último, Welzel dice que "es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad."²³

La teoría Psicológica y la teoría Normativa, son las dos corrientes que se han ocupado de estudiar la naturaleza jurídica de la culpabilidad.

20.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Ed. 1954. pág. 49

21.- Op. cit. pág. 272

22.- Op. cit. pág. 222

23.- Welzel Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal Edic. Ariel. Barcelona. 1964. pág. 80

La teoría Psicológica considera a la culpabilidad el nexo psíquico que existe entre el sujeto -- activo y el resultado; por su parte la teoría Normativa expresa que la culpabilidad, aparte del nexo -- psicológico, es un juicio de reproche que se hace al individuo por la ejecución de una conducta o hecho - injusto, es decir, no consiste en una sola relación- psíquica, ya que ésta únicamente representa el punto de partida, por considerar esta doctrina que la existencia de una conducta o hecho antijurídico, debe de ir acompañada de otro elemento, por el cual se con- vierte en deber.

Aún cuando diversos autores, entre ellos el - penalista mexicano Celestino Porte Petit, consideran a la preterintencionalidad como una especie de culpa bilidad, son dos las formas tradicionalmente acepta- das las que integran el elemento que nos ocupa en es- te apartado, esto es, el dolo y la culpa, formas que se encuentran previstas por nuestro Código Penal en- vigor, en su Artículo 8° Fracciones I y II.

Son diversos los conceptos que sobre el dolo- se han elaborado, ya que como sucede en toda la doc- trina jurídica, cada autor dá su propia definición - de esta especie de culpabilidad y así tenemos que pa- ra el maestro Fernando Castellanos Tena "el dolo con

siste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico";²⁴ para Welzel, es "conocimiento y querer de la concreción del tipo"²⁵; por su parte, Cuello Calón nos dá una definición del dolo semejante a la expuesta por Castellanos Tena, misma a la que hicimos mención renglones arriba, al decir que el dolo es -- "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito."²⁶

De las definiciones anteriormente mencionadas, podemos apreciar que las mismas coinciden en -- que para el dolo es esencial el conocimiento o elemento intelectual y la voluntad o elemento volitivo.

En resúmen podemos afirmar que el dolo consiste en el ánimo o intención de cometer un acto delictuoso.

Con relación a esta forma de culpabilidad, se han elaborado dos teorías la de la voluntad y la de la representación.

24.- Op. cit., pág. 228

25.- Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, -- 1956, pág. 74.

26.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. T.I., parte General. Edit. Nacional, 9a. Edición. 1961. -- México, pág. 371.

La primera de las teorías antes mencionadas - considera que la voluntad es el principal elemento - del dolo y, la segunda, por su parte, sostiene que - es el conocimiento el elemento principal.

Existe discrepancia entre los penalistas en - relación a cuantas clases de dolo hay, por lo que se habla de dolo directo, indirecto, simplemente indi- recto, eventual, indeterminado, alternativo, genéri- co, específico, calificado, etc. pero nosotros no en- traremos al estudio de cada uno de ellas, sino que - solamente nos concretaremos a analizar aquella clasi- ficación que divide al dolo en: directo y eventual.

Existe dolo directo cuando la voluntad del su jeto activo del delito va directamente encaminada al resultado. Con relación a esta especie de dolo, Ig- nacio Villalobos nos dice que es aquel en que "la vo- luntad se encamina directamente al resultado o al ac to típico; es decir, al dolo en que hay intención, - tomada ésta en su propio sentido"²⁷, Castellanos Te- na, que "es aquel en el que el sujeto se representa - el resultado penalmente tipificado y lo quiere"²⁸, -

27.- Op. cit., pág 292

28.- Op. cit., pág. 229

Cuello Calón, manifiesta que hay dolo directo cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión o los resultados ligados a ellas de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente"²⁹, - Sebastián Soler nos dice por su parte que el dolo directo se caracteriza por su contenido intencional -- más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado³⁰.

El dolo indirecto, llamado también eventual, - existe cuando el sujeto se representa como posible - un resultado delictuoso, y no obstante dicha representación, no renuncia a la ejecución del hecho, sino que por el contrario, acepta sus consecuencias. - En esta forma de culpabilidad el agente encamina su conducta para lograr cierta finalidad, y sabiendo la posibilidad de un resultado dañoso, sin quererlo, lo acepta. "Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de --- querer, se menosprecia, que en última instancia equi

29.- Op. cit., pág. 375

30.- Derecho Penal Argentino. T.II., Buenos Aires. - 1951. pág. 132.

vale a aceptarlo."³¹

En cuanto al dolo directo y al dolo indirecto o eventual, Franz Von Liszt manifiesta que el dolo -- (directo), se da incondicionalmente, cuando el autor tiene por segura la producción del resultado, en tanto que se dará condicionalmente (dolo eventual), -- cuando el autor sólo lo tiene como posible.³²

La diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual o indirecto consiste en que, en el primero el resultado corresponde a lo que previó y quiso el agente, quien actúa con el fin de producirlo y, en el segundo, no ya que el resultado corresponde a lo previsto, pero que no es querido por el agente, --- quien no retrocede ante la posibilidad de que efectivamente ocurra.

Nuestro Código Penal en vigor no define el -- significado del dolo, pero hace referencia a él en el artículo 8º, Fracción I, al señalar que los delitos pueden ser intencionales... En el artículo 9º - del citado Código Adjetivo, se establece la llamada-presunción, juris tantum del dolo, al decir que "la-

31.- Fernando Castellanos Tena. Op. cit., pág. 229.

32.- Tratado de Derecho Penal. T.I. Madrid. 3a. Edición. Trad. Luis Jiménez de Asúa. pág. 413.

intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada -- persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que -- quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Por otra parte, nuestro máximo Tribunal de -- Justicia, es decir, La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al dolo ha establecido que -- "siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito y al acusado - toca probar que procedió sin intención... Siendo el dolo un elemento subjetivo, lo único que puede probarse es si existen o no, razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión, que es lo que en el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario solo podría probarse por la confesión."³³

Una vez analizada la primera forma o especie del dolo, pasaremos al estudio de la segunda, esto es, la culpa. En atención a la graduación que de ésta se hace, tenemos que el grado de culpabilidad menos grave es el de la culpa, respecto de la cual, al igual que el dolo, se han dado numerosos conceptos, todos ellos de acuerdo con la teoría que su autor acepte. Para Carrara culpa es la voluntaria omisión-

de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho,³⁴ para Mezger obra culposamente, el que viola un deber de cuidado que en forma personal le incumbe, pudiendo preveer la aparición de un resultado,³⁵ para J. J. Haus la culpa radica en la negligencia en cuanto expresa que "se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también involuntarios porque aún cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía preveer o prevenir."³⁶ Por su parte, Stopatto dice que "el resultado dañoso y contrario a Derecho es punible, cuando es el producto inmediato o mediato de un acto voluntario del hombre, acto que aunque no estuviera dirigido a un fin antijurídico, se ha realizado con medios que no se demuestran conformes con la idea del Derecho,"³⁷ según Jiménez de Asúa es "La producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer".³⁸

34.- Programa del curso de Derecho Criminal. Buenos-Aires. 1944, págs. 80-88

35.- Tratado de Derecho Penal, Madrid. 1955. Trad. - Arturo Rdez. Muñoz. T. II. pág. 203

36.- Principii Generali di Diritto Penale. Napoli. - 1877. pág. 291

37.- L'Evento Punible. Padova. 1898. pág. 211

38.- Op. cit. pág. 371

En términos generales podemos decir que, ---
"existe culpa cuando se realiza la conducta sin enca-
minar la voluntad a la producción de un resultado tí-
pico, pero éste surge a pesar de ser previsible y e-
vitable, por no ponerse en juego las cautelas o pre-
cauciones legalmente exigidas"³⁹, o bien cuando se -
produce un "resultado típico y antijurídico, no que-
rido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de
una acción u omisión voluntarias, y evitable si se -
hubieran observado los deberes impuestos por el Orde-
namiento Jurídico y aconsejables por los usos y las-
costumbres"⁴⁰.

Respecto a la culpa, llamada por nuestro Códig-
o Penal vigente delito "no intencional o de impru-
dencia", dicho código señala en el último párrafo --
del artículo 8° que "Se entiende por imprudencia to-
da imprevisión, negligencia, impericia, falta de re-
flexión o de cuidado que cause igual daño que un de-
lito intencional". Por su parte la H. Suprema Corte
de Justicia de la Nación ha establecido que "en los-
delitos culposos, es imprescindible demostrar la --
existencia de un estado subjetivo en que el agente -
del delito incurra en falta de previsión de lo que -

39.- Castellanos Tena Fernando, Op. cit., pág. 234

40.- Op. cit., pág. 212

humanamente es previsible; un estado objetivo, o sea la comprobación de los daños causados a consecuencia de que el agente del delito dejó de observar un deber de cuidado que personalmente le incumbía para evitar producir un daño, y una relación de causalidad que vincula el estado subjetivo con el resultado dañoso".⁴¹

Una vez analizados todos los conceptos que de la culpa han elaborado los autores antes señalados, como elementos de esta especie de culpabilidad, es decir, la culpa, tenemos:

- a) Una conducta voluntaria, misma que puede ser positiva o negativa.
- b) Un resultado típico y antijurídico.
- c) Un nexo causal entre esa conducta y el resultado.
- d) La naturaleza previsible o evitable del hecho.
- e) La ausencia de voluntad del resultado.
- f) La violación de los deberes de cuidado.

La culpa, se subdivide principalmente en: -- consciente e inconsciente. La Primera de las dos -- formas en que se subdivide la culpa, esto es, la consciente, llamada también con previsión o con representación, existe cuando el sujeto se representa co-

mo posible que del acto por él realizado nazcan consecuencias perjudiciales, las cuales no toma en cuenta confiando en que no se producirán⁴². Con esta -- opinión concuerdan Soler, Mezger, Maggiore, entre otros; por su parte Castellanos Tena expone que existe la culpa consciente "Cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá"⁴³. En cuanto a la segunda forma de culpa, es decir, la inconsciente llamada también a su vez -- sin previsión o sin representación, tenemos que ésta existe cuando el agente no prevé el resultado por -- falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo -- por ser de naturaleza previsible y evitable.

Nuestra legislación Penal en vigor utiliza -- equivocadamente el término imprudencia como sinónimo de culpa, ya que aquella es solamente una especie de ésta.

Ahora bien, una vez estudiados los elementos -- positivos del delito, pasaremos a hacer una breve re -- ferencia a las circunstancias excluyentes de respon -- sabilidad, mismas que señala nuestro Código Penal en

42.- C. Calón; Op. cit., pág. 397

43.- Op. cit., pág. 235

vigor, en su artículo 15 y que a la letra dice:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible;

II.- Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxifeccioso o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio;

III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

1° Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2° Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

3° Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

4° Que el daño que iba a causar el agresor

era fácilmente reparable después por medios legales - o era notoriamente de poca importancia, comparado -- con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare -- cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de -- cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma o -- obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen -- la posibilidad de una agresión.

IV.- El miedo grave o el temor fundado e irresistible de una mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, - de un peligro real, grave e inminente, siempre que -

no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro;

V.- Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley;

VI.- Ejecutar un hecho que no es delictuoso - sino por circunstancias del ofendido si el acusado - las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se -- prueba que el acusado la conocía;

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX.- Ocultar al responsable de un delito o -- los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciera por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge y parientes colaterales por-

consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad; y

X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas.

Respecto a este término debemos señalar que se le ha denominado de diferentes maneras, tales como circunstancias eximentes, causas de exclusión del delito, causas que excluyen la incriminación y circunstancias excluyentes de responsabilidad, éste último término es el utilizado por nuestro Código Penal vigente, como ya antes apuntamos.

Así tenemos que "las excluyentes de responsabilidad son, pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por lo tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito."⁴⁴

A falta de uno de los cuatro elementos que integran el delito, éste no se integra, por lo que si-

44.- Ignacio Villalobos, Op. cit., pág. 323

no hay conducta, no hay delito. Por lo tanto, la ausencia de conducta es uno de los aspectos que impiden la formación del ilícito, motivo por el cual diversos autores llaman a la conducta "soporte naturalístico del ilícito penal"⁴⁵.

La doctrina nos señala como causas de ausencia de conducta la fuerza física irresistible o vis absoluta, la vis maior o fuerza mayor y los movimientos reflejos.

La diferencia entre la vis maior y la vis absoluta, consiste en que, la primera proviene de la naturaleza y la segunda, del hombre.

Con respecto a los actos reflejos se dice que son movimientos corporales involuntarios.

Algunos autores coinciden en señalar también como causas de ausencia de conducta al sueño, hipnotismo y el sonambulismo, aunque otros no están acordes con ellos.

La ausencia de tipicidad o atipicidad, constituye el llamado aspecto negativo de la tipicidad, pero no debemos confundirlo con la ausencia del tipo, ya que ésta supone la falta de previsión en la

45.- Castellanos Tena, Fernando. Op' cit., pág. 155

ley de una conducta o hecho. Existe la atipicidad, cuando el comportamiento humano, mismo que se encuentra previsto legalmente no encuadra en el precepto legal, por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo, o como dice Castellanos Tena "la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo".⁴⁶

"Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a) Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;

d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y

f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial".⁴⁷

46.- Op. cit., pág. 166

47.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 166.

Todo delito trae como consecuencia una lesión a los intereses jurídicamente protegidos, pero debemos hacer notar que no toda conducta que lesione dichos intereses, será delictiva, toda vez que aquella puede estar protegida por alguna causa de justificación, lo que quita el carácter de ilicitud.

Con respecto a las causas de justificación el maestro Castellanos Tena nos dice que "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, - resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas - eliminatorias de la antijuridicidad."⁴⁸

En suma, podemos manifestar que las causas de justificación son aquellas que quitan a una conducta el carácter delictivo.

El ilícito penal se excluye ya sea por falta de intereses o por la presencia de un interés preponderante, esto es, en el primer caso, cuando el suje-

48.- Op. cit., pág. 175

to que puede disponer del bien protegido por la ley, dá su consentimiento expreso, para que se lleve a cabo una conducta, la que de otra manera formaría parte de un delito; el interés preponderante consiste - cuando se encuentran en juego dos intereses y se tiene que sacrificar el de mayor importancia, salvando en esa forma el de mayor valía.

Como causas de justificación tenemos:

- a).- La legítima defensa,
- b).- El estado de necesidad,
- c).- El cumplimiento de un deber,
- d).- El ejercicio de un derecho,
- e).- La obediencia jerárquica, y
- f).- El impedimento legítimo.

a).- La legítima defensa.- Dentro de las causas de justificación tenemos que ésta es la de mayor importancia y consiste en "la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho"⁴⁹.

De la fracción III del art. 15 de nuestro Código Penal en vigor, que ya anteriormente transcribimos, se advierten como elementos de la legítima de--

49.- Francisco Pavón Vasconcelos, Op. cit. pág.103.

fensa: 1) La existencia de una agresión, la cual debe ser actual y violenta; 2) Un peligro de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados, debiendo ser dicho peligro inminente, y, -- 3) Una defensa o rechazo de la agresión.

b).- El estado de necesidad.- De acuerdo con José Almaraz, el estado de necesidad es "una situación de peligro actual, grave e inminente, que fuerza a ejecutar una acción u omisión delictuosas para salvar un bien propio o ajeno"⁵⁰; o bien, el estado de necesidad, de acuerdo con nuestra Legislación Penal, se presentará "cuando aparezca la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o -- bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y -- menos perjudicial"⁵¹.

Como elementos del estado de necesidad tenemos: 1) La existencia de un peligro real, grave e inminente; 2) Que dicho peligro recaiga sobre bienes jurídicos, ya sean propios o ajenos; 3) Que tal peligro no se haya causado dolosamente; 4) Que se --

50.- Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal, -- México, 1948. pág. 547.

51.- Art. 15, Fracción III, Ier. párrafo, in finé.

lesione o destruya un o unos bienes protegidos por el Derecho y, 5) Que no haya otra forma practicable y menos perjudicial para superar el peligro.

c).- Cumplimiento de un deber.- La fracción V del artículo 15 del Código Penal, establece como circunstancia excluyente de responsabilidad, el "obrar en cumplimiento de un deber", es decir, que cuando se realizan conductas ilícitas, mandatos de no hacer en el cumplimiento de un deber, adquieren carácter de licitud, por lo que no integran el delito y excluyen toda responsabilidad penal; como ejemplo de lo anterior tenemos al agente de la policía que priva de su libertad a una persona, en cumplimiento de una orden de aprehensión girada por un juez, en este caso dicho agente no actúa ilegalmente.

d).- El ejercicio de un derecho.- La misma -- fracción V del artículo 15 del Código Penal, que ya antes apuntamos, señala también como excluyente de responsabilidad "obrar...en el ejercicio de un derecho consignado en la ley", esto es, en el caso de -- que un ciudadano puede detener a un infractor de la ley, en el momento de cometer el ilícito, es decir - in fraganti, sinque por ello esté obrando fuera de la ley.

e).- La obediencia jerárquica.- Con respecto a esta excluyente, misma que se encuentra prevista por la fracción VII del multicitado artículo 15 del Código Penal antes invocado, Porte Petit, señala:

a).- La orden es lícita. En esta hipótesis, o sea obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe ningún aspecto negativo del delito por ser de orden lícita.

b).- La orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección. Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable.

c).- La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación;

d).- La orden es ilícita, creyéndola lícita el inferior por error invencible. Estamos frente a una causa de inculpabilidad.

e).- La orden es ilícita pero no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó. Existe una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta"⁵².

52.- Op. cit pág 542

De lo antes expuesto podemos apreciar que esta justificante solamente se presenta en los últimos tres casos.

f).- El impedimento legítimo.- Referido por el artículo 15 fracción VIII de nuestro Ordenamiento Penal, que señala que no existirá delito cuando se contravenga "lo dispuesto en una Ley Penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo", como ejemplo de éste tenemos el caso del individuo que se niega a declarar en contra de un acusado, en virtud de ser familiar del mismo.

En cuanto a las causas que impiden la existencia de la culpabilidad, conocidas con el nombre de inculpabilidad, diremos que ésta se dá cuando no se presentan los elementos esenciales de la culpabilidad, esto es, el conocimiento y la voluntad.

La mayoría de los penalistas consideran como integrantes de la inculpabilidad: al error y a la no exigibilidad de otra conducta, en vez de esta última el maestro Castellanos Tena menciona a la coacción de la voluntad.

Por error se entiende una idea falsa o errónea que se tiene en relación a un bien o una situación, es decir, un defecto del conocimiento, ya sea-

porque se desconoce en su totalidad o porque se tiene un concepto equívoco de ella.

El error se divide en: 1) de hecho y, 2) de Derecho.

El error de hecho, a su vez se subdivide en: esencial y accidental, éste por su parte comprende: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

Solamente el error esencial produce la inculpabilidad, pero siempre y cuando sea invencible, pudiendo recaer sobre elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre circunstancias agravantes de penalidad, porque si es vencible aquél en que el sujeto pudo y debió prever el error, subsiste la culpabilidad, en su forma culposa.

Eusebio Gómez, con relación al error invencible nos dice que es "cuando no deriva de culpa, de tal modo, que, aún con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse".⁵³

El artículo 15 fracciones VI y VII del Código Penal se refieren a este error de hecho, esencial e invencible, el que puede dar lugar a las eximentes -

53.- Op. cit. pág. 544

putativas, que son:

a.- La legítima defensa putativa o imaginaria,

b.- El estado de necesidad putativo,

c.- El ejercicio de un derecho putativo,

d.- El cumplimiento de un deber putativo.

Estas eximentes no se encuentran reglamentadas por nuestra Legislación de un modo específico, sino que se desprenden de los preceptos legales que la misma señala.

Por eximentes putativas debe entenderse las situaciones en las que el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, básicamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, encontrarse protegido por una justificante, o llevar a cabo una conducta atípica (permitido, lícito), sin serlo.⁵⁴

La legítima defensa putativa se presenta cuando el agente cree, por un error, hallarse frente a una situación que debe repeler por medio de la defensa legítima, sin que realmente exista una agresión.

En el estado de necesidad putativo, el agente lesiona bienes jurídicos ajenos, porque tiene la --

54.- Castellanos Tena, Fernando. Op. cit.,pág. 254

creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, lo que constituye un falso conocimiento del hecho.

En el ejercicio de un derecho y en el cumplimiento de un deber putativo, la conducta antijurídica se cree lícita en virtud del error sobre la existencia del derecho o deber que se ejercita o cumple.

Las eximentes que acabamos de mencionar, deben estar fundadas en el carácter esencial e invencible del error de hecho, para que funcionen.

Por lo que respecta al error accidental, éste no exime de culpabilidad por recaer no sobre elementos esenciales del hecho, sino sobre circunstancias secundarias y se encuentra constituido por los casos de aberración, tales como: 1) Aberratio ictus ó error en el golpe, que es cuando se causa un daño equivalente deseado, pero diferente; 2) Aberratio in persona ó error en la persona, recae directamente en la persona; 3) Aberratio in delicti, que consiste en producir un suceso diferente al que se quiso realizar.

El Código Penal prevé en su artículo 9 fracciones I y V, al error accidental a que nos referimos en los dos primeros casos anteriormente mencionados

dos, al decir que la presunción de un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado demuestre que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo la intención de causar daño y que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene en relación al error en el golpe que "la -- presunción de intencionalidad establecida en la ley, no se destruye por el error en el golpe, que recae en persona u objeto distinto al que estaba dirigido."55

Ahora bien, con relación al error de derecho, nuestra legislación Penal no lo reconoce, ya que en las fracciones III y IV del artículo 9 señala que la presunción de intencionabilidad no se destruye aunque el inculcado demuestre "Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla" ó "Que creía que era legítimo el fin que se propuso", además existe el principio de derecho de que a la ignorancia de la Ley no excluye su cumplimiento ni a nadie beneficia.

Por último, con respecto a la no exigibilidad

55.- Apéndice, pág. 263

de otra conducta Cuello Calón nos dice que "Una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no puede exigírsele una conducta distinta a la observada"⁵⁶.

Como formas de la no exigibilidad de otra conducta o como lo llama el maestro Castellanos Tena, tenemos:

- 1).- El temor fundado o irresistible
- 2).- El encubrimiento de parientes o allegados.

Por cuanto al primero se refiere, se encuentra previsto por el artículo 15 fracción IV del Código Penal y el segundo, por el citado artículo pero en su fracción IX.

56.- Op. cit., pág. 468

C A P I T U L O II

L A P E N A

**SUMARIO.-I.-Noción de la Pena.-II.-
Fundamentos.-III.-Fines y caracte-
res.-IV.-Clasificación.-V.-Extin-
ción de la Pena.-**

C A P I T U L O II

LA PENA

**SUMARIO.-I.-Noción de la Pena.-II.-
Fundamentos.-III.-Fines y caracte-
res.-IV.-Clasificación.-V.-Extin-
ción de la Pena.-**

I.- Diversas, como autores o tratadistas en derecho penal, así hay definiciones o nociones de la pena, por lo que, solo haremos mención de algunas, - las cuales no por citarlas serán más certeras o definitivas, pero sí, las que más de acuerdo a mi criterio y sobre todo las más claras a mi entendimiento;

a).- El maestro Fernando Castellanos Tena, considera a la pena, como el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.¹

b).- Para Eugenio Cuello Calón, la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.²

c).- Ignacio Villalobos, dice que la pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico.³

d).- Bernardo de Quiróz, opina que la pena es la reacción social jurídicamente organizada con--

1.- Op. cit. pág. 289

2.- Op. cit. pág. 579

3.- Op. cit. pág. 506

tra el delito.⁴

En conclusión podemos afirmar, que en todas ellas, se acepta la necesidad de un orden jurídico preestablecido, y no podría ser de otra manera, ya que es de absoluta necesidad el orden, en cualquier especie de sociedad organizada, máxime cuando de ella deviene el estado, con todos los elementos que la integran entre ellos, las normas jurídicas que lo rigen y, correlativamente el castigo para quienes las infringen.

II.- Vayamos ahora al fundamento de la pena, para lo cuál nos reportaremos a las doctrinas que buscan justificarlas, ya sea viendo el sentido o fin de la misma, y, partiendo de esa base, se pueden decir que existen clases que tienen a la pena como un medio de expiación o retribución del delincuente, o sea un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto a aquel en retribución del delito cometido, doctrinas que también se han llamado absolutas, el bien merece el bien, el mal merece el mal, sin perseguir ninguna finalidad práctica, solamente el castigo que el delincuente debe sufrir para expiar su hecho cri-

4.- Citado por Castellanos Tena. Op. cit. pág. 289

minoso. Las que le dan un sentido de prevención, o sea como su nombre lo indica, previenen la comisión de nuevos delitos, y aquellas que le dan ambos sentidos, pues suponen que la pena-castigo, intimida y previene a los demás miembros de la comunidad, realizando con ello la aludida prevención. Asimismo, existen las que rechazan lo anterior y llegan a darle el sentido de tratamiento, tomando como base el estudio de la personalidad del delincuente, encaminándolo a su regeneración, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito, teorías éstas tres últimas, que podemos enumerar desde luego, en aquellas en que la imposición de las penas no es castigo solamente, sino que tiene una finalidad aparte, ya en favor de la personalidad del delincuente o en favor de la sociedad, dándoles a éstas doctrinas los nombres de relativas o mixtas, o sea, que van a asegurar la vida en sociedad o combinar la pena-castigo, con una finalidad.

III.- En relación con lo anterior, podemos observar en la pena, sus caracteres, según su finalidad.

Penas intimidatorias, susceptibles de regeneración, para aquellos que aún tienen un poco de moralidad

dad; ejemplar, que sirven de ejemplo al resto de la sociedad y no solo al delincuente, que se derote con ello la efectividad de la amenaza estatal; de corrección, que tienden a reformar el carácter de los delinquentes corrompidos, pero aún corregibles; eliminatorias, que pueden ser temporales o definitivas, según obliguen a individuos que son todavía readaptables o que sean incorregibles; y, sobre todo justas, que es uno de los caracteres mas difíciles de conseguir, en la aplicación de las penas, pues como se verá, requiere de diversos factores, pero suponiendo que se consigue tal objetivo, ello serviría para que se eleve el espíritu de la sociedad, que se sabría protegida y con la seguridad de que se estarían aplicando y realizando elevados valores.

IV.- Haciendo una clasificación conforme a las referidas características podemos ordenarlas en intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a los individuos no maleados, a ya corrompidos pero susceptible de readaptación y a inadaptados de plano peligrosos.

En atención a la materia sobre la que recae la pena o a quien afecta, se pueden clasificar también en: contra la vida; corporales; privativas de libertad; pecuniarias; privativas o restrictivas de

dad; ejemplar, que sirven de ejemplo al resto de la sociedad y no solo al delincuente, que se denote con ello la efectividad de la amenaza estatal; de corrección, que tienden a reformar el carácter de los delinquentes corrompidos, pero aún corregibles; eliminadoras, que pueden ser temporales o definitivas, - según obliguen a individuos que son todavía readaptables o que sean incorregibles; y, sobre todo justas, que es uno de los caracteres mas difíciles de conseguir, en la aplicación de las penas, pues como se verá, requiere de diversos factores, pero suponiendo- que se consigue tal objetivo, ello serviría para que se eleve el espíritu de la sociedad, que se sabría protegida y con la seguridad de que se estarían aplicando y realizando elevados valores.

IV.- Haciendo una clasificación conforme a -- las referidas características podemos ordenarlas en intimidatorias, correctivas y eliminadoras, según -- se apliquen a los individuos no maleados, a ya co--- rrompidos pero susceptible de readaptación y a inadap tados de plano peligrosos. .

En atención a la materia sobre la que recae -- la pena o a quien afecta, se pueden clasificar tam- bién en: contra la vida; corporales; privativas de -- libertad; pecuniarias; privativas o restrictivas de-

derechos.

Nuestro Código Penal vigente, en su artículo-24 hace una enumeración de penas y agrega las medidas de seguridad que desde luego y aún cuando se les da comúnmente el nombre de sanciones a ambas, éstas-últimas no tienen tal carácter, pues más bien, son maneras de evitar la comisión de nuevos delitos, careciendo por lo tanto del carácter de expiación y retribución que tiene la pena; así pues la citada enumeración es la siguiente:

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

- 1.- Prisión.
- 2.- Derogado.
- 3.- Reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción Pecuniaria.
- 7.- Pérdida de los instrumentos de delito.
- 8.- Confiscación o destrucción de cosas peligrosas nocivas.
- 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 policía.
 - 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
 - 17.- Medidas tutelares para menores.
- Y las demás que fijen las leyes.

Clasificación la anterior, en la que debemos hacer notar que se incluye la reparación del daño, - que tiene la característica muy especial, de que puede ser en ocasiones una pena, como se anuncia, y en otras perder tal carácter, lo cuál sirve, para que algunos autores le nieguen dicha calidad, argumentando que no puede ser una pena, en virtud de que ésta se extingue cuando muere el sentenciado y aquella es trascendental, es decir, que pasa a sus familiares.

V.- Extinción de la pena.- En nuestro derecho tanto la acción penal, que corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público, como el derecho de ejecución que pertenece al Estado, en especial al ejecutivo, puede extinguirse por diversos medios, que son:

a) El cumplimiento de la pena, que obviamente es cuando el delincuente ha purgado la condena, o cumplido con las sanciones que se le hubieran-

señalado, ya sean de carácter corporal, pecuniario o de cualquier otra naturaleza.

b) La muerte del delincuente, con lo que tanto la acción penal como la pena terminan, excepto la reparación del daño (que como ya vimos no es propiamente una pena).

c) Amnistía, que extingue tanto la acción penal como las sanciones impuestas con excepción de la reparación del daño.

d) El indulto, que solo tiene efectos sobre la pena extinguiéndola. Puede ser de dos clases o formas, el gracioso y el necesario; el primero, es potestativo para el ejecutivo y el segundo, se concede cuando se concluye que el sentenciado no cometió delito alguno, o por el que se le acusó y sentenció, no existió o también cuando el caso que se dicte una nueva ley, en la que se suprime al hecho efectuado, el carácter de delito.

e) Perdón, consentimiento del ofendido, en determinados casos, se produce por dicho medio, la extinción del derecho de ejecutar la acción Penal --

por el ministerio público, casos en los cuáles están establecidos en nuestro Código Penal, o sea aquellos que sólo son perseguibles a petición de parte, con el requisito de que el perdón otorgado, debe ser antes de que el Ministerio Público formule sus conclusiones, así como también que el referido perdón, debe otorgarlo el ofendido a su legítimo representante, en casos de minoría de edad o incapacidad de --- aquel, o, en su defecto, un tutor especial designado por el juez que tonozca del caso.

f) La rehabilitación que no extingue la -- acción, solo el derecho de ejecución, definiéndola - nuestro Código Penal en su artículo 99, como la que tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia, que había perdido en virtud de sentencia, dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso.

g) La prescripción que es el medio extintivo tanto de la pena como de la acción penal, operando con el solo transcurso del tiempo, estableciéndose la forma de computación en los artículos 100 al - 118 del actual Código Punitivo en Materia Penal.

Artículo 100.- Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a-

los siguientes Artículos.

Artículo 101.- La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

Artículo 102.- Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere contínuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución si se tratare de tentativa.

Artículo 103.- Los términos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuas y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son corporales y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria.

Artículo 104.- La acción prescribe en un año, si el delito solo mereciere multa. Si el delito mereciere, además de esta sanción, la corporal, o fuere alternativa, se atenderá en todo caso a la prescripción de la pena corporal, y lo mismo se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria.

Artículo 105.- La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero en ningún caso bajará de 3 años.

Artículo 106.- Si el delito solo mereciere destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, la prescripción se consumirá en el término de dos años.

Artículo 107.- La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que solo puede perseguirse por queja de parte, prescribirá en un año - contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres independientemente de esta circunstancia.

Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiere deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio.

Artículo 108.- Cuando haya acumulación de delitos, las acciones penales que de ellos resulten se prescribirán separadamente en el término señalado a cada uno.

Artículo 109.- Cuando para deducir una acción penal sea necesario que antes se termine un juicio diverso, civil o criminal, no comenzará a correr la prescripción sino que hasta que el juicio previo se haya pronunciado sentencia irrevocable.

Artículo 110.- La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejara actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia.

Artículo 111.- Las prevenciones contenidas en el artículo anterior, no comprenden el caso en que las acusaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Entonces ésta no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculcado.

Artículo 112.- Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración de alguna autoridad, las gestiones que a ese fin se practi ---

quen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción.

Artículo 113.- La sanción pecuniaria prescribirá en un año; las demás sanciones se prescriben por el transcurso de un término igual a que debían durar y una cuarta parte más, pero nunca excederá de quince años.

Artículo 114.- Cuando el reo hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más de ese tiempo, pero éstos dos períodos no excederán de quince años.

Artículo 115.- La prescripción de las sanciones corporales solo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso.

La prescripción de las pecuniarias solo se interrumpe por el embargo de bienes para hacerlas efectivas.

Artículo 116.- La privación de Derechos Civiles o Políticos prescribirá en veinte años.

Artículo 117.- Los reos de homicidio intencional o de heridas o violencias graves, a quienes hubiere impuesto la prohibición de ir a determinado lugar, y cuya sanción corporal haya prescrito, no podrán recidir en el lugar donde viva el ofendido o sus descendientes, cónyuges o hermanos, sino transcurrido después de consumada la prescripción, un tiempo igual al que debiera durar la sanción.

Artículo 118.- Para la prescripción de las acciones penales, se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones, según el delito de que trate.

El tiempo transcurrido, como hemos visto,-

tiene grandes consecuencias en nuestro derecho, constituyéndose con ello, un beneficio utilitatis causa para el delincuente, el qué, por sí o por medio de su legítimo representante, puede reclamarlo, como un derecho.

Asímismo, es una obligación para el juez, --- quien está obligado a hacerla valer de oficio tan -- luego tenga conocimiento de ella y sea cual fuere el estado del proceso.

El tiempo en la prescripción se cuenta por -- días naturales y para el efecto se computa el día en que se cometió el delito, tratándose de la prescripción de la acción penal, y a partir del día siguiente al en que causó ejecutoria la sentencia que la es tablece, tratándose de prescripción de sanción.

La prescripción de la acción penal no puede - correr si el procesado se encuentra subjúdice, es de cir, a disposición de la autoridad instructora, de - manera que un inculpado que se substraee de la acción de la justicia estando en libertad provisional bajo caución o bajo fianza, no puede considerarse que con ello le empieza a contar en su favor la prescrip --- ción.

C A P I T U L O III

ANTECEDENTES HISTORICOS
DE LA PENA

SUMARIO.-I.-México Antiguo.-II.-Epo
ca Colonial.-III.-México Indepen--
diente.-IV.-Código Penal de 1871.--
V.-Código Penal 1929.-

Limitándonos a lo establecido con relativa veracidad en lo que a historia se refiere, en materia penal, podemos establecer las siguientes etapas.

Antes, sin embargo, y como punto de partida - hemos de aclarar el aspecto sociológico así como las implicaciones económicas, políticas y tradicionalistas qué, sobre todo las últimas, acentúan la materia que nos ocupa. Porque si bien es innegable que la política clasista de la que podríamos llamar prehistoria del derecho penal mexicano, siendo de influencia determinante, también es cierto que la tradición profundamente religiosa, determinó toda forma de represión en materia penal.

De lo anterior una primera e importante con-clusión; si la organización social era en las épocas que nos ocupan fundamentalmente oligárquicas, la con-secuencia lógica es que la pena fuera desigual ya -- que se aplicaba a desiguales.

Si bien la afirmación parece temeraria, es -- congruente con la época y sus condiciones ambientales. Las desigualdades gerárquicas y sociales muy - acentuadas, impidieron siempre una penalización uniforme o con pretensiones de igualdad. Ni como hipótesis cabe imaginar que la clase poderosa en fuerza psicológica, la religión, la dominante en fuerza fi-

sica, el ejército, o bien detentadoras del poder -- concedido o justificado en la sangre, la nobleza, pudieran ser sometidos a iguales penas que el resto de la población de cualquier zona o pueblo en el México Antiguo o Precolonial.

Lo anterior basta por sí solo para poner de relieve que no hubo por ser ello imposible, socialmente hablando, una justicia penal uniforme. Era al contrario diferenciada según clases, con penas diversas acordes a la condición de los delincuentes .

Pudiendo hacerse una o múltiples consideraciones éticas al respecto, todas ellas ciertamente en oposición a semejante sistema, el intento no se justifica, en nuestro ánimo no está el condenar o justificar los hechos históricos, sino exponerlos, como las actuales investigaciones muestran que lo fueron. Aun hecho histórico se le estudia, analiza, pero desde el punto de vista de una ética actual no es suceptible de justificación o repudio.

Con todo y apoyándonos en la aclaración previa podemos afirmar lo siguiente:

En todas las épocas que veremos existe la pena pero de manera alguna puede afirmarse qué, el applicarla en una u otra forma, de acuerdo con la cla-

se a que el sujeto pertenecía, no puede decirse que había individualización.

La individualización es más que tomar al sujeto activo de un delito, como individuo con características únicas, incambiables y estrictamente personales, tomarle como miembro de una clase y por ese solo hecho, que de ninguna manera le es imputable, se le impone una pena sin tomar en consideración sus íntimos y personales aspectos.

Hechas estas necesarias aclaraciones previas sobre las que volveremos en busca de conclusiones, procederemos a un breve resumen de etapas de nuestro derecho penal, qué, si bien pueden dar lugar a objeciones, no es la exactitud cronológica lo que se pretende, sino una exposición sistemática y con método hasta donde nuestra capacidad lo permita.

I.- En un origen, como se soslayó en el anterior preámbulo, la condición social del infractor, determinaba, como ya se expuso, su sometimiento a una pena que poco tenía que hacer como regeneradora.

En el derecho penal anterior al dominio de Cortés, fuera de la afirmación arriba anotada, que puede desde luego ser desmentida por investigaciones

futuras, nada hay que decir sobre el derecho penal, ni en consecuencia sobre la pena. Si los pueblos indígenas tenían un derecho penal, nada quedó de esto después de la conquista, una conexión de un derecho auténticamente indígena y la época precortesiana, es de tal modo imposible, que el intentarlo además de expuesto, no sería sino una hipótesis lejana y de buena fé pero carente de argumentos, así fueran también hipotéticos.

Aún así, y a riesgo de incurrir en la prevención antes expuesta, señalaremos, tomando en nuestros historiadores la aceptada existencia de un Código Penal de Netzahualcóyotl para Texcoco, según el cual el juez tenía una amplia facultad para fijar penas, entre ellas, muerte, destitución de empleo, confiscación, esclavitud y aún la prisión en el propio domicilio.

Como ejemplo de alguna de estas leyes en materia penal del Código de Netzahualcóyotl que reproduce Don Fernando de Alba Ixtlixóchitl podemos citar:

"Los adúlteros que mataban al adúltero, el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía; y a la mujer la ahorcaban; y si eran señoras o caba-

llos los que habían cometido adulterio, después de haberles dado el garrote les quemaban los cuerpos, - que era su modo de sepultar".

Como puede leerse en cuanto a la punibilidad, estaba totalmente desprovista de consideraciones personalizadas. La mecánica de la penología obraba de un modo seco y árido. Ciertamente y como ya se menciona arriba, la pertenencia a una clase social hacía diferir la pena pero eso, como resulta de un elemental análisis está lejos de poder ser considerado como germen de individualización penal.

Las penas solo eran genéricas previstas y aplicadas a cada especie que caía bajo su supuesto; - la dureza, crueldad y ejemplo público eran los factores que, a más de la venganza, determinan todas las penas de la época que nos ocupa.

De la "Recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España, Anáhuac o México", de Andrés de Alcóbis podemos señalar por vía de ejemplo una ley:

"35- A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio si solo el marido de ella - acusaba, sino que había que haber testigos y confesión de los malhechores, y si estos malhechores eran principales, ahogábanlos en la cárcel."

La similitud de las leyes cuyos textos han sido transcritos, muestran una gran semejanza en cuanto a la crueldad inhumana de las penas y sobre todo la finalidad ejemplificadora que mediante ello se basaba.

De los mayas se puede mencionar relativo al adulterio, para seguir sobre el ejemplo tomado como análisis, que el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo, y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes.

Cabe mencionar como conclusiones de esta breve descripción del derecho prehispánico todavía por conocerse que según el profesor Trancredi Gatti,¹ es maravillosa la similitud, casi identidad de las instituciones, particularmente jurídico penales, entre la América aborígen y los pueblos del oriente asiático.

Por nuestra parte hemos de señalar para los propósitos de la presente tesis que no hay ningún indicio, ni una huella, que pudiera alentar un princi-

1.- Citado por Raul Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo I. Méx. 6a. -- Edic. 1967. pág. 73

pio germinal de individualización de la pena. Todo lo contrario ésta es deshumanizada, priva al reo de todo aquello que la individualización propone, le ha ce un objeto, si bien como consecuencia de un delito, pero elimina el yo individual e incambiable que todo ser humano representa.

Desde luego que esto no pretende ser crítica, para las épocas solo levemente esbozadas, es incongruente pretender una consideración que apenas en la Edad Media se comenzó a considerar por razones teológicas, más que terrenales y humanas.

Por otra parte también es notorio el opuesto propósito de la pena, podríamos decir que era más -- bien, seámos permitida la expresión negadora de la individualidad del sujeto. Este, el sujeto humano, era ante todo integrante de una clase, ya guerrero, ya religioso, ya gobernante, en suma, su pertenencia a la clase dominadora mostraba a la pena como fija y automática.

La oscuridad de las etapas históricas que nos ocupan, dejan sin embargo abierto el camino para -- cualquier hipótesis, llámese conmutación, o hasta -- perdón del reo pero seguramente y siguiendo los lineamientos generales solo recibían, de haberlos, és--

tos beneficios, aquellos privilegiados por situaciones económicas, políticas, religiosas o sociales, -- más no habiendo datos escritos al respecto todo queda en lo dicho, meras hipótesis.

II.- EPOCA COLONIAL.- Lo fértil de la legislación en ésta época es asombroso, si bien solo es en gran parte un trasplante de leyes españolas adaptándolas al nuevo medio, es bueno señalar que además de ese trasplante, hubieron de crearse nuevas -- instituciones, que en una forma u otra, gozaron de -- cierto grado de autonomía legislativa, constituyendo así una nueva rama del Derecho, ya que reglamentaban situaciones totalmente originales.

Este grupo de leyes emanadas de las Autoridades Coloniales constituyeron el Derecho calificable como Indiano, entendiéndose en su expresión más genérica. Pero un segundo grupo de leyes, aunque desde luego con menor aplicación y solo supletoriamente lo fué el Derecho de Castilla. Pero debemos insistir -- en que no puede considerársele mas que como supletorio y solo excepcionalmente como principal. No era sino el instrumento válido cuando una nueva situación original requería de un satisfactor que debiendo ser inmediato o se improvisaba o se utilizaba el-

Derecho de Castilla.

De toda la a menudo confusa e improvisada producción de leyes especialmente aplicables a las nuevas Colonias Españolas, podemos citar, como búsqueda o intento de búsqueda de indicios del tema que nos ocupa.:

A.- La recopilación de las leyes de los -- Reynos de las Indias de 1860.- Cuerpo principal de las leyes de la colonia completada con los Autos Acordados hasta Carlos III.

Características de esta recopilación, es la carencia de un intento siquiera de ordenación sistemática para su estudio. Es indudable que en la práctica funcionaban, pero su estudio metódico, ofrece problemas a veces insolubles, por las mezclas de toda materia que en ella se hacen.

Con todo, para los fines de esta tesis, se -- puede establecer que la Materia Penal diseminada y -- confusa encontró un centro de exposición en el VII -- de los IX libros divididos en títulos en que se contiene la recopilación. Es el VII, decimos, en el -- que se trata con mayor sistematización la materia -- que hoy calificaremos como penal, no sin ciertas reservas.

Derecho de Castilla.

De toda la a menudo confusa e improvisada producción de leyes especialmente aplicables a las nuevas Colonias Españolas, podemos citar, como búsqueda o intento de búsqueda de indicios del tema que nos ocupa.:

A.- La recopilación de las leyes de los -- Reynos de las Indias de 1860.- Cuerpo principal de las leyes de la colonia completada con los Autos acordados hasta Carlos III.

Características de esta recopilación, es la carencia de un intento siquiera de ordenación sistemática para su estudio. Es indudable que en la práctica funcionaban, pero su estudio metódico, ofrece problemas a veces insolubles, por las mezclas de toda materia que en ella se hacen.

Con todo, para los fines de esta tesis, se puede establecer que la Materia Penal diseminada y confusa encontró un centro de exposición en el VII de los IX libros divididos en títulos en que se contiene la recopilación. Es el VII, decimos, en el que se trata con mayor sistematización la materia que hoy calificaremos como penal, no sin ciertas reservas.

Este libro que consta de ocho títulos trata:

I.- Con 19 leyes, "De los Pesquisidores y jueces de comisión" los primeros, son una especie de Ministerios, Públicos, y los segundos nombrados excepcionalmente para casos urgentes.

II.- Con 8 leyes, se denomina "De juegos y jugadores".

III.- Con 9 leyes, "De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas".

IV.- Con 5 leyes, "De los vagabundos y gitanos".

V.- Con 29 leyes, "De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios". Una suma de 29 leyes todas calificables en la terminología actual como privativas, inusitadas, trascendentales y abusos de autoridad. A los sujetos materia de ellos les estaba vedado toda actuación personal que manifestara cierta libertad so pena de procedimiento sumario excusando tiempo y proceso.

VI.- Con 24 leyes, "De las cárceles y carcereros."

VII.- Con 17 leyes, "De las visitas de cár-cel."

VIII.- Con 28 leyes, "De los delitos y penas y su aplicación".

Este título octavo que, pudiendo ser analizado en búsqueda de un principio germinal de la pena humanizada, no ofrece tal posibilidad, pues baste el comentario del maestro Carrancá y Trujillo. "Las penas eran desiguales según las castas quedando equiparados españoles y mestizos solo en ciertos casos, -- por ejemplo, el adulterio".² A los que podemos agregar que aún esos casos de hipotética equiparación el mestizo, y con mayor razón el nativo eran sometidos de hecho y sin posible excepción al mayor rigor de la pena como venganza y como ejemplo.

B.- Además de las arriba citadas leyes de Indias, hemos de mencionar los sumarios de las Cédulas Ordenes y Provisiones Reales, que se han despachado por su Majestad para la Nueva España y otras partes especialmente desde el año de 1628, hasta el de 1677. Con algunos títulos de las materias que se añaden y de los Autos Acordados de su Real Audiencia, etc.

C.- "Ordenanzas para la dirección régimen y gobierno del de Minería de la Nueva España y de su

2.- Op. cit., págs. 76 - 77

Tribunal". Atribuidas a Don Joaquín Velázquez de --
León.

D.- "Ordenanzas para el establecimiento e-
instrucción de Intendentes del Ejército y Provincia-
en el Reyno de la Nueva España". Y las "Ordenanzas-
de tierra y agua".²

E.- "Ordenanzas de Gremios de la Nueva Es-
paña."

Hasta aquí las Ordenanzas que solo fueron ---
transcritos, pues lejos de aportarnos datos de una -
incipiente o inicial individualización penal, mues-
tran que si bien había divisiones sociales, precisa-
mente esa división negaba la integridad de cada ser-
humano, factor determinante en un intento de educa-
ción penal, para hacerlo solo parte de un grupo, gru-
po con privilegios y todo, pero un individuo no au-
téntico con su integridad y dignidad humana. Por o-
tra parte, si en nuestra búsqueda de un inicio de in-
dividualización penal, no se ha localizado hasta aho-
ra, no pretendemos que fuera en favor de una u otra-
clase, semejante confusión como probable debemos re-
chazarla. Había privilegios, fueros, castas, desi-
gualdad en suma, pero ni en esa desigualdad se inten-
tó una humanización penal adecuada a cada sujeto, --

así fuera como mera excepción.

Junto a las ordenanzas, pero supletoriamente, rige a las colonias, el Derecho de Castilla, siendo sus fuentes comunes, su aplicación ofrecía mayores posibilidades de una administración de justicia adecuada a las situaciones de la época.

Así podemos citar como Derecho de Castilla vigente en las colonias, supletoriamente:

- a).- El fuero Real (1225).
- b).- Las Partidas (1265).
- c).- El Ordenamiento de Alcalá (1348).
- d).- Las Ordenanzas Reales de Castilla --
(1484).
- e).- Las Leyes del Toro (1505).
- f).- La Nueva Recopilación (1567).
- g).- La Novísima Recopilación (1805).

Con ser múltiples y variadas las materias, -- por las leyes arriba enunciadas, su aplicación en la colonia fué escasa, pero de las que mayor aplicación tuvieron y originaron por derivación nuevas disposiciones podemos señalar la Novísima Recopilación y -- las Siete Partidas, la primera de ellas teniendo mayor aplicación de las que por ley le correspondía.

Es en las Siete Partidas, en donde localizamos, por primera vez, y sobre todo en la Setena dedicada a la materia penal una clara manifestación que indica la preocupación jurídica de considerar al hombre como un sujeto, único, indivisible y razonable.

La setena partida compuesta de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces.

Es el primer autorizado y cierto intento de la individualización de la pena. Es ciertamente según la Ley Octava del Título XXXI la admisión y autorización del arbitrio judicial, pero la Tercera Ley del Título XX establece la acuciosidad del juzgador que no puede limitarse a los factores ambientales -- sino al sujeto central de la cuestión, al ser humano con sus deficiencias y aún su peligrosidad, para -- "crecer, menguar o toller la pena" más aún se establece como deber para el juzgador el agregar "e lo deven facer", si bien resulta claro el arbitrio judicial, ello no debe limitar el análisis impidiendo la grandiosa aportación humana de la individualización de la pena mediante la calidad humana y la capacidad técnica del juzgador.

III.- EPOCA INDEPENDIENTE.- El derecho no-

podía renovarse de golpe, la historia muestra una etapa crítica, una transición caótica y luego en tomar conciencia de nuevos y especiales problemas. Así las leyes vigentes herencia de la Legislación Española, lo son en la época independiente:

- 1.- Recopilación de Indias, complementada con los Autos Acordados.
- 2.- Ordenanzas de Minería.
- 3.- Ordenanzas de Intendentes.
- 4.- Ordenanzas de Tierras y Aguas.
- 5.- Ordenanzas de gremios.

Como derecho supletorio, la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Nuestro pequeño encuentro con la individualización de la pena, desaparece aparentemente en la Época Independiente. El Nuevo Estado separado no podía ocuparse de cuestiones humanistas, que son producto de una larga y productiva experiencia en la penalización. Esto en manera alguna es incongruente o supone retroceso, porque el nuevo estado, se enfrenta, durante largo período que llega hasta 1871, a reglamentar situaciones de tipo estructura fundamental del Estado para allegarse los bienes necesarios para su sostenimiento como tal, derecho constitucional, -

administrativo, luego por un proceso lógico, se ocupa de establecer y preservar la paz, en un medio caótico sin experiencias previas de organización independiente.

Ello, aunado a otros factores, motiva el que nuestro intento de individualización quede relegado y hasta olvidado. La energía y seguridad necesarias para implantar el orden en una crisis transitoria, elimina toda consideración individualista.

Pero lenta y pausadamente la nueva legislación fué gestándose, no es nuestra intención analizar cada etapa que, con ser de la máxima importancia, no ofrece elementos a nuestro trabajo.

IV.- CODIGO PENAL DE 1871.- Tiene influencia de la Escuela Clásica y descansa en el principio de que no hay delito sin ley ni pena sin ley. Este principio sin ley en apariencia, niega tajantemente todo intento de individualización de la pena, puesto que restringiendo al máximo el arbitrio judicial, la minimiza haciendo la penalización mecánica y árida.

Pero con todo, no puede hacerse caso omiso de las concesiones del código en favor del reo, libertad preparatoria y retención, son signos, aunque muy discutibles ciertamente, de una individualización ad

ministrativa.

Ello, con ser de escasa solidez práctica, con tiene principios de gran riqueza en las futuras reformas y evoluciones de la ley penal.

V.- EL CODIGO PENAL DE 1929.- Este código se basa principalmente en la Escuela Positivista, siguiendo en el tema que nos ocupa iguales lineamientos, arbitrio judicial relativo, pues siempre aparecen el máximo y el mínimo como valedores al juzgador pero, excepcionalmente, y aquí el mérito de este código, en ocasiones, escasas y todo, deja al juzgador la individualización de atenuantes y agravantes, que no por estar enumerados, ofrecen menos libertad de criterio al juzgador.

Enumerados los agravantes y atenuantes el juez los valora dentro de cierto límite. Parece ser que éste es tan sutil que se antoja inexistente, pero no es así el momento histórico de transición de toda ley, exige en el juzgador la búsqueda del justo medio razonable. Ni todo al arbitrio judicial ni todo a la sorda y mecánica letra del código. La búsqueda del prudente y razonable criterio requiere de una amplia experiencia y una profunda reflexión, de ahí que el Legislador de 1929, y de uno a otro extre

mo, o bien la sólida muralla que automatiza al legis-
lador, o bien la prudente concesión de un arbitrio, -
a veces amplio y a veces tan limitado, que apenas si
se percibe.

En manera alguna esta postura es discutible, -
siendo el juzgador humano y sujeto a las debilidades
de su imperfección, es evidente que el legislador, -
también humano, no pueda fácilmente adoptar una pos-
tura dogmática respecto a la individualización de la
pena. El anterior razonamiento, válido en cualquier
época, lo es más en la que nos ocupa, por ser agita-
da, transitoria y a menudo violenta, históricamente-
hablando, usando los conceptos violencia histórica, -
como inestabilidad de ideas que buscan consolidarse-
frente a corrientes opuestas que chocan entre si.

Tan es así, que en exposición de motivos, el
código de 1929, expresa con claridad que "el Código-
de Transición" debe expresar clara y categóricamen-
te, que la lucha contra la delincuencia, no consiste
en el estudio de los dos elementos clásicos: delito-
y pena; sino preponderantemente, en el estudio del -
infractor, por eso se prescribe que el delito solo -
sirve como síntoma del estado peligroso que ese acto
revela, de modo que los jueces no cumplirían con su-

deber, si no se basan en el estudio de la personalidad integral del delincuente, ésto es de mayor trascendencia práctica y debe completarse con disposiciones del derecho procesal que exijan a la policía judicial el exámen, de la persona detenida, lo más científico y minucioso al momento de su aprehensión desde el instante en que descubren el delito. De lo contrario las huellas de éste y el estado del acusado, pueden desaparecer o transformarse al grado de hacer imposible un diagnóstico posterior, base del tratamiento y condiciones esenciales, para luchar eficazmente contra la delincuencia, de no ser exigente la ley en el cumplimiento de esos exámenes por parte de la policía judicial y de los jueces, es inútil cualquier reforma penal, la justicia seguirá engañándose y engañando a la sociedad porque seguirá actuando a ciegas, combatiendo a fantasmas, pretendiendo modificar la persona de un hombre a quien se obstina en desconocer.

Pese a que podría calificarse de retórica la anterior exposición de motivos, es indudable que no es el estilo literario lo que llama la atención, más aún, eso es ilirrevante, lo grandioso es que late en ella la intención, luego llevada a cabo en el código de 1931, de pensar al sujeto delincuente como eso, -

un sujeto, y luego delincuente.

Quizá solo por un momento en el devenir histórico, el legislador se atreve a equiparse valientemente a un hecho irrefutable legislador, juzgador y delincuente son iguales; absolutamente iguales en su dignidad humana, pero distintos en su finalidad. El primero ha de ofrecer una ley justa, hasta donde esto le es dable alcanzar al hombre; el segundo, ha de aplicar una ley, que no habiendo elaborado le limita pero no le ciega, no le ahoga, antes bien, le garantiza un prudente y razonable ejercicio de su calidad humanista sin ir más allá de la prudencia, experiencia y sabiduría de sus antecesores, adquirida en el diario y permanente ejercicio de una primero incipiente y cautelosa dignificación, perdida ante los embates del seco y árido penal juzgador reo-objeto de tormento y vejaciones bestiales, para llegar, en el momento que nos ocupa a reconocer abiertamente y valientemente la postura opuesta: juzgador-sujeto, reo-sujeto, iguales en cuanto a dignidad, pero distintos en sus características individuales, merecedores de todo estudio y atención.

C A P I T U L O I V

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

El concepto pena, dejando a un lado toda consideración etimológica o de un tipo gramatical, es ante todo, la consecuencia de una larga tradición, pero con un profundo sentido y significación. Es el sufrimiento, el dolor, la intranquilidad a veces raya en la angustia, y que ha de sufrir un miembro de la sociedad existente, por haber faltado a una o algunas disposiciones establecidas.

La pena como consecuencia, implica la desesperación, la crueldad llevada a veces a extremos bestiales o refinados, pero necesarios de acuerdo a ciertos criterios morales históricos.

En un elemental estudio de la pena, resulta que ésta, es una medida de protección de la sociedad contra el delincuente; no es nuestra intención extendernos en éste aspecto, ya estudiado en otro capítulo, pero no podemos dejar de repetir el innegable hecho, inherente a toda discreción técnica, de si hay diferencia entre pena o sanción de si aquella es la especie y ésta el género; de si fué o no el sufrimiento infringido al delincuente por su acto, solo la forma de someter su voluntad por la violencia.

Todo ello, cierto relativamente, solo manifiesta, que una mayor o menor investigación históri-

ca sobre el tema, nos presenta el hecho de que aquel que obra contra la sociedad establecida, sufre las consecuencias unas veces espantosas, y, otras veces tan leves que llegamos a encontrar diferentes castigos por igual delito, por el solo hecho de pertenecer a un grupo social o económico determinado.

Más todo ello, con ser cierto, no es estrictamente tema en éste capítulo. En cambio lo es, los fundamentos teóricos que el hombre, ya legislador, ya juzgador, ha tenido y tiene actualmente para hacer de la pena algo mas acorde con el sujeto para quien fué creada: el hombre.

Individuo, para toda filosofía jurídica, es el sujeto, indivisible, pensante y libre. Esta noción, obtenida en la edad media, sigue en vigor teniendo actualidad, pues el ser humano, pudiendo inclusive ser considerado por sus semejantes como objeto, con tal denominación no se le priva un ápice de dignidad.

Individualizar la pena consiste, en aplicar la norma jurídica abstracta, impersonal, a un caso concreto, determinado, tomando en consideración, el juzgador, al aplicarle, tanto las circunstancias exteriores que influyeron para la comisión del ilícito.

to, como las condiciones personales del delincuente, por lo tanto podemos señalar que, individualizar la pena, es crear, formar una pena.

Puede no ser elegante o apegada a la tradición jurídica, nuestra caracterización de individualización penal, pero es indiscutible su profundo contenido humanista, producto de la cultura, pero también producto, a veces, de un retroceso en la misma.

Salcilles establece como fases de la individualización las siguientes:

- a).- Legislativa.
- b).- Judicial.
- c).- Administrativa.

a).- La legislación como proceso creador de la ley, establece un principio y una consecuencia, o sea, el supuesto penal y la conducta que, cayendo en aquél, sufre las penas previstas.

Desde luego que toda ley penal, prevé casos de agravantes y atenuantes, generales o especiales y aún las excluyentes, de ahí que siempre haya un espacio que permita al juez ejercitar su arbitrio, que es el margen que el juzgador tiene en la ley, entre el mínimo y el máximo que la misma señala, para aplicar la pena.

Este arbitrio o margen normal, puede reducirse en circunstancias o casos excepcionales, la penal legal es raramente absoluta, con magnitudes exactamente fijas, la muerte es considerada como el prototipo de ese absoluto, pero generalmente viene acompañada con la posibilidad de una reclusión perpetua, - que para llegar a ello, se hacen un sinnúmero de consideraciones alrededor del sujeto activo del delito - que se valora, en última consecuencia, más la persona del delincuente, que el hecho social en sí.

Con todo, ésta aparente individualización valiosa es inexacta y generalmente errónea. El legislador prevee supuestos genéricos. No especifica, no concreta, y en consecuencia no hay posible individualización en su auténtico significado.

La individualización legislativa esquemática, sus especies se llaman delitos, no delincuentes, sumétrica es atenuantes o agravantes, y sus formas consagradas el dolo y la culpa, dolo eventual y grado - de participación. Ciertamente se tiene presente la medición de la pena, pero en abstracto, el supuesto - se elabora técnica y fríamente. No se piensa por razón de sistema y método, en una conducta concreta y humana. Eso, la concretización, es otro estudio que

se deja al juzgador, quien ha de encasillar la conducta del supuesto previsto por la legislación, cesando, en grado relativo, su criterio y en grado máximo su capacidad de tipificador, sometiéndolo al esquema previsto.

JUDICIAL.- En esta fase se lleva a cabo lo anunciado en la parte final de la anterior. Es ciertamente la más responsable y digna labor del juzgador prudente, razonable y consecuentemente justo, dentro de lo humanamente posible.

Dada la tipicidad, factor generador de la actividad del juzgador, procede la adaptación del delito, que precisamente es un acto humano por excelencia aunque negativo, procede, decíamos, la adaptación del acto al supuesto, pero aquí entra el factor humano, con todas sus implicaciones, porque los aspectos anteriores, no fueron sino preparativos o concomitantes de éste determinante, el acto humano.

Establecido el acto penal, imputable a un sujeto determinado, corresponde al juzgador individualizar la pena al caso específico, debe graduar la pena, pero una operación tan delicada no debe caer en la rutina burocrática y deshumanizada, ciertamente, el juzgador por un lado tiene el supuesto previsto -

en la ley como instrumento, por otro, los límites -- que la misma legislación le impone, pero he aquí, la auténtica función judicial, también tiene al hombre, sujeto del acto, y al acto mismo, que ocupó en el su puesto legal. Como proceder, con la fría y rutina--ria función mecánica, o bien, con la apasionada pero prudente tarea de un nuevo y original intento cada - día.

Creemos que ninguno de los extremos es el adecuado.

Más para nuestra propia tranquilidad, creemos necesario especificar que el hablar de buena fé, prudencia y calidad humana en el juzgador, no supone de modo alguno que le supongamos débil moralmente o incapaz, en el recto camino del intento de impartir -- justicia. El ser prudente y poseer buena fé, lejos de alejarlo de su cometido, fortalece en él, el sentido de la equidad y la justicia; No puede ser dé--bil o compasivo, ha de ser firme y recto, con la conciencia de que como ser humano provisto de conoci---mientos, juzga a un semejante víctima de circunstan--cias, pasiones o deficiencias múltiples, pero seme--jante como ser humano.

Esa, y no otra con apariencia de autoridad --

mal entendida y peor manifestada es la actividad judicial en cuanto a la individualización de la pena.

Los autores que de ésto se ocupan, coinciden en opinar, que todo juzgador además de poseer la capacidad teórica indispensable, ha de ser detentador de cualidades humanas producto de la experiencia y la cultura general, ha de poseer una fina sensibilidad, una infatigable vocación por la superación de sus deficiencias y un profundo respeto por la individualidad humana, en sus facetas psicológicas, antropológicas, sociales ambientales, en suma, el juez del futuro, y, nos atrevemos a decir del presente, antes que juzgador, ha de ser una integridad consciente de su delicada misión, pero responsable de ella y dedicado con firme vocación hacia sus semejantes, que delincuentes o no, merecen su apoyo cuando éste sea necesario, dispóngalo o no la ley.

Es muy posible, que las anteriores expresiones hagan de nuestra tesis un mero intento de ética de fines o de bienes tradicionales. Mas no es así, pero aún cuando así fuere, si el fin del juzgador en la individualización, es la humanización de la pena, concretándola con ello no hace sino actuar en consecuencia, como hombre que juzga a hombres, pero apoyado en su calidad humana y su capacidad jurídica, al-

servicio de otros con igual calidad humana.

No podemos aún cuando ello vaya en detrimento de nuestra elemental aportación a una individualización de la pena, todavía germinal, usar casos concretos. Ello está todavía fuera de la individualización. Reincidencia, peligrosidad, grado de cultura, habitualidad, atenuantes agravantes, excluyentes, etc., son elementos ciertamente todavía necesarios, pero queremos decir, lamentablemente necesarios. Si de idealista y absurda se califica nuestra postura, seguramente lo es, pero, idealista, absurda y todo es congruente con la naturaleza humana, aún en sus más bestiales desviaciones, porque al fin de cuentas no es la métrica penal, un recurso de creación artificial, porque el que sea producto de la observación de hechos, no le dá mayor validez.

Si de los hechos reales no se pueden inferir conclusiones capaces de valer, posiblemente deducciones válidas sí puedan obtenerse de abstracciones humanas. Y es por otra parte discutible, si nuestra postura se basa en meras abstracciones, porque si bien la individualización de la pena, se ha ido conquistando lentamente, como hipótesis al menos, es válida la afirmación de que es la tradición el factor determinante de la lenta y cautelosa individualiza-

ción de la pena, tampoco nos atrevemos a proponer -- una individualización absoluta, nada puede ser absoluto cuando de ella se trata, pero creemos, que una individualización de la pena cautelosa excesivamente meditada, ofrece tantos riesgos como una valiente y decidida, pero en manos capaces y preparadas. No es una obra del futuro, debe ser del presente y de --- aquí, y ahora, con legisladores y juzgadores huma--- nos, (con deficiencias e incapacidades), pero con el principio digno y encomiable de superarlas en favor- de una función cuya excelencia es por sí sola, capaz de todo esfuerzo y sacrificio.

ADMINISTRATIVA.- El reo ha sido condenado, se le ha privado de su libertad (hipótesis más común).- El juzgador usó su margen, delimitó su alcance prudentemente y obró en consecuencia dentro del marco - legal, pero con su capacidad jurídica.

Al compurgar su pena el reo ha de ser tomado más en cuenta. Ciertamente, antes se le tomó en cuenta, pero ahora se busca su rehabilitación, usaremos esta expresión tradicional en desacuerdo con ella, pues - el delincuente no está propiamente inhabilitado, como no sea en la aceptación usada por la ley, debe observársele como sujeto íntegro, no ha perdido nada - esencial en cuanto a su dignidad tal vez sea lógica-

hasta justificable una reacción negativa como consecuencia del encierro que sufre, pero la prudencia, - la conciencia del daño causado y la culpa espontáneamente reconocida, son los frutos de una auténtica individualización de la pena, en su fase administrativa, día a día, mes a mes, se verá en él no la resignación, derrotista, sino la clara manifestación de - que su auténtico yo, ha sido consolidado, la individualización administrativa, le ha hecho verse como - un ser social, le ha hecho realizar una actividad -- que puede muy a menudo serle agradable, le ha abierto un amplio sendero de futuro promisorio, en luchar por lo que desea, si es la libertad, buscará alcanzarla y la medrosa individualización de la pena ha--brá mostrado sus excelencias.

Pero estos resultados no pueden obtenerse sino mediante una indirecta observación personal, programas y planes han de ser solo concomitantes, más - no determinantes, la única determinación ha de serlo la dignidad humana que, precisamente ha sido la organizadora del delito que permitió la todavía teórica-individualización de la pena.

¿ Optimista desatado ?

¿ Buena fé sin ningún fundamento ?

¿ Dignidad humana sin bases sólidas ?

Tal vez, pero creemos que, si el ser humano, -
sin calificativos, cometió un delito, no por ello --
deja de ser humano.

C A P I T U L O V

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO.

SUMARIO.-Conceptos Generales.-
Legislación Vigente.-Opinión -
personal.

Como ya hemos visto en el capítulo anterior, la individualización de la pena es la aplicación de la norma jurídica general, abstracta, impersonal que señala el tipo penal, a un caso concreto, determinado.

De los preceptos constitucionales que tienen relación con la pena, señalaremos en primer término el artículo 18 de la Constitución General de la República que a continuación transcribiremos y que es el que nos señala que el fin primordial de la pena es la readaptación del sujeto delincuente al seno de la sociedad, por lo que es importante hacer notar que ya no se habla de la pena como un castigo al infractor de la ley penal, como antiguamente se hacía, sino que en la actualidad, dado la evolución que este concepto ha tenido, es el medio por el cual el estado reincorpora a la sociedad a un delincuente.

"Artículo 18.-Sólo por delito -- que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el -- sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación --

social del delincuente. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobiernos de los Estados sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

Es conveniente precisar que en nuestro régimen jurídico solamente el órgano judicial, esto es, el juez puede imponer penas y, por lo tanto individualizarlas, según se desprende del artículo 21 Constitucional, mismo que fundamenta con solidez lo que la doctrina ha desarrollado eficazmente, o sean las dos etapas de la individualización de la pena, según Saleilles, la judicial y la administrativa, ya que por cuanto hace a la etapa legislativa, los artículos 71 y 72 de nuestra Ley Suprema establecen las directrices de todo proceso legislativo.

"Artículo 21.-La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumba al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará

bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días. Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo de una semana."

El párrafo inicial de este precepto se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas, ya que establece que la imposición de las mismas es propia de la autoridad judicial. Tal precepto proviene, casi sin modificación, de la Constitución de 1857, la cual otorgó solo a los jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la ley, quedando en esta forma prohibido que autoridad distinta a la judicial pudiera hacerlo.

Como se puede apreciar de los artículos anteriormente mencionados, nuestra ley fundamental no restringe la capacidad del juzgador para individualizar las penas cuando las aplica al transgresos de la ley penal.

Entendemos que una sola transcripción de artículos, de ninguna manera pueden dar conclusión a este tema, pero debemos tener en cuenta que la Constitución es la base del Orden Jerárquico Normativo Mexicano, lo que constituye una directriz que señala el camino y, en consecuencia, autoriza todo intento de individualización.

Pudiera con todo, suceder que se presentara el conflicto entre la realización individualizadora y la intención que, siendo buena, no llegó a su plena realización. Así el conflicto entre una ley que autoriza o aumenta la posibilidad de la individualización penal, y otra que, establece la reglamentación administrativa, sería un choque de leyes secundarias que no afectarían básicamente la norma jurídica fundamental.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretadora de la ley, ha formado diversas jurisprudencias y tesis relacionadas que velan por el acertado uso que se le da al arbitrio judicial, que concede la ley a todos los jueces y magistrados que aplican la justicia penal en nuestro país, y que se especifica propiamente en los artículos 51 y 52 del Código Penal en vigor, que posteriormente veremos, motivando con ello que los juzgado---

res, en todos los casos fijen las sentencias dentro de los límites legales, haciendo una completa y exhaustiva valoración de circunstancias, datos individuales del sujeto, así como los motivos del propio delincuente.

A continuación citaremos algunas jurisprudencias definidas de la Corte que obligan a los jueces a acatarlas:

Jurisprudencia definida, Sexta Epoca, Segunda Parte, Número 147. IMPRUDENCIA, DELITOS POR INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. La mayor o menor gravedad de la imprudencia es factor básico para individualizar la pena que se apli que a los responsables de los delitos culposos.

Jurisprudencia definida, Quinta Epoca, Número 205. PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA ARBITRIO JUDICIAL. La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto -- que su amplio arbitrio estime -- justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley y sin más limitación que la observancia que las reglas normativas de la individualización de la pena.

Jurisprudencia definida, Sexta Epoca, Segunda parte, Número 206. PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA -- REQUISITOS. Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular, ni es suficiente.

hablar de las circunstancias que enumeran, con el mismo lenguaje general abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo, y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera como influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto entre el mínimo y el máximo.

Jurisprudencia definida, Sexta Epoca, Segunda Parte, Número 207. PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. - SEGUN LA PELIGROSIDAD. La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no solo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos, las sanciones que al agente del delito deben ser aplicados, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del exámen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

Jurisprudencia definida, Sexta Epoca, Segunda Parte, Número 208. PENA, INDIVIDUALIZACION INDEBIDA DE LA.- Por regla general el quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la infracción, con las

características del delincuente y si el análisis valorativo de las circunstancias de agravación o atenuación que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se moverá hacia el mínimo, y en caso contrario hacia el máximo; -- mas si señala la pena en des--- acuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el -- juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice así -- obtenido, hay inexacta aplica--- ción de la ley y se violan garan--- tías del quejoso.

Jurisprudencia definida, Sexta E poca, Segunda Parte, Número 209. PENA, INDIVIDUALIZACION RATIFICADA POR EL SUPERIOR. Cuando el -- tribunal de segundo grado se remite a los razonamientos del inferior o recoge propiamente las consideraciones hechas por el -- juez de primera instancia, no in--- curre en violación de garantías -- en lo tocante a la individualiza--- ción de la pena, si el que razo--- nó correctamente el arbitrio judicial al imponer la sanción ratificada por el tribunal de alza da.

Jurisprudencia definida, Sexta E poca, Segunda Parte, Número 213. PENA NEGATIVA DEL AMPARO CONTRA LA INDIVIDUALIZACION. Es im--- procedente conceder el amparo para que se subsanen las anomalías -- técnico jurídicas en que haya in--- currido el juez natural al indi--- vidualizar la sanción, si de las constancias de autos aparece que por la extrema peligrosidad del agente o las circunstancias de e---jecución concreta del caso, re--- querfa legalmente igual o mayor represión penal que la impuesta-

al reo quejoso."

"JURISPRUDENCIA DEFINIDA, QUINTA EPOCA, número 214.-PENA SUBSTITUCION EN SU INDIVIDUALIZACION. No es en las sentencias dictadas en juicios de amparo, sustituirse - al juez natural para apreciar -- los fundamentos de la individualización de la pena, siempre y - cuando éste acate y respete los - principios reguladores jurídicos de su arbitrio y las normas posi - tivas que al respecto establezca la legislación aplicable".

Como se puede apreciar de las anteriores ju - risprudencias de la H. Suprema Corte de Justicia de - la Nación, hay una clara tendencia de hacer más efi - caz el uso del arbitrio judicial, el cual llevará a - no dudarlo a la superación del juzgador en el momen - to de impartir justicia.

Ahora bien, los artículos 51 y 52 del Código - Penal para el Distrito Federal, en vigor, son, como - antes apuntamos, los que fijan las bases que el juz - gador debe tomar en cuenta para la aplicación de la - pena al sujeto delincuente.

"Artículo 51.-Dentro de los lími - tes fijados por la ley, los jue - ces y tribunales aplicarán las - sanciones establecidas para cada - delito, teniendo en cuenta las - circunstancias exteriores de eje - cución y las peculiares del de - lincuente".

"Artículo 52.-En la aplicación -

de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1o.-La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

2o.-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 condiciones económicas;

3o.-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 los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

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

De dichos preceptos apreciamos que el legislador le dá un amplio arbitrio al juzgador para que aplique las sanciones que la propia ley señala al delincuente y, en esa forma, pueda individualizar la pena de una manera más eficaz, humana y justa, tomando en cuenta dicho juzgador todas las circunstancias mencionadas en los artículos arriba transcritos.

Según hemos visto de los preceptos transcritos para individualizar las penas el juez hace uso -

del arbitrio judicial mismo que, según algunos autores, se encuentra restringido por la propia ley, pero en lo personal considero que tal restricción no es absoluta, sino mas bien relativa, ya que si bien es cierto que al juez no se le establece una facultad amplísima para imponer las penas que él quiera, tampoco es menos cierto que la propia ley le señala que por tal o cual delito deberá imponer necesariamente determinada pena al sujeto delincuente.

Los artículos 51 y 52 del Código Penal que con antelación hemos transcrito, son los que establecen las reglas necesarias para la individualización de las penas. La individualización de las penas está estrictamente aparejada a la comprobación del cuerpo del delito y al acreditamiento de la responsabilidad penal del acusado en el mismo.

Fundamentalmente, individualizar consiste en crear, señalar, establecer o formar una pena determinada para un acusado en determinadas condiciones, por lo que, partiendo de esta idea, no es posible pensar en dos casos exactamente iguales y, consecuentemente, en dos penas que sean absolutamente iguales, aún en el caso, por ejemplo, del sujeto que roba a la misma hora, en el mismo domicilio, en distinta fe

cha que otro sujeto, está afecto a una serie de circunstancias exteriores de ejecución distintas en uno y otro caso, ya que podemos pensar que el primero posiblemente pudo haber sido cometido por necesidad, - esto es, en el caso de que el delincuente haya robado alimentos para su familia porque no tenían que comer, mientras que en el segundo caso, lo hizo solamente por cometer el acto criminal o delictivo.

Para individualizar una pena se debe tomar en cuenta, en primer lugar, las circunstancias exteriores de ejecución, es decir, cuando se cometió el delito, donde se cometió, que factores influyeron para la comisión del mismo, esto es, las circunstancias - que no están necesariamente al alcance directo de la mano del sujeto delincuente, si era de día o era de noche, si era en lugar poblado o despoblado, si había suficiente luz o no la había, si había quien pudiera prestar suficiente auxilio al sujeto pasivo -- del delito, o sean los factores que rodearon la comisión del hecho criminal y, en segundo lugar, deben - observarse en términos generales los factores individuales o personales del delincuente. De esta conjunción de tipos de factores se debe individualizar la norma general, impersonal, abstracta, al caso concreto, determinado.

Los jueces al dictar sus sentencias hablan de grados de peligrosidad del sujeto delinciente, dividiendo dichos grados en mínimo, medio y máximo, pero como en la práctica jurídica mexicana no siempre se puede establecer en forma radical que el delinciente presenta una peligrosidad mínima, media o máxima, -- porque estaría obligado a imponer penas adecuadas -- proporcionalmente a los mínimos, medios y máximos -- que establece el tipo penal respectivo, por ello es que en la vida diaria el juzgador hace uso de ciertas modalidades de esa terminología llamados subgrados, que no son sino grados distintos dentro de una misma escala y, así tenemos que en ocasiones se habla en las sentencias de peligrosidad que va del medio al mínimo y peligrosidad que va del medio al --- máximo.

Creemos, por nuestra parte, que indebidamente los jueces hacen uso del término peligrosidad, toda vez que éste, por ser un elemento netamente subjetivo, solamente puede ser determinado por psicólogos, mediante estudios realizados al sujeto delinciente, por lo que el juzgador en el momento de dictar sentencia únicamente deberá señalar si el procesado en cuestión es culpable o no y, en caso afirmativo, aplicar la pena con base en los artículos 51 y 52 an-

teriormente señalados.

Dentro de los factores personales del sujeto delincuyente que deben tomarse en cuenta tenemos: su edad, estado civil, ocupación o actividad a que se dedica, la mayor o menor cuantía de sus ingresos que por esa ocupación o actividad obtenga, cuantas personas dependen económicamente del sujeto inculcado, -- así en razón de su propia edad está más o menos capacitado o habilitado para vivir dentro de un núcleo social, sexo. Una vez obtenidos todos esos datos, se debe establecer antes que nada, las condiciones específicas en que se encontraba el sujeto al cometer el delito, si se encontraba en estado de ebriedad o afecto a la ingestión de drogas enervantes, si se encontraba en plenitud de actitud física, si tenía lazos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales entre el ofendido y el acusado. -- Además de todos los elementos anteriormente señalados se debe tomar en cuenta si el acusado tiene o no antecedentes en materia penal, esto es, no los antecedentes que pueda tener un individuo por razzias policíacas, sino los que deriven de un proceso seguido dentro de los lineamientos constitucionales para llegar a una sentencia condenatoria definitiva que haya causado estado, bien porque habiendo pasado el térmi

no legal para apelar, el acusado no hizo uso de ese derecho, o bien porque haya apelado y el tribunal de alzada le confirmó la sentencia o porque llevada que fué ante las autoridades federales en vfa de amparo, se le negó el amparo y protección de la justicia de la unión. Finalmente, algo que el juzgador también debe tomar en consideración para la individualización de las penas, es la buena fé del sujeto inculpado, esto es, la confesión del mismo.

Una vez señalados los elementos que se deben tomar en consideración para la individualización de las penas y que la pena de prisión ya ha sido impuesta, pasaremos al estudio de los otros tipos de pena como son la pecuniaria y la reparación del daño, ya que tratándose de un ilícito que prevea la imposición de una multa y ésta en la sentencia no se imponga, se violan garantías sociales, es decir, las garantías de la representación del Ministerio Público, que es quien defiende los intereses de la sociedad.

Para la imposición de la pena de la reparación del daño, el juez, por no ser experto en cuestiones de avalúo, se apoya en los dictámenes de los Peritos oficiales en materia de valuación, quienes pueden señalar el camino al juez para que en forma más o menos aproximada establezca lo justo al impor-

te del daño causado. Es importante hacer notar que el juez no puede seguir o basarse rotundamente en el dictamen de los peritos, por la sencilla razón de -- que estamos en presencia de factores humanos, los -- cuales se pueden interesar tanto en causar perjui-- cios, como por causar o intentar un beneficio, por-- que como desafortunadamente ocurre en todos los pa-- ses y sobre todo en el nuestro, los peritos se dejan llevar por el interés económico de las partes, ya -- que es lógico pensar que si quien les aporta el dine-- ro es el ofendido, el avalúo será muy elevado y, si-- por el contrario, si quien les aporta los medios eco-- nómicos, es el acusado, dicho avalúo será muy bajo, -- por ello es fundamental que para el establecimiento-- del importe de la reparación del daño debe prevale-- cer el criterio del juez con apoyo de dictamen peric-- ial.

Consecuentemente con todo lo expresado, la individualización de las penas no es sino la creación de una norma particular, partiendo de la norma general, abstracta, impersonal, la cual es señalada por el tipo penal respectivo. Podrá una pena ser justa o injusta, pero hablar de justicia dentro del campo del derecho es sumamente difícil, ya que la justicia es creada por hombres, administrada por hombres y --

aplicada para los hombres, es posible que siempre -- que en un proceso penal en donde se hallan dos partes con intereses en pugna, una de ellas quedará inconforme con la resolución.

La individualización de la pena es un tema mucho muy importante dentro del campo del procedimiento penal, pero el que creo que ha sido también muy descuidado; en lo personal, no se si se deba al exceso de trabajo a que están sujetos los juzgados o a la falta de conocimientos técnicos o de interés por parte del juez de llevar a cabo una mejor administración de la justicia penal.

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

PRIMERA.- La pena es un concepto que afortunadamente ha evolucionado en forma positiva, ya que en la actualidad no se le considera como un mal necesario que ha de imponerse al delincuente, sino que es una medida que adopta el estado para prevenir la delincuencia, es, en sí, una medida de protección de la sociedad contra los delincuentes.

SEGUNDA.- La pena debe aplicarse no de acuerdo al mal cometido, sino adaptándola a la naturaleza del agente infractor para lograr su corrección y hacer posible su integración al seno de la sociedad.

TERCERA.- La individualización de las penas es un concepto que consideramos que definitivamente no pudo existir en el derecho antiguo, toda vez que dentro de éste las penas se imponían de acuerdo a la clase a la que pertenecía el sujeto infractor de la ley penal, sin tomar en consideración la persona del delincuente, por ello, es que no podemos ni siquiera suponer que si un noble o príncipe cometía el mismo delito que un plebeyo o esclavo, se les aplicara la misma pena.

CUARTA.- El Órgano judicial, esto es, el juez, es el único capacitado para imponer penas, por lo que la función individualizadora de las mismas es facultad exclusiva de él.

QUINTA.- Sin arbitrio judicial no puede haber individualización de penas, de tal manera que, la buena o mala aplicación de la pena, estará en razón directa a la mayor o menor facultad arbitral del juez.

SEXTA.- Para que el juez pueda individualizar las penas tiene que hacer uso del arbitrio judicial, que es el margen que el juzgador tiene en la ley para aplicar la pena al sujeto delincente, tomando en consideración las circunstancias exteriores que influyeron en la comisión del ilícito y las peculiares del delincente.

SEPTIMA.- Individualizar las penas es crear, señalar, establecer o formar una pena determinada para un acusado en determinadas circunstancias, partiendo de la norma general, abstracta, que señala el tipo penal respectivo.

OCTAVA.- Para que haya una verdadera individualización de las penas, es necesario que el juzgador tenga un conocimiento directo con el inculpado y no se base solamente en las actuaciones del expediente, ya que en la práctica jurídica, en muchos casos, el juez no tiene un trato directo con el procesado, por lo que no es posible que en esa forma haya una buena individualización de la pena.

NOVENA.- La individualización de las penas es una delicada y muy importante función del juzgador - que por desgracia en la actualidad no se le ha dado o prestado la atención necesaria, trayendo como consecuencia que haya una mala administración de la justicia penal en México, y que, en lo personal, me atrevo a pensar que mas que por falta de conocimiento técnico, es por la falta de interés de parte de los administradores de la justicia penal en nuestro país.

DECIMA.- En la mayoría de las sentencias que se dictan en los juzgados penales hay una mala individualización de las penas que se imponen a los procesados.

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

- 1.- Almaraz, José.- Tratado Teórico y Práctico de --
Ciencia Penal.- 1948.
- 2.- Carrara, Francisco.- Programa Vol. I.
- 3.- Carrancá y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexica
no.- T. I.
- 4.- Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos de De-
recho Penal.- 5a. Edic.
- 5.- Cuello Calón, Eugenio.- Derecho Penal.- 8a. Edic.
- 6.- Cuello Calón, Eugenio.- Derecho Penal.- Parte --
General.- T. I.- 9a. Edic.
- 7.- Franz Von Liszt.- Tratado de Derecho Penal.- --
Trad. Luis Jiménez de Asúa.- 3a. Edic.
- 8.- Gómez, Eusebio.- Tratado de Derecho Penal.- T. I.
- 9.- Jiménez de Asúa, Luis.- La Ley y el Delito.
- 10.-J. J. Hans.- Principii Generali di Diritto Pena-
le.
- 11.-Mezger Edmundo.- Tratado de Derecho Penal.- T. I.
- 12.-Mezger, Edmundo.- Tratado de Derecho Penal.- --
Trad. Arturo Rodríguez.- T. II.
- 13.-Pavón Vasconcelos, Francisco.- Manual de Derecho
Penal Mexicano.
- 14.-Pavón Vasconcelos, Francisco.- Nociones de Dere-
cho Penal Mexicano.- Parte General.

- 15.- Porte Petit, Celestino.- Programa.
- 16.- Porte Petit, Celestino.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- 1954.
- 17.- Soler, Sebastián.- Derecho Penal Argentino.- -- T. II.
- 18.- Stopatto.- L'Evento Punible.
- 19.- Villalobos, Ignacio.- Derecho Penal Mexicano.- - 2a. Edic.
- 20.- Welzel, Hans.- El Nuevo Sistema del Derecho Penal.- 1964.
- 21.- Welzel, Hans.- Derecho Penal.- Parte General --- 1956.
- 22.- Código Penal 1871.
- 23.- Código Penal 1929.
- 24.- Código Penal Vigente.
- 25.- Jurisprudencia H. Suprema Corte de Justicia de - la Nación.
- 26.- Constitución General de la República.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO

Pág.

Concepto del Delito. Escuelas que estudian el Delito. Teorías que estudian el Delito. La Teoría Tetratómica..... 13

CAPITULO SEGUNDO

L A P E N A

Noción de la Pena. Fundamentos. Fines y Caracteres. Clasificación. Extinción de la Pena..... 67

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PENA

México Antiguo. Epoca Colonial. México Independiente. Código Penal de 1871. Código Penal 1929..... 80

CAPITULO CUARTO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA 101

CAPITULO QUINTO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

Conceptos Generales. Legislación Vigente. -- Opinión personal..... 113

	Pág.
Conclusiones.....	130
Bibliografía.....	133