

236  
28j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SANCIONES PENALES, REINICIENCIA Y  
ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**MIGUEL ANGEL ESCOBAR BAUTISTA**



MEXICO, D. F.

ENERO DE 1995

**FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

*Este trabajo representa la culminación de años de esfuerzo, de paciencia y esperanza. No sería una obra completa si no hubiese manifestado mi agradecimiento a quienes de una u otra forma han cooperado con mi formación, brindándome su cariño y apoyo.*

*A mis padres:*

*Mariana Bautista Castañeda y  
Atanacio Escobar Morales*

*Porque con su amor fraternal, han guiado mis pasos  
por el difícil camino de la vida, constituyendo siempre  
la fuente de motivación primera, para el logro de mis  
propósitos. Los amo y respeto eternamente*

*A mi esposa:*

*Lorena Elizabeth Acosta Lara*

*Gracias por tu amor, apoyo y paciencia incondicional  
por ese pequeño ser que en tus entrañas germina y del  
que ansiosos esperamos que pronto nos llame padres.  
Para ustedes con todo mi amor.*

*A mis hermanas:*

*María del Pilar y Rocío*

*Fortalezcamos esa unión que nuestros padres tanto añoran. Nunca lo olviden, las amo.*

*A Carlos:*

*Porque más que amigos, somos hermanos.*

*A Héctor:*

*Por tu ayuda siempre oportuna y porque más que primos  
somos hermanos. Recuerda estamos en el mismo barco.*

*A Toño:*

*Por ser tan excelente amigo.*

*A David:*

*Por la amistad que desde niños cultivamos y que aunque  
lejos, siempre nos unirá*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México  
y a la Facultad de Derecho*

*A todas la personas que hicieron posible la realización  
del presente tabajo de Tesis*

## CONTENIDO

**INTRODUCCION.....01**

**CAPITULO I. SANCION, PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD.....03**

1. EL DERECHO PENAL.
2. LA NORMA PENAL.
3. CONCEPTO DE SANCION.
4. TEORIAS DE LA PENA.
5. TEORIAS ABSOLUTAS.
6. TEORIAS RELATIVAS.
7. TEORIAS ECLECTICAS.
8. JUSTIFICACION DE LA PENA.
9. DIFERENCIA ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD.

**CAPITULO II. EL MARCO JURIDICO DE LAS PENAS EN EL DERECHO MEXICANO Y SU CLASIFICACION.....33**

1. REGULACION DE LA PENA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
2. EL ARTICULO 14.
3. EL ARTICULO 18.
4. EL ARTICULO 21.
5. EL ARTICULO 22.
6. CLASIFICACION DE LAS PENAS.
7. CLASIFICACION CIENTIFICA DE LAS PENAS
8. ATENDIENDO A LA NATURALEZA DEL BIEN JURIDICO QUE PRIVA Y A SU GRAVEDAD
9. DE ACUERDO A SU IMPORTANCIA, A SU FORMA DE APLICACION Y A SU DURACION.
10. LAS PENAS EN PARTICULAR Y SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
11. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.
12. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
13. LA MEDIDA DE SEGURIDAD COMO MEDIDA AUTONOMA DE LA PENA.

**CAPITULO III. MEDICION DE LA PENA Y EL FIN DE LA EJECUCION.....89**

1. MEDICION JUDICIAL DE LA PENA.
2. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA.
3. TEORIAS SOBRE LA DETERMINACION DE LA PENA.
4. TEORIA DEL MARGEN DE LA LIBERTAD.
5. TEORIA DE LA PENA EXACTA.
6. TEORIA DE LA UNION.
7. DETERMINACION DE LA PENA EN RELACION CON LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE.
8. LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA DETERMINACION DE LA PENA.
9. FACTORES DETERMINANTES DE LA PENA.
10. ANTINOMIAS DE LA PENA Y EL FIN DE LA EJECUCION.

**CAPITULO IV. REFORMAS AL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....128**

1. ANALISIS DEL ARTICULO 65 HASTA ANTES DE LA REFORMA DE ENERO DE 1994.
2. CONCEPTO DE REINCIDENCIA.
3. CLASIFICACION DE LA REINCIDENCIA.
4. FUNDAMENTOS DE LA REINCIDENCIA.
5. OBJECIONES EN CONTRA DE LA REINCIDENCIA.
6. LA REINCIDENCIA EN SENTIDO NEUTRO.
7. EL ARBITRIO JUDICIAL.
8. LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.
9. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y ARBITRIO JUDICIAL.
10. LA REFORMA DEL ARTICULO 65 DE FEBRERO DE 1994.
11. EXPOSICION DE MOTIVOS.
12. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL.
13. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.
14. CONSIDERACIONES FINALES.

**CONCLUSIONES.....178**

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

En diciembre de 1991, el Legislador mexicano adiciona un segundo párrafo al artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a la sanción aplicable en caso de reincidencia, para quedar de la siguiente forma:

Art. 65.- "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma".

"En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de la libertad."

Como es de observarse con la adición del segundo párrafo, se acrecentaron los principios anticonstitucionales que de por sí ya entrañaba el artículo 65, desvirtuándose además la naturaleza jurídica de la pena alternativa, al transformarla en

privativa de libertad cuando de reincidencia se tratara.

Es de lo anterior, de donde surge la inquietud de llevar a cabo un estudio propósitivo del precepto en mención, pero en pleno desarrollo de la investigación, el Legislador decide reformar de nueva cuenta el artículo 65, cambiando radicalmente su contexto, lo cual lejos de restarle vigencia al tema, lo hace más interesante, toda vez que se adopta un criterio que coincide a la reincidencia ya no como una circunstancia agravante de la pena, sino como un elemento más que el juzgador deberá tomar en cuenta para la individualización de la pena y para el otorgamiento o no de los sustitutivos penales. Es por ello que se decidió continuar con el trabajo, para finalmente llevar a cabo una modesta pero muy personal aportación al tema, tal y como se podrá desprender de la lectura del mismo.

## CAPITULO I

### SANCION, PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

#### 1. EL DERECHO PENAL

Numerosas son las definiciones que en el transcurso del tiempo han vertido los tratadistas del Derecho Penal. En el presente trabajo, nos limitaremos a mencionar sólo algunas de ellas.

Para Celestino Porte Petit el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas, es decir, el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y medidas de seguridad.

(1)

A decir de Raúl Carrancá y Rivas es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. (2)

(1) PORTE PETIT, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, EDIT. PORRUA, MEXICO 1977, p. 15  
(2) CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, EDIT. PORRUA, MEXICO 1977, p. 16

Fernando Castellanos Tena lo define como la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social. (3)

Francisco Pavón Vasconcelos concibe al Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público interno, que define los delitos y señala las penas y medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social. (4)

Ignacio Villalobos apunta que el Derecho Penal en sentido objetivo es el conjunto de normas y disposiciones que reglamentan, en tanto que en sentido subjetivo debe entenderse como el atributo de la soberanía, por el cual a todo Estado corresponde reprimir los delitos por medio de las penas. (5)

Luis Jiménez de Asúa expresa que es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la

(3) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, EDIT. PORRUA, MEXICO 1986, p.19

(4) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO HEBERTO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, EDIT. PORRUA, MEXICO 1982, p.19

(5) VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO, PORRUA, MEXICO 1975, p. 15

responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (6)

Por su parte Mezger conceptúa al Derecho Penal como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica. (7)

Cuello Calón lo concibe como el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece. (8)

Lobatut Gléna considera que es la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma que consagra normas encargadas de regular las conductas que estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción. (9)

Wessels Johannes señala que por Derecho Penal se entiende la parte del ordenamiento jurídico que

(6) JIMENEZ ASUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES 1964, p.21

(7) MEZGER, EDMUNDO. TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. CARDENAS, MADRID 1957, p. 19

(8) CUELLO CALÓN, EUGENIO. DERECHO PENAL, EDIT. NACIONAL, BARCELONA 1940, p.15

(9) LOBATUT GLENA, GUSTAVO. DERECHO PENAL, EDIT. JURIDICA DE CHILE, CHILE 1976, p.14

establece los presupuestos de la punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de pena, que amenaza penas determinadas y prevé especialmente, al lado de otras consecuencias jurídicas, medidas de corrección y seguridad. (10)

Hans Welzel expresa que es la parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. (11)

Para Vincenzo Cavallo el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que establecen los hechos constitutivos de delitos y fijan las penas y medidas de seguridad que han de aplicarse a los autores de ellos. (12)

## **2. LA NORMA PENAL**

Elemento esencial del derecho penal es la norma penal, misma que a continuación analizaremos brevemente, pues de uno de sus elementos es de donde parte nuestro tema a estudiar.

El Derecho Penal está formado por un conjunto

(10) WESSELS, JOHANNES. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES 1980, p.16  
(11) WELSEL, HANS. DERECHO PENAL ALEMÁN, EDICIONES JURIDICAS DE CHILE, CHILE 1972, p.18  
(12) PORTE PETTIT, CELESTINO. op. cit., p.15

de disposiciones que se hallan contenidas en el Código Penal y en otros códigos y leyes vigentes.

Tales disposiciones son las normas penales, mismas que se componen de dos elementos: el precepto y la sanción.

Manzini, citado por Porte Petit en su obra Apuntamientos de Derecho Penal, señala que precepto y pena son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal, tanto en el aspecto teórico-jurídico, como bajo el aspecto psicológico y sociológico. (13)

El precepto es aquél que describe el modelo de comportamiento humano que el legislador ha recogido de la realidad social y que rechaza como indebido, en tanto la sanción señala la naturaleza del castigo que ha de imponerse al responsable de haber realizado la conducta punible. (14)

El precepto contiene la figura delictiva, y funciona en forma positiva, es decir, manda, ordena, o en forma negativa, contiene una prohibición.

La sanción por su parte abarca la punibilidad.

(13) PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. EDIT. PORRUA, MEXICO 1987, p.109

(14) REYES ECHANDIA, ALFONSO. DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1990, p.43

## **CONCEPTO DE SANCION, PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD**

### **3. CONCEPTO DE SANCION**

En sentido estricto sanción es el mal que sigue a la inobservancia de una norma, el castigo que confirma la inviolabilidad y santidad (sanción viene de sanctus) de la ley. En sentido amplio es la consecuencia inevitable del cumplimiento o del incumplimiento de la ley; y por esto expresa, ya el mal que sigue a la transgresión, ya el bien que sigue a la obediencia, es decir, el castigo de la culpa y la recompensa del mérito. Sin esta recompensa, que es la sanción, todo ordenamiento legal se derrumbaría.

Giuseppe Maggiore señala que "la sanción jurídica consiste en el mal que amenaza o el bien que prometa el ordenamiento jurídico, en el caso de ejecución o de violación de una norma". (15)

Por sanción suele entenderse, en el lenguaje cotidiano, una reacción de derecho en relación con una actitud voluntaria del individuo. Pero esa reacción no es, necesariamente, un mal que acompañe a otro; puede ser un bien que sigue a otro bien. La sanción debe definirse como el efecto jurídico de un acto, tendiente a compensar la voluntad. (16)

(15) MAGGIORE, GIUSEPPE, DERECHO PENAL, TOMO II, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1989, p.224  
(16) GARCIA MAYNES, EDUARDO, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, EDIT. PORRUA, MEXICO 1985, p.310

García Maynes desprende tres elementos de la citada definición:

a) La sanción es una consecuencia jurídica. Desde el punto de vista de la norma aparece como la amenaza de un mal o la promesa de un bien, relativamente a una infracción jurídica o a un acto meritorio.

b) Toda sanción tiene como supuesto la realización de un acto determinado. Este puede ser lícito o meritorio. De la naturaleza del acto depende la índole de la sanción correspondiente.

c) La finalidad de la sanción es compensar la voluntad de los individuos. Tal compensación puede referirse a actos antisociales o laudables.

Las sanciones establecidas por las normas del Derecho Penal reciben la denominación específica de penas.

Para el derecho penal la sanción jurídica se restringe a la imposición de algún mal y en su caso a la aplicación de una medida de seguridad, toda vez que se constriñe sólo a los efectos de la transgresión que de la observancia del orden jurídico. Así pues, la

sanción denota la consecuencia del incumplimiento de la norma.

Carrancá y Rivas, en su obra "Derecho Penal Mexicano", advierte que el Código Penal vigente emplea indistintamente los vocablos "pena" y "sanción" por encontrarlos inoperantes si no traducen una real situación y por ser usual el primero en nuestro léxico.(17)

## **5. CONCEPTO DE PENA**

Respecto del significado etimológico de la palabra pena existen posturas diversas, algunos consideran que viene del latín poena, y éste del griego poinée que significa castigo, dolor, suplicio, aflicción; para otros proviene de punya, del sánscrito, que quiere decir pureza, purificación; hay quienes le encuentran su procedencia del verbo (poner) y del sustantivo pundos (peso), simbolizando así la balanza que representa la justicia , en uno de sus platillos contiene al delito, y en el otro un peso que se traduce en la pena, que viene entonces a equilibrar los dos platillos.

A lo largo de la historia, tanto filósofos como

(17) CARRANCA Y RIVAS, RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO, MEXICO 1977, p. 634

juristas, se han dado a la tarea de definir la pena, habiendo concebido a ésta desde diversos puntos de vista, de entre los más destacados podemos mencionar los siguientes.

Ulpiano definía a la pena como la venganza de un delito.

Platón decía, la injusticia es un gran mal, la impunidad un mal más grande aún, de tal suerte se deduce que la pena es un bien para el culpable, viendo también en la pena dos grandes efectos: la corrección, el mejoramiento del culpable, y el temor saludable en el castigo que puede inspirar a los que cayesen en la tentación de imitarle.

Aristóteles distingue dos intereses en la pena: el interés del paciente, que puede ser con ello mejorado, la corrección y el interés de aquél que la impone (la pena propiamente dicha), que sería una especie de satisfacción.

Von Liszt define a la pena como el mal producido por el juez contra el delincuente a causa de la infracción para expresar la reprobación de la sociedad, respecto del acto y del autor. (18)

(18) LISZT, FRANZ VDN. LA IDEA DEL FIN EN EL DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1990, p.122

José Antón Oneca concebía a la pena como un mal para el delincuente, sin lo cual no tendría eficacia intimidante y ejemplar, ha de ser pronunciada por el juez a causa de un delito, lo cual la diferencia de las sanciones de carácter administrativo, y se ordena al interés general a diferencia del resarcimiento del daño, que sirve, en primer término, al interés privado. (19)

Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho, cumpliendo con un papel meramente restaurador o retributivo.

Para Kant la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto.

Hans Welzel señala que la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, que cada uno sufra lo que sus hechos valen, se trata pues, de un mal que se impone al sujeto culpable. (20)

Binding decía que la pena es retribución de mal con mal, tratándose entonces de confirmar el poder del derecho sometiendo aún por la fuerza al culpable.

(19) ONECA, JOSE ANTON, "DERECHO PENAL", p.89

(20) WELZEL, HANS. DERCHO PENAL ALEMAN, EDICIONES JURIDICAS DE CHILE, CHILE 1972, p328

Liszt y Schmid, definen a la pena como un mal que el juez penal impone al delincuente a causa del delito cometido, para expresar de este modo el juicio desvalorativo social sobre el acto y el autor.

Para Mezger pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto).

Giuseppe Maggiore en su texto de Derecho Penal, define a la pena en sentido jurídico, como sanción personalmente coactiva, que se conmina y se inflige al autor de un delito. (21)

Cuello Calón Eugenio en su obra "La Moderna Penología", manifestó que la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, es decir, es privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. (22)

Esta noción comprende los caracteres fundamentales de la pena en sentido jurídico:

(21) MAGGIORE, GIUSEPPE. DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1972, p.233

(22) CUELLO CALON, EUGENIO. LA MODERNA PENOLOGIA, EDIT. BOSH, MADRID 1974, p.579

a) La pena es siempre retributiva, conserva su esencia de castigo, no es retribución, como algunos afirman con reproche, una venganza encubierta, no aspira como ésta a obtener satisfacción por el agravio sufrido; sus fines son más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos o restaurarlos en el caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que no son, como ciertas doctrinas sostienen, ideales y abstractos, sino reales y tangibles.

b) La privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc., causa en el culpable el sufrimiento característico de la pena. Toda pena cualquiera que sea su fin, aun ejecutada con profundo sentido humanitario, como las modernas penas de prisión, siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que la sufre.

c) Principio de legalidad "Nulla pena sine lege", exige que para que la pena en su clase y cuantía, se imponga de acuerdo con lo ordenado por la ley, así los preceptos de ésta la sustraen del arbitrio de los juzgadores y crean una importante garantía jurídica de la persona.

d) Su imposición está reservada a los competentes órganos jurisdiccionales del Estado, los tribunales de justicia que aplican, por razón de delito, para el mantenimiento del orden jurídico y la protección de la ordenada vida social.

e) Sólo puede ser impuesta a los declarados culpables de una infracción penal. Sin culpabilidad y su declaración previa no se concibe la imposición de pena (nulla poena, sine culpa).

f) debe recaer solamente sobre la persona del culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro. De aquí surge el principio de la personalidad de la pena.

Castellanos Tena, señala que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico. (23)

Feuerbach comenta que se trata de prevenir de forma general los delitos, esto es, mediante una intimidación o coacción sociológica respecto de todos los ciudadanos. El impulso sensual será eliminado en

(23) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, EDIT. PORRUA, MEXICO 1986, p.305

cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguira un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho.

Reyes Echandía define a la pena en sentido jurídico-penal, como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional al sujeto culpable que ha sido declarado responsable del hecho punible. (24)

Carrancá y Rivas en su obra "Derecho Penal Mexicano" señala que la pena es un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social. (25)

Como se puede desprender de las definiciones antes expuestas, la mayoría de ellas coinciden en señalar que la pena es un sufrimiento, un castigo que se impone a quien ha cometido un delito, dicha pena deberá ser impuesta por el órgano creado exprofeso para ello, siendo este el jurisdiccional. Pudiéndose advertir que la mayoría de los autores miran a la pena desde una perspectiva de carácter retributivo, mismo que se

(24) REYES ECHANDIA, ALFONSO. DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1990, p.245

(25) CARRANCA Y RIVAS, RAUL. op. cit., p.171

encuentra delimitado por el principio de la justa retribución, esto es, que la pena deberá ser proporcionada a la culpabilidad del reo, traducido entonces en la justa retribución del mal del delito, más sin embargo, no puede concebirse a la pena en un Estado de Derecho, con un carácter absoluto, toda vez que una cosa es que la pena lleve como efecto un mal y otra es que consista como ellos lo señalan en mal propiamente dicho, de tal suerte que en un Estado de Derecho no se puede aplicar unilateralmente la idea del Talión o la venganza.

Hay quienes ven a la pena como una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, entre ellos destacan Antón Onea, Feuerbach, Bentham, Schopenhaur.

Una vez analizadas las diversas definiciones que de la pena se han expuesto, podemos decir que la pena jurídicamente concebida, debe entenderse como la privación o restricción de bienes jurídicos que, en la medida de el mal causado, impone el órgano jurisdiccional a quien ha resultado responsable de la comisión de un delito. Entendiéndose que dicha privación o restricción, aunque lleve implícito un mal no consiste propiamente en ello, toda vez que guarda en su ser, la aplicación de un tratamiento adecuado que lleva a reinsertar socialmente al individuo.

## 6. CONCEPTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD

La medida de seguridad, es una medida no penal, que después de haberse cometido un delito, se aplica con fines defensivos, no retributivos, es decir, no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores exponiendo a peligro el orden jurídico. (26)

Lobatut Gléna, advierte que las medidas de seguridad consisten en ciertas disposiciones adoptables respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social y readaptación humana. (27)

Por su parte Olesa Muñido, considera que las medidas de seguridad son medios de prevención especial aplicables a las personas que constituyen un peligro, no transitorio, de infracción del orden jurídico penal, que por su condición psíquica, mental, moral, o social, son incapaces de sentir la eficacia preventiva de la pena o en otros términos, a las personas que se hayan en un estado peligroso. (28)

La medida de seguridad atiende a la peligrosidad del individuo.

(26) MAGGIORE, GIUSEPPE, "DERECHO PENAL", p.403

(27) LOBATUT GLENA, GUSTAVO. DERECHO PENAL, EDICIONES JURIDICAS DE CHILE, CHILE, 1989, p.237

(28) OLESA MUÑIDO, FRANCISCO FELIPE. "LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD", EDIT. BOSH, BARCELONA, p.117

## **7. TEORIAS DE LA PENA**

A través de la historia los juristas han analizado el sentido y el fin de la pena, siendo tres las principales teorías que a ese respecto predominan y que a continuación trataremos de explicar:

## **8. TEORIAS ABSOLUTAS O RETRIBUTIVAS**

Sus principales exponentes lo son Kant y Hegel, para el primero de ellos la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto; para el segundo la pena es la negación de la negación del derecho, cumpliendo un papel meramente restaurador o retributivo.

Para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castigue al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibile del individuo, concebido como fin en sí mismo y que según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como a un ser racional y no como el palo al animal, hasta el punto de que la pena se convierte en un derecho para el delincuente.

(29)

(29) MIR PUIG, SANTIAGO. FUNCION DE LA PENA Y TEORIA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO, EDIT. BOSH, BARCELONA 1982, p.116

Los retribucionistas consideran a la pena como un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un delito. A la intensidad de una lesión a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la lesión en medida similar sobre un bien jurídico.

(30)

Para los partícipes de ésta teoría, la función de la pena se limita a la pura realización de la justicia, encontrando por tanto su fundamento y fin en la naturaleza misma de ésta y no en un objetivo trascendente. La pena es justa en sí, no puede servir a la protección de la sociedad ni, por tanto a la prevención de delitos, por que ello supondría que se castigue al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibles del individuo, concebido como fin en sí mismo.

Las teorías absolutas, a través del principio de la justa retribución (la pena deberá ser proporcionada a la culpabilidad del reo), no sólo justifican la pena, sino también garantizan su realidad y agotan su contenido, afirmando que la necesidad ética de la pena garantiza su realidad, ya en virtud de la identidad de razón y realidad o de un imperativo categórico o a causa de una necesidad religiosa.

(30) BUSTOS RAMIREZ, JUAN, TRATADO DE LAS PENAS, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1985, p.35

Hegel fundamenta la pena en el principio dialéctico, según el cual el ordenamiento jurídico representa la "voluntad general" y niega con la pena la "voluntad especial" del delincuente expresada en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad. (31)

La retribución no debe ser entendida como la venganza de la sociedad, dirigida a quien ha cometido un delito, toda vez que la retribución es un principio proporcional, que inclusive lleva implícita la idea de la expiación, es decir, la contribución del condenado, que le confirma la necesidad de la pena y le hace recuperar la propia libertad moral.

Como es de observarse las teorías absolutas encuentran el sentido y fin jurídicos de la pena sólo en la retribución, argumentando que únicamente a través de ella se hace justicia al culpable de un delito, siendo entonces la pena un mal que recae sobre un sujeto que ha transgredido el orden jurídico. A la intensidad de una lesión a un bien jurídico protegido por el derecho se responde mediante la lesión en medida

(31) HANS HEINRICH, JESCHECK, TRTADO DE DERCHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p.97

similar sobre un bien jurídico del sujeto, lo anterior se asemeja a lo dispuesto por la ley del talión -ojo por ojo diente por diente-.

Las teorías retributivas, parten de la idea de la justicia absoluta, al mencionar que cada hombre tenga, lo que sus hechos valen, cosa que puede considerarse como una utopía, pues la justicia parece ser siempre relativa. Son más los actos delictivos que quedan sin castigar que los que se castigan.

Jescheck en su obra "Tratado de Derecho Penal", manifiesta acertadamente que la idea de retribución se apoya en tres presupuestos inmanentes. El primero es que la facultad del Estado de dar al culpable aquello que se merece, sólo puede justificarse, si se reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente. El segundo presupuesto de la retribución es que exista culpabilidad y que ésta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad. La idea de retribución supone en tercer lugar que, en principio, es posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad. (32)

(32) HANS HEINRICH, JESCHECK, *op. cit.*, p.93

La más importante aportación de las teorías absolutas, consiste en que a la vez que justifican a la pena, dan a ella la garantía en la medición, al expresar que sólo dentro del marco de la justa retribución se justifica la pena, es decir, la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del delincuente (Juan Bustos Ramírez). (33)

## **9. TEORIAS RELATIVAS O DE PREVENCION**

Frente a las teorías absolutas de la pena que ven el fundamento jurídico de ésta en la retribución, surgen las teorías relativas que ven a la pena no como un fin en sí misma, sino como un medio de prevención, que aspira a impedir la comisión de delitos, protegiendo de esa manera a la sociedad. Se castiga "ut ne peccetur", para que no se delinca.

A estas teorías lo que interesa no es, a diferencia de las absolutas, la culpabilidad del delincuente, sino más bien la peligrosidad de éste y la disposición criminal latente en la comunidad. De tal suerte que al autor de un hecho delictivo no se le impone la pena que merece por su culpabilidad, sino la que necesita de acuerdo a su peligrosidad.

(33) BUSTOS RAMIREZ, JUAN. TRATADO DE LAS PENAS, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1985, p.41

A diferencia de las teorías absolutas que consideran a la pena como fin, las relativas toman a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, esto es, asignan a la pena un objetivo, y es ahí en donde encuentra su fundamento. (34)

Dos son las corrientes principales:

a) Prevención General, que tiene como sus teóricos más destacados a Bentham, Schopenhaur y Feuerbach, siendo éste último el padre de dicha corriente.

Feuerbach, que señala que se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es, mediante una intimidación o coacción sociológica respecto de todos los ciudadanos vinculó la prevención general a la conminación penal, haciendo de ella el centro de su sistema. La conminación penal tenía que producir prevención general a través de la coacción psicológica.

Antón Oneca decía, la prevención general es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo es un escarmiento en cabeza ajena. (35)

(34) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, EDIT. PORRUA, MEXICO 1981. p.306

(35) ANTON ONECA, JOSE. DERECHO PENAL, EDIT. REUS, MADRID 1920. p.90

La función de la pena viene a ser para esta corriente, la de impedir psicológicamente a todo aquel que tiene inclinaciones delictivas, que se comporte de acuerdo con ellas, a través de la conminación penal contenida en la ley y de la condena del culpable, que demuestra que para el caso de la comisión de un delito, se cumplirá con certeza la amenaza penal.

Lo imprescindible de la prevención general es la necesidad de una eficacia sobre la colectividad, eficacia que tiende a impedir el delito, se dice que la disposición criminal es un fenómeno común a todas las personas, disposición que debe ser anulada por medio de la intimidación psicológica que con la pena se logra y que se solidifica con la creación de conciencia jurídica en la sociedad, ello a través de leyes penales justas y de aplicación igualitaria. (36)

**b)** Prevención Especial, a diferencia de la general que se dirige básicamente a la comunidad, la prevención especial se dirige al delincuente, quien a través de la pena recibida, se deberá apartar de su actividad delictiva para así por medio de la educación, poder ser reincertado a la sociedad.

(36) MEZGER, EDMUNDO, TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, MADRI 1984, p.413

Von Liszt logró universalizar la prevención especial, al sostener que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la pena tendría por fin la intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización. (37)

La prevención parte de tres presupuestos inmanentes: El primero es la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, un pronóstico del comportamiento humano futuro. El segundo es que la pena se adecúe a la peligrosidad con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable al resultado preventivo. El Tercero es que a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que hay en la pena y especialmente a través de la labor sociopedagógica durante la ejecución de la pena, pueda ser combatida eficazmente la tendencia a la criminalidad.

Esta corriente llega a confundir las penas con las medidas de seguridad , partiendo del hecho de que la pena se mide no en función de la culpabilidad del

(37) ROXIN, CLAUS. INICIACION AL DERECHO PENAL DE HOY, TRADUCCION DE FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Y DIEGO MANUEL LUZON PEÑA, SEVILLA 1981, p.36

sujeto, sino que toma como punto de referencia para su medición, la peligrosidad de éste, en ese sentido, la pena se aplicara no en virtud del mal causado, sino más bien atendiendo a la peligrosidad que represente el sujeto, de tal suerte que si la posibilidad de que éste vuelva a delinquir es mínima o nula, no deberá aplicarse pena alguna, pero si por el contrario la peligrosidad es bastante aún a pesar de que el delito cometido haya sido prácticamente insignificante, la pena aplicable deberá ser alta, para poder con ello lograr la rehabilitación del delincuente, traducido ello en la seguridad de que no volvera a delinquir.

Jescheck advierte en su obra "Tratado de Derecho Penal" que a la prevención general le falta, sino se limita por el principio de culpabilidad, un criterio proporcional que limite la gravedad de la pena a imponer, pues la misma lógica de la intimidación lleva a considerar que mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen en atención a la impresión que produce en la generalidad, mayor debe ser también su eficacia. Pero realmente no es la pena más grave, sino la pena más justa en relación con lo injusto del hecho y la culpabilidad del autor la que incide en la conciencia jurídica del pueblo como fuerza configuradora de las costumbres. La prevención general por sí sola produce más perjuicio que beneficio. Frente

a la prevención especial hay que objetar que consecuentemente se debería sustituir la pena por medidas terapéuticas, pues si de lo que se trata en la administración de justicia penal fuera solamente la resocialización del delincuente, entonces sería tan absurdo la desaprobación del delito que la pena lleva implícita como la desaprobación de una enfermedad. (38)

#### **10. TEORIAS ECLECTICAS O MIXTAS**

Estas teorías tratan de fusionar los criterios retributivos con los de prevención, asociando la justicia absoluta con el fin utilitario de la pena. Buscan en la unificación de estos dos criterios, que la pena sirva para compensar la culpabilidad del delito cometido, sin que se agote en sí misma, de tal suerte que a su vez proteja a la sociedad de futuros delitos y logre así una función preventiva y reeducadora.

La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito. Pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir de modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil. (39)

(38) HANS HEINRRICH, JESCHECK, TRTADO DE DERCHO PENAL, EDIT. BOSII, BARCELONA 1978, p.97  
(39) CUELLO CALÓN, EUGENIO, "DERECHO PENAL", p.581

Importante es el planteamiento de estas teorías que ven en la pena un carácter utilitario, esto es, de prevención y reeducación, a través de la justa retribución. Ello en razón de la unión de ideas que aunque contrapuestas en el fondo, pueden por medio de un método dialéctico lograr concretar los fines que cada una de ellas atribuye a la pena, ya sean meramente retributivos por un lado o preventivos y resocializadores por el otro. aunque claro esta, ello en la medida de lo posible, toda vez que se encuentran en la imposibilidad de llevar a cabo esa fusión de ideas de forma total y absoluta, en virtud de que si bien es cierto, para la unión de prevención general y justa retribución no existe problema alguno, si lo llega a haber en lo que respecta a la unión de prevención especial y retribución ya que la pena correspondiente a la culpabilidad (justa retribución) no podra exceder por razones de prevención general o especial, siendo de esta manera inevitables las antinomias de la pena, debiendo cuando éstas se presenten, inclinarse por uno u otro principio.

## **11. JUSTIFICACION DE LA PENA**

En un Estado de Derecho, en donde la convivencia social gira en torno a la observancia o no de las normas jurídicas, la pena encuentra su justificación

precisamente en la necesidad de mantener el orden jurídico, toda vez que la pena viene a constituir parte importante de éste, pues sin ella, dejaría de ser un orden coactivo, convirtiéndose en un simple sistema propósitivo y por tanto no obligatorio.

Ahora bien, la pena entendida en un sentido estricto, como retribución, se justifica en la necesidad de la colectividad, de que se castigue a quien ha cometido un delito, pues de no llevarlo a cabo, conduciría al individuo a hacerse justicia de propia mano, por tal razón se hace necesaria la pena, para satisfacer el deseo de justicia latente en la comunidad.

Como repetidamente se ha mencionado la pena lleva implícito en su ser un mal, que se justifica en la necesidad de aplicarlo para prevenir otro aún mayor, esto es, para prevenir el aniquilamiento de la sociedad jurídicamente organizada. (40)

De igual forma la pena concebida en su aspecto reeducador o resocializador, se justifica en la necesidad social de que el delincuente por medio de ésta sea reincertado a la comunidad, una vez que haya

(40) MEZGER, EDMUNDO. DERECHO PENAL, EDIT. CARDENAS, MEXICO 1985, p.429

sido apartado de la idea de delinquir, para que de esa forma no vuelva, en la medida de lo posible, a quebrantar el orden jurídico.

La justificación de la pena reside en su necesidad para mantener el orden jurídico, entendido como una condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad. La pena es también necesaria en consideración a la persona del delincuente mismo. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es fundamental en la persona como ente moral.  
(41)

De la justificación de la pena debe distinguirse su naturaleza. La pena es un juicio de desvalor éticosocial de carácter público que recae sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica. La pena tiene por consiguiente un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal, aunque en última instancia deba beneficiar al condenado.

## **12. DIFERENCIAS ENTRE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Para algunos autores, entre ellos Von Liszt, las penas y medidas de seguridad son análogas e

(41) HANS HEINRICH, JESCHECK, TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p.90

sido apartado de la idea de delinquir, para que de esa forma no vuelva, en la medida de lo posible, a quebrantar el orden jurídico.

La justificación de la pena reside en su necesidad para mantener el orden jurídico, entendido como una condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad. La pena es también necesaria en consideración a la persona del delincuente mismo. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es fundamental en la persona como ente moral.  
(41)

De la justificación de la pena debe distinguirse su naturaleza. La pena es un juicio de desvalor éticosocial de carácter público que recae sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica. La pena tiene por consiguiente un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal, aunque en última instancia deba beneficiar al condenado.

## **12. DIFERENCIAS ENTRE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Para algunos autores, entre ellos Von Liszt, las penas y medidas de seguridad son análogas e

(41) HANS HEINRICH, JESCHECK, TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p.90

imposibles de separar, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente; sólo cabe su diferencia práctica, no teórica.

Para otros las penas y medidas de seguridad guardan marcadas diferencias, de entre las cuales destacan las siguientes:

La pena se aplica a los sujetos considerados imputables; las medidas de seguridad además de a éstos, también se aplican a los inimputables.

La pena requiere para su imposición la existencia de un delito; la medida de seguridad, la existencia de una infracción o de un estado peligroso.

La pena lleva implícito el castigo; la medida de seguridad no.

Las penas son determinadas en cuanto a su duración, pues el juzgador al imponerlas deberá ser preciso al respecto; las medidas de seguridad en lo referente a su duración son indeterminadas pues ellas duraran el tiempo necesario para la curación o la rehabilitación del individuo.

## **CAPITULO II**

### **EL MARCO JURIDICO DE LAS PENAS EN EL DERECHO MEXICANO Y SU CLASIFICACION.**

#### **1. REGULACION DE LA PENA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

La pena se encuentra directa e indirectamente regulada por nuestra carta magna, básicamente en su capítulo primero "De las Garantías Individuales", en sus artículos, 14,18,21 y 22, en las subsecuentes líneas nos referiremos a cada uno de estos párrafos.

#### **2. EL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL**

El artículo 14 Constitucional en su segundo párrafo, que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.", consagra la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal.

Este artículo contempla el principio de legalidad de la pena, que en el aforismo romano se lee "Nullum crimen, nulla poena sine lege" y que se traduce de la siguiente forma "no hay delito, ni pena sin ley", ello

implica que para la aplicación de pena alguna, ésta deberá ser determinada expresamente por la ley.

A virtud de dicho precepto, "un hecho cualquiera que no este reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete." (1)

El artículo 7 del Código penal para el Distrito Federal, señala "delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales". Por ende para que un hecho lato sensu (acto positivo u omisión) constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquélla, el acto o la omisión no tiene carácter delictivo. (2)

El principio de legalidad de la pena se robustece con la prohibición que el artículo 14 Constitucional lleva a cabo, al prohibir la imposición de pena alguna por simple analogía o por mayoría de razón.

La aplicación analógica de una pena implica necesariamente la ausencia de una disposición legal

(1) BURGEO ORIUOLA, IGNACIO. "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", EDIT. PORRUA, MEXICO 1989, p. 558  
(2) Ibidem, p. 568

exactamente aplicable al hecho de que se trate pues, como ya se apunto con anterioridad, la pena es la consecuencia jurídica del delito y este último es el acto u omisión que sanciona la ley penal, en este orden de ideas para la aplicación por analogía de una pena, se tendría que atender a una norma jurídico-penal, que guarde cierta semejanza de la conducta desplegada, de tal suerte que la misma carecería de legalidad, quebrantando por ende el principio de legalidad de la pena que el artículo en cuestión consagra.

Al prohibir el artículo 14 constitucional en su tercer párrafo la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad que el delito previsto, no estén comprendidas en ella o sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio de nulla poena sine lege. (3)

### **3. EL ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL**

Es en este precepto se establecen las bases de organización del sistema penal y se determina el

(3) *ibidem*, p.573

fin de la pena, mismo que de acuerdo a su segundo párrafo sera la readaptación social del delincuente, al señalar "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 compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto".

Como bien se puede observar en la redacción del segundo párrafo del artículo 18, nuestra Ley fundamental concibe a la pena no en un carácter retributivo meramente, sino más bien como un medio readaptador, de educación, adheriéndose con ello al criterio de las Teorías Relativas o Prevencionistas de la pena, que como ya se analizó en el capítulo precedente, buscan en la pena no el castigo, toda vez que éste por sí solo no tiene sentido, si no más bien intentan a través de la pena y por medio de la educación corregir, enmendar o rehabilitar al delincuente, partiendo de la base de que éste es un sujeto peligroso, diferente al normal y al que hay que tratar según sus peculiares características.

Nuestra Carta Magna ha conceptuado a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad,

señalándole un objetivo político y utilitario, se impone una pena, según los relativistas, "ut net peccetur" -para que no se delinca-, pretendiéndose conseguir con ello la prevención de los delitos mediante una actuación sobre el delincuente (Prevención Especial), logrando a través de la individualización intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente habitual corregible y hacer inofensivo al delincuente incorregible, separándolo de la sociedad en razón del peligro que representa para ella. De esta manera y en todos los casos, la pena debe actuar sobre el delincuente, en atención a sus peculiares características, realizando así una función preventivo-especial.

En este orden de ideas nuestra Ley fundamental da a la pena un carácter humanizador, pretendiendo antes que nada respetar la dignidad del ser humano, del delincuente, asignándole a ella un carácter resocializador, al pretender convertir al infractor de la norma penal en un ser útil a la sociedad, por medio del trabajo, capacitándolo y educándolo para vivir en armonía con los que le rodeen, desprendiéndose así, la obligación del Estado de crear un aparato carcelario en donde al purgarse la pena (privativa de libertad), se cuente con personal capacitado que desempeñe un trabajo digno, contando también con bibliotecas en donde el

sentenciado pueda, una vez incentivado para ello, hacerse el hábito de la lectura, enriqueciendo así su cultura y contribuyendo también al desarrollo de su patria.

El multicitado artículo 18 Constitucional, en su primer párrafo señala que los lugares destinados para hacer efectivas las penas privativas de libertad, se organicen y clasifiquen de manera que se separe a aquellos que compurgan una pena, de los que se encuentren privados de su libertad preventivamente, esto es, aquellos de los cuales se ha comprobado su responsabilidad en la comisión de un delito y se les ha sentenciado a que cumplan una pena de prisión; de los que por ser presuntos responsables en la comisión de un delito, que amerite pena privativa de libertad (corporal), se encuentren privados de su libertad de manera preventiva (como medida de seguridad), para que no se sustraigan a la acción de la justicia y se eviten efectos colaterales. De lo anterior se desprende también que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a "prisión preventiva", de tal suerte que si el delito amerita pena alternativa o pecuniaria, en el transcurso del proceso no podrá privarse de la libertad al inculpado.

De igual forma el segundo párrafo de este artículo establece la separación de los presos por su sexo, debiendo estar las mujeres, en un lugar separado de aquél en que se hallen los hombres. Así pues, la Constitución da la pauta para que las prisiones se organicen internamente, clasificando a los reclusos por su sexo, por su peligrosidad, por el delito cometido, por su edad, etc., para así lograr de una manera más eficaz aplicar en razón de esa coordinación, el tratamiento adecuado a todos y cada uno de los delincuentes para poder llegar finalmente, en la medida de las posibilidades, a su resocialización, así como a eliminar de la sociedad a aquéllos que por su peligrosidad no sea posible rehabilitar.

#### **4. EL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL**

Pasemos ahora al artículo 21 Constitucional, que expresa en su primer párrafo el principio de que "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial". Esta disposición establece la garantía de seguridad jurídica, que protege al individuo en el sentido de que ninguna autoridad distinta de la judicial podrá imponerle pena alguna, esta disposición se complementa con lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley Suprema, que señala que en los juicios del orden criminal (penal) no se podrá imponer

"pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trate", y que garantiza al delincuente el hecho de que la pena que le imponga la autoridad judicial deberá ser aquella que el Código penal establezca específicamente para el delito que haya cometido.

Burgoa Oriuela, expresa que "para los efectos del artículo 21 Constitucional, se entiende por autoridades judiciales, aquellas que lo son desde un punto de vista formal, es decir, reputada legal o constitucionalmente como integrante del Poder Judicial de la federación o de los poderes judiciales locales." (4)

Sólo la autoridad Judicial en ejercicio de su función jurisdiccional, deberá, una vez cumplidas las formalidades del procedimiento, imponer al culpable de un hecho delictivo la pena o las penas que el Código Penal señale específicamente para el delito cometido, asegurándose de esa manera el cumplimiento de las garantías de seguridad jurídica que en favor de los gobernados establece nuestra Carta Magna en sus artículos 14 y 21.

(4) "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", MEXICO 1989, p. 642

## **5. EL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL**

En este artículo se prohíbe la imposición de una serie de penas que denigran la integridad y dignidad humana, establece pues la garantía jurídica que asegura a los gobernados que hayan cometido un hecho delictivo, que no serán en ningún momento objeto de las penas que en el se señalan, cuando a la letra dice: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía premeditación o ventaja, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Más adelante analizaremos cada una de las penas que nuestra Ley Fundamental prohíbe en su artículo 22, por el momento nos limitaremos a mencionar que al proscribir nuestra Constitución las penas mencionadas, confirma con ello el criterio prevencionista consistente en concebir a la pena no como un mero castigo que se impone al delincuente con carácter vengativo, sino más bien como un medio a través del

cual se logre la readaptación social del mismo en los casos que ello sea posible y en los que no, relegarlo o eliminarlo de la vida social, sin necesidad de privarle de la vida, pues es una total aberración el hecho de que la Ley a la vez que prohíbe privar de la vida al individuo, lo lleve a cabo para deshacerse de los sujetos nocivos a su desarrollo armónico.

## **6. CLASIFICACION DE LAS PENAS**

Bastantes y muy diversas son las clasificaciones que se han hecho de las penas, a continuación mencionaremos las que consideramos como más importantes.

## **7. CLASIFICACION CIENTIFICA**

Giuseppe Maggiore lleva a cabo lo que él denomina, Clasificación Científica de las Penas (5) y que se divide en tres grupos:

### **Según el Bien Jurídico de que Privan al Condenado.**

La primera clasificación tiene lugar conforme al

(5) MAGGIORE, GIUSEPPE. DERECHO PENAL, VOLUMEN II, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1972, .p. 272 y sigs.

criterio de la calidad del bien jurídico injuriado por el delincuente, que es el que determina la naturaleza de la pena. Existiendo así cuatro clases de penas: capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias.

**Según los Delitos a que se Refiere.**

Atendiendo a los delitos a que se refiere, el sistema tripartita francés, estableció tres ordenes de penas: las criminales, las correccionales y las de policía, correspondientes a las tres categorías de ilícitos penales, es decir, a los crímenes, a los delitos y a las contravenciones.

**Según el Efecto que Producen.**

Por lo que hace a los efectos que producen, se distinguen en eliminatorias y correctivas. Las primeras ponen al culpable definitivamente fuera del consorcio social, quitándole toda posibilidad de delinquir (pena de muerte y presidio de por vida). Las segundas tienden a obtener la rehabilitación social del delincuente, sin eliminarlo (prisión), o aminorando su patrimonio (multas) o restringiendo su capacidad jurídica (interdicción).

Las penas también se clasifican según la importancia de las mismas, por lo cual se distinguen penas que por su importancia, tienen vida autónoma y se infligen solas, y penas que se unen, como complementarias y accesorias, a las primeras. (6)

#### **8. ATENDIENDO A LA NATURALEZA DEL BIEN JURIDICO QUE PRIVAN Y A SU GRAVEDAD**

Para Gustavo Lobatut Glana las penas se clasifican, según el punto de vista que se considere (7), de la siguiente manera:

**Atendiendo a la Naturaleza del Bien Jurídico que Privan, se dividen en:**

a) Penas Corporales, que recaen sobre la vida o la integridad corporal (muerte, azotes).

b) Penas Privativas de Libertad o de encierro, que se cumplen en un establecimiento carcelario y sujetan al penado a un régimen disciplinario especial (presidio, reclusión, prisión).

c) Penas Restrictivas de la Libertad, que

(6) MAGGIORE, GIUSEPPE. op. cit., p. 274 y sigs.

(7) LOBATUT GLANA, GUSTAVO, "DERECHO PENAL", EDICIONES JURIDICAS DE CHILE, CHILE 1972. p.239

coartan la libertad ambulatoria del condenado en lo que respecta principalmente a la elección del lugar de residencia o le imponen ciertas obligaciones (confinamiento, extrañamiento, relegación, destierro, sujeción a la vigilancia de la autoridad).

d) Penas Privativas de Derechos, que incapacitan al penado para el ejercicio de determinados derechos y actividades que la ley señala (inhabilitación, suspensión y otras interdicciones).

**En Atención a su Gravedad y en Concordancia con la División Tripartita de los Delitos:**

a) Penas de Crímenes (muerte, presidio, reclusión y relegación perpetua).

b) Penas de Simples Delitos (reclusión, confinamiento).

c) Penas de Faltas (prisión e inhabilitación).

#### **9. CLASIFICACION DE LAS PENAS DE ACUERDO A SU IMPORTANCIA, A SU FORMA DE APLICACION, AL DERECHO AFECTADO Y A SU DURACION**

Alfonso Reyes Echandia clasifica las penas según cuatro aspectos distintos a saber: (8)

(8) REYES ECHANDIA, ALFONSO. LA CULPABILIDAD, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1988, p.52 y sigs.

**De Acuerdo con su Importancia: desde este punto de vista las penas son principales y accesorias.**

Principales: aquellas penas que se imponen siempre en una sentencia judicial con independencia de cualesquiera otras; tales como la de la muerte o la de privación de libertad.

Accesorias: las que se irrogan como complementarias de la pena principal, a la cual acceden; es posible aplicarlas simultáneamente o sucesivamente a la principal y son más leves que aquella; (caución de buena conducta o la suspensión de patria potestad).

**De Acuerdo con su Forma de Aplicación las Penas son Simples y Compuestas.**

Cuando una infracción penal tiene prevista solamente una pena, ésta recibe el nombre de Simple.

Si para un hecho punible determinado la Ley señala varias penas, dicese que estas son Compuestas, estas a su vez se dividen en:

Copulativas: aquellas penas que se aplican conjuntamente, de tal manera que en la sentencia el juez debe imponerlas todas.

Alternativas: son aquellas especies de penas compuestas en relación con las cuales el juez puede escoger entre las que la Ley señala, la que considere conveniente.

Facultativas: aquellas penas entre las que el fallador puede escoger, después de haber impuesto una de carácter obligatorio. Trátase, por lo general, de las penas accesorias.

Nuestro Código Penal en relación a estas penas ha tenido a bien incluirlas, tal es el caso de los delitos de abogados, patronos y litigantes, contemplados en el artículo 231, en los que además de las penas señaladas por ese precepto se "podrá", al libre albedrío del juzgador, imponer la pena señalada en el artículo 232, siempre y cuando la conducta desplegada se adecúe además, a las hipótesis que describe.

Otra clasificación de las penas de acuerdo con su aplicación es la de Divisibles e Indivisibles.

Son Divisibles las penas que se pueden fraccionar cuantitativa o temporalmente; la divisibilidad es cuantitativa respecto de las penas pecuniarias, cuando el legislador deja al arbitrio del juzgador el fijar su monto dentro de un mínimo y un máximo taxativamente

señalado. La divisibilidad, en cambio, es temporal en relación con las penas que afectan la libertad personal, cuando la Ley señala el periodo de su duración entre dos límites, mínimo y máximo.

La pena es Indivisible en el caso que sea imposible fraccionarla, ya porque el propio legislador ha fijado concretamente la cantidad o duración de la pena que debe aplicarse con esa rigidez, o bien porque se trate de penas que por su propia naturaleza no son susceptibles de división, como la de prisión perpetua o la de muerte.

En relación a esta clasificación de las penas, es menester apuntar que el Código Penal para el Distrito Federal, es flexible en cuanto que permite la divisibilidad de las penas al arbitrio del juzgador, siempre y cuando se maneje entre el mínimo y el máximo que establece para cada delito.

Por lo que hace a las penas pecuniarias, en algunos casos ya se establece el principio del día multa, que consiste en imponer una multa en razón del salario mínimo y un máximo de días multa que el Código prevé para el ilícito cometido (lesiones, artículo 289). Asimismo en algunos casos el Código se ha vuelto obsoleto, ya que si bien es cierto permite la

divisibilidad cuantitativa de la pena de multa, lo hace en función de establecer cantidades en dinero (mínima y máxima), que vienen a resultar hoy en día irrisorias, verbigracia las lesiones contempladas en el artículo 290 del Código Penal para el Distrito Federal, que establecen además de prisión, multa de cien a trescientos pesos. En algunos otros casos nuestro ordenamiento penal establece la multa en atención al salario mínimo, señalando para su imposición un mínimo y un máximo en veces de salario mínimo, situación que adolece de ser justa, toda vez que para el rico no representa un gran problema, en tanto que para el de escasos recursos económicos en variadas ocasiones convierte a la pena en trascendental, al verse la familia en la necesidad de reunir el dinero, afectando severamente su economía, para pagar la multa.

Por lo que hace a la divisibilidad temporal, el Código penal permite al juzgador imponer la pena privativa de libertad que considere pertinente, siempre y cuando se maneje dentro del mínimo y el máximo que para el delito de que se trate, señale específicamente el Código.

**De acuerdo con el Derecho Afectado:**

En atención a esta clasificación, las penas pueden ser:

Extintivas, Corporales, Infamantes, Privativas, Interdictivas y Pecuniarias.

**a)** Penas Extintivas: consisten en la supresión de la vida del condenado. La muerte del autor de la ofensa debió constituir la reacción primaria del hombre en sociedad, era la venganza natural del propio ofendido o de su familia, o de quien detentaba el poder, contra el delincuente, más tarde se impuso en nombre de la autoridad o de la divinidad.

**b)** Las Penas Corporales: son aquellas que afectan la integridad fisiológica del condenado y cuya aplicación produce dolor físico (mutilación de brazos, piernas, lengua, azotes).

**c)** Penas Infamantes: aquellas cuya aplicación lesiona el honor y la dignidad del condenado sin afectar su organismo. (muerte civil, degradación, relegación).

**d)** Penas Privativas de Libertad: aquellas que suprimen temporal o indefinidamente la libertad personal, vinculada al ejercicio de derechos individuales (convivencia sexual), políticos (elegir o ser elegido) y civiles (contratar), mediante el

internamiento del condenado en establecimientos especiales.

●) Penas Restrictivas de Libertad: se caracterizan porque limitan el ejercicio de la libertad personal en alguna de sus manifestaciones.

f) Penas Interdictivas: consisten en privar al condenado, temporal o definitivamente, del ejercicio de ciertos derechos civiles o políticos.

g) Penas Pecuniarias, esta clase de penas afectan el patrimonio económico del condenado (multa).

**De Acuerdo a su Duración: las penas pueden ser perpetuas o temporales, determinadas o indeterminadas.**

Son Perpetuas, aquellas penas cuya duración sólo se extingue con la vida del condenado.

Temporales, aquellas penas cuya duración está precisamente delimitada en la sentencia de condena y corresponde a un determinado número de años.

En relación a esta forma de clasificación nuestro ordenamiento penal, le da a la pena el carácter de temporal, toda vez que aplicándose este principio a la

pena privativa de la libertad, ésta se encuentra en todos los casos determinada por un número de años mínimo y máximo.

Pena Determinada, es semejante a la pena temporal, aunque tiene radio de acción más amplio porque se refiere a tres momentos: el legislativo, en el que normalmente se fija el mínimo y el máximo de duración de la pena en relación con el hecho punible descrito en un tipo; el judicial, que corresponde a la concreta cantidad de pena que el juez debe señalar con la sentencia condenatoria; y el administrativo o penitenciario, cuando es a dicho organismo del Estado al que corresponde determinar la duración de la pena que debe descontar un condenado.

Pena Indeterminada, supone que en alguno o en todos los tres momentos precedentemente indicados no se precise el término de duración de la pena. Esa indeterminación puede ser absoluta o relativa; aquélla implica que el lapso de la condena depende exclusivamente de factores ajenos a la Ley, generalmente vinculados a la persona del reo, a su rehabilitación; ésta exige una determinación cronológica de la pena en su mínimo o en su máximo, según el extremo fijado en la ley.

## **10. DE LAS PENAS EN PARTICULAR Y SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal, establece cuales son las penas y medidas de seguridad que podrán aplicarse a los delincuentes, claro está, en función de la que para cada delito se establece en el precepto correspondiente.

Pasaremos ahora a analizar cada una de las penas en particular, no sólo aquellas que establece nuestro ordenamiento punitivo, sino también las no contempladas en el mismo.

### **LA PENA DE MUERTE**

Pena que ha sido motivo de acalorados debates y que su estudio requiere de todo un tratado, más sin embargo en el presente trabajo intentaremos analizarla lo más someramente posible, enunciando de forma por demás breve sus principales características.

Es la pena extintiva por excelencia, pues implica la supresión de la vida del condenado.

La Pena de Muerte en nuestro Derecho Mexicano, es inoperante, aún a pesar de que la Constitución en su

artículo 22, tercer párrafo la permite sólo para algunos casos, el Código Penal y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no la contemplan, el ordenamiento sustantivo no hace alusión a ella para ninguna de las conductas delictivas que contempla, en tanto que el ordenamiento adjetivo no establece procedimiento alguno para su aplicación, confirmándose con ello su inoperancia en nuestro Derecho Positivo.

Fue César Beccaria, quien en su tratado de los delitos y de las penas, inició una tarea un poco difícil, al demandar la abolición de la pena de muerte, a él se unieron una serie de eruditos en la materia y sólo pocos son los que a la fecha están a favor de ella.

Es la pena máxima, reservada para los delitos más graves y para los delincuentes más temibles. Las discusiones sobre la pena de muerte, dice Giuseppe Maggiore, oscilan alternativamente alrededor de tres puntos: utilidad, necesidad y justicia.(9)

El principio de utilidad suele intervenir en este problema de tres modos:

(9) SAUER, GUILLERMO. DERECHO PENAL, TRADUCIDO POR JUAN DEL ROSAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1956, p. 392

a) Utilidad del Delincuente. Haría este un buen negocio poniendo la cabeza bajo la cuchilla o metiéndola en un lazo corredizo, para exhalar en un fiat el último suspiro, en vez de pasar toda su vida sepultado vivo en un presidio.

b) Utilidad Social. Esta le prestaría de veras dos servicios al cuerpo social, pues lo libraría de la presencia peligrosa del delincuente, y les quitaría a los malos el deseo de delinquir, haciéndolos incorruptibles, bajo la acción del terror.

c) Así mismo se hace necesaria la pena de muerte, dice Maggiore, para eliminar de la sociedad a aquellos delincuentes incorregibles. Por lo que hace a la justicia, traducida en dar a cada quien lo suyo, su derecho, lo que merece, señala que sólo la sangre del reo puede rescatar la sangre de la víctima y aplicar la cólera de Dios por el delito cometido.

La pena de muerte, dice Guillermo Sauer, es poco apropiada para satisfacer los fines de la pena como lo son la resocialización del delincuente, esta pena se agota en la seguridad de su imposición y en la intimidación. (10)

(10) SAUER, GUILLERMO. DERECHO PENAL, TRADUCIDO POR JUAN DEL ROSAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1956, p.392

Son muchos los argumentos que en contra y en favor de la pena de muerte se han vertido, de entre ellos destacan por su importancia los que a continuación señalaremos. (11)

Argumentos que se esgrimen en favor de la pena de muerte:

Se dice que es eficaz, porque elimina definitivamente la posibilidad de que el reo vuelva a delinquir, previendo con ello la delincuencia. Este argumento se cumple inevitablemente, pero en un sistema penal moderno, que busca la humanización de las penas a tal grado que se logre a través de ellas una función preventiva, primitiva es su aplicación pues cómo es posible que a la vez que prohíbe la privación de la vida, el mismo la lleve a cabo.

Es ejemplar por el impacto sociológico que ejerce sobre el conglomerado social, ya que ante el temor de su aplicación, los destinatarios de la ley penal y potenciales delincuentes se abstienen de cometer aquellos delitos sancionados con la muerte. La experiencia en su aplicación a través de los años demuestra que para los delincuentes potenciales no

(11) REYES ECHANDIA, ALFONSO. LA PUNIBILIDAD, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1978, p.55 y sigs.

implica en momento alguno intimidación, sino por el contrario finca un reto a vencer, con la firme idea de burlar a la justicia al cometer sus fechorías. Bien sabido es que en los países en que aún se aplica, el índice de delincuencia no disminuye, sino por el contrario cada día va en aumento.

Guarda absoluta proporción respecto del delito de homicidio, en relación con el cual generalmente se aplica. Con esta aseveración se llega al grado de aceptar que en la actualidad se siga aplicando la ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente), concibiéndose a la pena como la venganza que sigue al mal causado.

Constituye una forma de legítima defensa de la comunidad ante los delincuentes más peligrosos. Se ha comprobado que el delincuente potencial, es un ser anormal, enfermo, que requiere no de un castigo brutal como lo es la pena de muerte, sino más bien de un tratamiento adecuado que, en la medida de lo posible, logre su inserción armónica a la vida social. Cómo entonces se puede considerar legítima defensa; ante un ser psicológicamente enfermo que requiere de tratamiento, no de rechazo que engendre en él un odio más severo hacia la sociedad.

Se expresa finalmente, que es necesaria para garantizar la seguridad del Estado cuando atenta contra ella.

#### Argumentos en Contra de la Pena de Muerte

Es una pena desigual respecto de todos los delitos, quizá excepción hecha del homicidio y por consiguiente vulnera el principio de proporcionalidad.

Es irreversible y por lo mismo hace imposible la reparación de humanos errores judiciales; en efecto, la verdad procesal no siempre corresponde a la verdad real. "La justicia humana, siendo relativa necesita de penas igualmente relativas, graduales y eventuales reparables; la de muerte es absoluta " (Cuello Calón).

La pena de muerte es ilegítima, porque ni el hombre ni el Estado en representación de la sociedad tienen el derecho de suprimir vidas humanas. Hasta el hombre más perverso, hundido en el delito, puede surgir de su abyección y redimirse en virtud de su arrepentimiento.

La Pena Capital no intimida, quizá atemorice a los ciudadanos pacíficos, quienes no delinquirían aún cuando tal pena no existiera; pero no hace mella a los delincuentes habituales y en ella no piensan los

pasionales en el instante en que el turbión emotivo los impulsa. La certeza de un castigo apuntaba Beccaria, aunque sea moderado, impresionará más que otro terrible unido a la esperanza de la impunidad.

Esta pena elimina toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del reo.

Las estadísticas criminales de aquellos Estados en donde se aplica la pena de muerte, no muestran disminución de la criminalidad relativa a los delitos sancionados con ella.

La pena de muerte constituye una bárbara represalia del Estado contra el delincuente. Beccaria señalaba que si las pasiones o necesidades de la guerra enseñaban a los hombres a derramar sangre, la ley moderadora de la conducta humana no debiera aumentar el fiero ejemplo, tanto más funesto, cuanto la muerte legal se impone meditada y formalmente; me parece absurdo -agrega el autor- que las leyes que constituyen la expresión de la voluntad pública que detesta y sanciona el homicidio, lo consuman ellas mismas, y que para alejar al ciudadano del asesinato, lo ordenen públicamente.

Si los delincuentes más peligrosos son aquellos que presentan graves trastornos biosíquicos y morales

hasta el punto de considerárseles como social y clínicamente patológicos, entonces lo que corresponde es tratarlos como enfermos y no condenarlos a muerte.

La pena de muerte supone una renuncia del Estado a resocializar al delincuente. Resulta paradójico que hoy, cuando la ciencia ha despejado muchos de los que hasta hace poco fueron misterios del organismo y del psiquismo humanos, cuando el origen de casi todas las anomalías biosíquicas se han descubierto y su curación es cada vez más completa, cuando la psicología ha hecho avances prodigiosos en el estudio de la personalidad y predicción de la conducta futura; cuando la penología - gracias a estos adelantos científicos- se orienta decididamente hacia su humanización, tenga que recurrirse a la supresión de la vida como único medio para evitar que un hombre vuelva a delinquir.

#### **PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

Consiste en la privación de la libertad mediante el encerramiento del reo en un establecimiento penal con o sin obligación de trabajo; hoy es la pena por excelencia frente a la criminalidad más grande. (12)

(12) MEZGER, EDMUNDO, "TRATADO DE DERECHO PENAL", 89, Madrid España, p. 389

La pena de privación de la libertad permite la más fina individualización según la peculiaridad del autor del hecho, así como la mejor graduación según la clase, gravedad y duración, con acomodación del grado del injusto y culpabilidad. (13)

La pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria), en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y, por lo común sujeto a la obligación de trabajar. Es el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal de todos los países, siendo un medio adecuado para la reforma y resocialización de los delincuentes. (14)

Las Penas Privativas de Libertad: son aquellas que suprimen temporal o indefinidamente la libertad personal, vinculada al ejercicio de derechos individuales, políticos y civiles, mediante el internamiento del condenado en establecimientos especiales. (15)

Las Legislaciones suelen distinguir varias

(13) SAUER, GUILLERMO, "DERECHO PENAL", BARCELONA 1956, p. 393

(14) CUELLO CALÓN, EUGENIO, "LA MODERNA PENOLOGIA", BARCELONA 1974, p. 258

(15) REYES ECHANDIA, ALFONSO, "LA PUNIBILIDAD", COLOMBIA, 1978, p. 67

especies, tales como el presidio, la reclusión, la prisión y el arresto, diferenciables entre sí por aspectos tales como su duración, el establecimiento donde se cumplen, el régimen disciplinario o laboral o determinadas consecuencias jurídicas que de su imposición se desprenden.

Nuestra Carta Magna en su artículo 18, emplea equívocamente el término "corporal", para hacer alusión a la pena privativa de libertad, pues como ya mencionamos las penas corporales son aquellas que afectan directamente la integridad fisiológica del individuo y cuya aplicación produce dolor físico, en tanto que la segunda se caracteriza porque limita el ejercicio de la libertad ambulatoria.

México ha adoptado el sistema de la pena única. El Código Penal para el Distrito Federal no distingue entre penas privativas de libertad, señala sólo una, la prisión que en cada hecho delictivo en concreto, difiere sólo en lo que hace a su duración.

Conforme a este sistema, se logra de manera bastante considerable la individualización de la pena, pues para su imposición, además de atenderse a la gravedad del hecho delictivo perpetrado, se atiende también a la personalidad del condenado, determinando

así el tratamiento que lo lleve a la readaptación social buscada.

La Pena Unica no debilita ni desorienta el sentimiento de justicia, el pueblo desconoce las diferencias jurídicas y legales que existen entre las diversas clases de penas privativas de libertad, que el delincuente sea condenado a un número de años de prisión proporcionado a la gravedad de su delito, esto es, lo que satisface a la justicia.

Sus oponentes la critican por su regresivo sabor a castigo, en razón del encerramiento físico que envuelve; por la esterilización de rutina de la vida carcelaria, por el pasivo sometimiento a una disciplina que automatiza en vez de preparar para la vida de relación; por las perturbaciones bio-sicológicas que genera (psicosis carcelaria, aberraciones sexuales, angustia); porque en una atmósfera artificial de pérdida de libertad se debilita la capacidad de autorregulación; porque en vez de evitar delincuencia futura prepara al reo para nuevas formas de reincidencia, porque pretende resocializar mediante el mecanismo ilógico de separar de la sociedad al condenado. (16)

(16) REYES ECHANDIA, ALFONSO. LA PUNIBILIDAD, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1978, p. 70

Se ha considerado a las prisiones como verdaderas escuelas del crimen, por el ambiente nocivo que suele predominar en ellas, se dice entonces que el que tenía inclinaciones delictivas al llegar a la prisión las reafirma, y el que no las tenía, las adquiere.

La prisión origina grandes males, separa al recluso de la sociedad, de su familia, amigos, su contacto con el mundo exterior cesa por completo. La prisión agrava sus tendencias antisociales y crea en el preso un espíritu hostil y agresivo contra la sociedad.

Cuello Calón, señala que los presos se encuentran en un estado de compresión psicológica, tendiendo continuamente a romper esa resistencia, y tal tendencia se manifiesta aveces de una manera dramática, en evasiones, ataques al personal, motines y por que no agregar, en la comisión de ilícitos que van hasta el homicidio en contra de sus compañeros. (17)

La prisión, en la mayoría de los casos, no mejora al preso; la finalidad educativa se alcanza raras veces y con gran frecuencia el penado sale de la prisión más perverso y corrompido de lo que entró, de tal suerte que la prisión lejos de educar al delincuente, hace de él un reincidente.

(17) CUELLO CALÓN, EUGENIO, "LA MODERNA PENOLOGIA", BARCELONA 1974, p.615

Aún a pesar de todos los males que hasta la fecha encierra la prisión, esta desempeña una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado sean hasta ahora poco satisfactorios, es innegable que un tratamiento reformador sólo es aplicable bajo un régimen de prisión, pero organizado bajo las bases de la resocialización que contemple un número de exigencias mínimas de carácter humano, una clasificación de los condenados a ella y la aplicación del tratamiento adecuado para el cumplimiento de su finalidad, la reinserción social del individuo.

Así pues ese conjunto de exigencias mínimas deberán ser las siguientes:

-Los hombres y las mujeres deben de ser reclusos en establecimientos diferentes o en su caso estar separados.

-Una clasificación de reclusos, encaminada a facultarles el tratamiento adecuado.

-Los privados de su libertad en forma preventiva deben estar separados de los que conpurgan una pena.

-la existencia de un régimen de asistencia moral, religiosa, social e intelectual.

-Un régimen de trabajo.

-Un régimen sanitario y alimenticio adecuado.

-Un régimen disciplinario con carácter humano.

Clasificación significa, no solamente la distribución de los penados en los establecimientos en grupos de análogas características, sino además el examen y estudio de su personalidad para su tratamiento y reeducación y el plan o procedimiento para su readaptación social. Sólo así, expresa Cuello Calón, se logrará el fin de la pena, es decir, la readaptación social del delincuente. (18)

Finalmente cabe analizar el problema de las penas largas y cortas de prisión.

La Pena Larga y Corta de Prisión son dos extremos que deben combatirse; la pena larga porque se convierte en una simple eliminación del sujeto, siendo superfluos los esfuerzos para integrarlo a la sociedad

(18) CUELLO CALON, EUGENIO. LA MODERNA PENOLOGIA, EDIT. BOSH, BARCELONA 1974, p.

y en este sentido, "la prisión es la expulsión del grupo; es el destierro a un país peor que el que existe fuera de prisión".

Se consideran como penas cortas de prisión, las que no permiten por su breve duración, límite de tiempo y aplicación, lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación del delincuente. (19)

Las Penas Cortas de Prisión carecen de ventajas, y se reúnen en una notable variedad de desventajas entre las que encontramos, que no existe tratamiento, son inútiles para obtener la corrección del culpable, falta de sentido intimidatorio especialmente para los delincuentes habituados a ella, no reporta ninguna utilidad o beneficio, estigmatizan al delincuente. (20)

Es entonces importante que las penas cortas privativas de libertad sean sustituidas por otras penas que no causen los efectos nocivos de estas. Así el Código Penal para el Distrito Federal, contempla la sustitución y conmutación de la pena de prisión por trabajo en favor de la comunidad, semilibertad, tratamiento en libertad o por multa, ello en

(19) RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, "LA CRISIS PENITENCIARIA Y LOS SUSUTITUTIVOS PENALES", MEXICO 1984, p. 14  
(20) *Ibidem.*, p.15

función de la duración de la pena que en el peor de los casos para ser sustituida no deberá exceder de 5 años.

Como es de observarse la pena privativa de libertad, trae consigo un sin número de males, pero pensar en su abolición es utópico, pues la prisión desempeña una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado han sido poco satisfactorios, es innegable que un tratamiento reformador sólo es aplicable bajo un régimen de prisión; además la prisión intimida a delincuentes y no delincuentes en cantidad imposible de precisar, y es medio irremplazable para evitar, al menos temporalmente, la perpetración de nuevos delitos. (21)

### **PENAS PECUNIARIAS**

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal expresa: "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño".

"La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días multa, los

(21) CUELLO CALON, EUGENIO. LA MODERNA PENOLOGIA, EDIT. BOSH, BARCELONA 1974, p.623

cuales no podrán exceder de quinientos. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".

Así mismo se señala en este precepto el límite inferior del día multa, que será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito.

Para el caso de que no se pueda pagar la multa, el artículo en cuestión prevé su sustitución por prestación del trabajo en favor de la comunidad.

Artículo 30.- La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuera posible, el pago del precio de la misma.

II. La indemnización del daño material y moral de los perjuicios causados; y

III. Tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o de los bienes obtenidos por el delito.

Las penas pecuniarias: Son aquellas que afectan el patrimonio. Estas penas, para el rico equivalen a la

impunidad y para el pobre constituyen un verdadero sufrimiento y acaban por abrirle las puertas de la cárcel, por lo que adolecen en grado eminente del vicio de la desigualdad. Se trata de remediar este defecto proponiendo hacer la cantidad de la pena, proporcional a las condiciones económicas y al patrimonio del condenado. (22)

Penas Pecuniarias, son aquellas que afectan el patrimonio del delincuente. Básicamente son dos: La multa y el decomiso y para algunos la reparación del daño, como es el caso de nuestro Código Penal.

El Código Penal para el Distrito Federal contiene el sistema de aplicación del día-multa, en el cual el condenado a esa pena debe de pagar de acuerdo con sus ingresos diarios.

Sus partidarios le encuentran las siguientes ventajas: Sustituye adecuadamente las penas cortas de privación de libertad; es flexible porque puede adecuarse a las condiciones económicas del condenado, no degrada ni deshonra pues permite satisfacerla sin abandonar las normales actividades que el condenado desarrolla en el grupo social; puede convertirse en otra pena en caso de insolvencia del condenado.

(22) FLORIAN, EUGENIO. PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1968, p.141

## **PENAS CORPORALES**

Son aquellas penas que afectan el bien jurídico de la integridad física de la persona. Actualmente abolidas por nuestra Carta Magna, son inoperantes en México.

La pena corporal es nefasta, no sólo porque implica supresión o alteración brutal y dolorosa de órganos o miembros del cuerpo humano, sino porque además lesiona la dignidad humana del condenado, que no deja de ser persona así haya cometido el peor de los delitos.

Cabe hacer nuevamente la observación de que nuestra Carta Magna utiliza erróneamente, en su artículo 18, la expresión "pena corporal", para hacer alusión a la "pena privativa de libertad". Tal observación nos permitimos llevar a cabo en atención a que como ya se ha mencionado, ambas penas son de naturaleza distinta, las primeras tienden a causar un sufrimiento o dolor físico en la persona del condenado (23), y actualmente se encuentran prohibidas por el ordenamiento legal invocado; en tanto que la segunda afecta la libertad ambulatoria del sentenciado, sin producir con ello dolor físico alguno, y en nuestra legislación ocupan el primer lugar en importancia.

(23) FONTAN BALESTRA, CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. ABELEDO FERROT, TOMO III, BUENOS AIRES 1980, p. 302

Carrancá y Trujillo expresa que las penas corporales (mutilación, azotes, apaleo, etc.) constituyen una servicia inútil y hasta contraproducente, ya que reviven en el delincuente los sentimientos antisociales que le llevaron a delinquir, lo humillan y lo embrutecen. (24)

En esta época, en que se proclama con firme convicción el respeto a la persona del condenado y a su dignidad humana, no es posible aceptar una pena que la ofenda con la mayor violencia.

La opinión dominante las repudia, pues repugna a la conciencia pública. Constituyen una servicia inútil, produciendo un efecto desmoralizador sobre las personas honradas y resultando inocuas para los delincuentes. No son útiles a los fines de la pena.

#### **PENAS ALTERNATIVAS**

Son aquellas especies de penas compuestas en relación con las cuales el juez puede escoger entre las que la Ley señala, la que considere más conveniente; esa alternatividad es homogénea o heterogénea, según que las penas susceptibles de imponerse sean de la

(24) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO, MEXICO 1977, p.684

misma o de distinta especie; el Código Penal para el Distrito Federal sólo contempla la segunda hipótesis, cuando las penas imponibles a escoger son de distinta especie (prisión o multa o ambas). (25)

En nuestro sistema penal, como ya se mencionó, esa homogeneidad de que se habla respecto de que un delito se sancione con penas de presidio o de prisión no se da, toda vez que nuestro ordenamiento punitivo se ha adherido a la corriente que pugna por la unificación de las penas privativas de libertad, contemplándolas en sólo una, la privación de libertad (prisión), misma que varía solamente en función a su duración en virtud del delito de que se trate.

Las penas alternativas revierten gran importancia en nuestro ordenamiento penal, pues se les contempla para varios de los delitos ahí incluidos, con lo que podemos advertir la libertad que el legislador otorgó al juzgador para elegir de entre las opciones señaladas, la que considerará más adecuada en función del análisis que de la personalidad del delincuente haya llevado a cabo, teniendo como meta la rasocialización del mismo.

(25) REYES ECHANDÍA, ALFONSO. LA PUNIBILIDAD, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ, 1978, p.53

Estas penas son también de especial importancia para nuestro estudio, pues como más adelante lo señalaremos el artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal establecía, hasta antes de la reforma entrada en vigor en febrero de 1994, que "en caso de reincidencia se aplicará al reincidente la pena privativa de la libertad", con lo que se desvirtuaba la naturaleza misma de la pena alternativa toda vez que se le estaba convirtiendo en pena privativa de la libertad.

Esta situación riñe necesariamente con la garantía constitucional que expresa, que en los juicios del orden criminal deberá imponerse la pena exactamente aplicable al delito de que se trate, en razón de que si el delito cometido ameritaba pena alternativa, en el caso de reincidencia y en atención a lo establecido por el citado artículo 65, el juzgador debía imponer al reincidente la pena privativa de libertad y con ello se le quitaba toda posibilidad de elegir entre las opciones que dicha alternatividad le otorgaba, la que considerará más adecuada. Además de que por tratarse de una pena privativa de libertad (corporal), como lo señala el artículo 18 Constitucional tendría lugar la prisión preventiva.

## 11. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El derecho penal no sólo es un medio de represión y lucha contra la delincuencia. Si ésta doble tarea se lleva a cabo con la aplicación de penas propiamente dichas y medidas de seguridad, estaremos hablando de un derecho penal dualista o de la doble vía del derecho penal.

Como ya mencionamos en el capítulo que precede, las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad del delincuente, entiéndase por peligrosidad la probabilidad que se produzca un resultado, es decir, de que se cometa un delito por parte de una determinada persona.

El interés de evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad; es de naturaleza preventiva especial. El delincuente es el objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible. (26)

Las medidas de seguridad no pueden ser

(26) MUÑOZ CONDE FRANCISCO, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, BARCELONA 1975, p. 39

impuestas sino después de la ejecución de un delito, recae sobre la peligrosidad postdelictual, a diferencia de las medidas preventivas que obran sobre la peligrosidad social o predelictuales. (27)

Un error común es el creer que la medida de seguridad se aplica exclusivamente por la mayor peligrosidad del sujeto, protegiendo de esta forma a la sociedad; en realidad las medidas de seguridad deben proteger también al sujeto de la sociedad y de sí mismo. Por esto, cuando el individuo es poco peligroso, se le puede substituir la pena por una medida de seguridad, siendo también factible la substitución de una medida mayor por una medida menor. (28)

## **CLASIFICACION DOCTRINARIA**

### **MEDIDAS ELIMINATORIAS**

Son aquellas que segregan de la sociedad al individuo peligroso impidiéndole cometer actos dañinos, evitando su contacto con la comunidad, expulsándolo de la misma o internándolo en instituciones adecuadas, conocidas como de "alta seguridad".

(27) CUELLO CALON EUGENIO, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO I, BARCELONA 1975, p.39  
(28) RODRIGUEZ MANZANERA INS, LA CRISIS PENITENCIARIA Y LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISION, MEXICO 1984, p.71

## **MEDIDAS DE CONTROL**

Consisten en mecanismos de vigilancia y dirección del individuo. El control puede ser ejercido por institución pública (policía) o por un ente privado, como es el caso de la entrega del sujeto a la familia, para que ésta se haga responsable del mismo.

## **MEDIDAS PATRIMONIALES**

Son aquellas dirigidas al peculio del sujeto y entre las cuales se destacan las siguientes:

**a)** Caución de no Ofender.- consiste en depositar una suma de dinero ante la autoridad, como garantía de no hacer determinada cosa que es perjudicial a la sociedad.

**b)** Clausura de Establecimiento.- Es indudablemente una medida patrimonial en cuanto afecta económicamente al beneficiario o propietario del local.

**c)** La Confiscación Especial.- llamada por algunos autores comiso, se dirige más hacia el objeto peligroso. En este caso, la protección que la sociedad se logra destruyendo el objeto y no hay necesidad de destruir también al delincuente encarcelándolo.

**d)** La Fianza.- Depósito monetario que se da en prenda del buen cumplimiento de una obligación.

**e)** Medidas Terapéuticas.- Se aplican en todos los casos de enfermedad mental que requieren intervención médica y que imposibiliten el tratamiento penitenciario, por su gravedad y duración. Tal es el caso de los hospitales psiquiátricos, en donde deberán ser internados todos aquéllos que por padecer graves daños mentales, han cometido un delito y se encuentran propensos a cometer otro u otros.

**f)** Medidas Educativas.- Aplicadas principalmente a menores de edad, cuya forma más común es la institución de enseñanza, en donde se provee de los principios fundamentales al menor para con ello corregir su conducta y evitar que en lo futuro vuelva adelinquir.

**g)** Medidas Restrictivas de Derechos.- Son aquellas que limitan algún derecho que el sujeto ejerce en forma inconveniente o criminogénea, como lo son:

**A)** Privación de derechos de familia. Previstos en la ley para casos en que el sujeto gire su forma de vida hacia conductas que pongan a la familia en peligro de ser víctimas de un delito.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

**B)** Suspensión temporal o definitiva de la licencia de manejo. Previstas para aquellos casos en que se cometen delitos por el tránsito de vehículos.

**C)** Privación de derechos cívicos. De correcta utilización en casos de falsedad de declaraciones, fraude electoral, cohecho, corrupción, etc.

**D)** Limitación al ejercicio de profesión o empleo. Que puede llegar al retiro definitivo de la licencia o cédula profesional. Cuando una persona es peligrosa al ejercer su profesión, basta con impedirle el trabajo.

**E)** Prohibición de ir a lugar determinado. Cuando el individuo es peligroso en determinado lugar se le prohíbe asistir a él.

## **12. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El Código Penal vigente emplea indistintamente los vocablos "pena" y "sanción" por encontrarlos inoperantes si no traducen una real situación y por ser usual en nuestro léxico. En cuanto a las medidas de seguridad, las enumera conjuntamente con las penas sin distinguirlas mediante las correspondientes

definiciones legales, pues su distinción corresponde a la doctrina. (29)

Así el artículo 24 del código penal vigente para el distrito federal señala:

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. Derogado.
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

(29) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, MEXICO, 1977, p. 639

14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito y las demás que fijen las leyes.

De la enumeración que hace este artículo y en atención a la característica preventivo especial de las medidas de seguridad y de la clasificación doctrinaria que previamente hemos estudiado, podemos considerar como medidas de seguridad las siguientes:

A) Tratamiento en libertad y semilibertad.

Artículo 27. El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

La semilibertad implica alteración de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de

trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

B) Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

El artículo 68, señala al respecto del tratamiento en libertad de los inimputables que, "las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Por lo que hace a los que tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el artículo 67 en su último párrafo señala que en estos casos "el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla".

C) Confinamiento. De conformidad con lo establecido por el artículo 28, "el confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él".

D) Prohibición de ir a lugar determinado. Cuando el individuo es peligroso o corre peligro en determinado lugar se le prohíbe asistir a él.

E) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. Al respecto el artículo 40, señala "los instrumentos del delito así como las cosas que sean objeto o producto de él se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito se decomisarán cuando el delito sea intencional".

F) Amonestación.

Artículo 42. La amonestación consiste: en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, exortándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere.

G) Apercibimiento.

Artículo 43. El apercibimiento consiste en la conminación que el juez hace a una persona, cuando ha delinquido y se tiene como fundamento que está en

disposición de cometer un nuevo delito, ya sea por su actitud o por amenazas, de que en caso de cometer éste, será considerado como reincidente.

H) Caución de no Ofender. Consiste en depositar una suma de dinero ante la autoridad como garantía de que no cometerá un nuevo delito.

Artículo 44. Cuando el juez estime que no es suficiente el apercibimiento exigirá además al acusado una caución de no ofender u otra garantía adecuada, a juicio del propio juez.

Artículo 45. La suspensión de derechos es de dos clases:

- I. La que por ministerio de ley resulta de una sanción, como consecuencia necesaria de ésta y
- II. La que por sentencia formal se impone como sanción.

Artículo 46. La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, su apoderado defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebra, árbitro, arbitrador o representante de ausentes...

J) Inhabilitación. Destitución o suspensión de funciones o empleos. Cuando una persona es peligrosa en el desempeño de sus funciones o empleo, se hace necesario inhabilitarla o suspenderla para así evitar la comisión de un nuevo hecho delictivo.

K) Vigilancia de la autoridad. El artículo 50 bis en su segundo párrafo señala que "la vigilancia consistirá en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad".

### **13. LA MEDIDA DE SEGURIDAD COMO MEDIDA AUTONOMA O SUSTITUTIVA DE LA PENA.**

En lo que respecta a los sujetos inimputables, la cuestión de si las medidas de seguridad son autónomas o meros sustitutivos de la pena, no presenta mayor problema, pues como es bien sabido a estos sujetos no podría aplicárseles una pena pues la misma va dirigida a aquéllos que tienen la capacidad de comprender el alcance de la misma y no a quienes por circunstancias personales, ya sean la escasa edad o bien la enfermedad mental, no estarían en aptitud de asimilarla y por tanto la pena no podría cumplir con la función que

tiene encomendada. En este orden de ideas, debemos decir que las medidas de seguridad tienen el carácter de autónomas cuando de aplicarla a un inimputable se trate.

Por otro lado, el problema se presenta cuando se trata de sujetos de derecho penal (imputables), en principio porque como ya hemos mencionado nuestro ordenamiento punitivo no clasifica las penas y las medidas de seguridad, se limita a enumerarlas en su conjunto.

La mayor parte de la doctrina, concibe a las medidas de seguridad como sustitutivos de las penas, criterio que compartimos, cuando atendiendo a las circunstancias personales del delincuente (su peligrosidad), estas últimas no se hacen necesarias, pues basta con la aplicación de una medida de seguridad para lograr la readaptación del individuo y evitar que cometa un nuevo delito, logrando así los fines de la prevención especial.

Teóricamente nuestro ordenamiento jurídico penal, en su parte general adopta un sistema muy especial al respecto, concibe a las medidas de seguridad desde tres puntos de vista: como autónomas, como sustitutivas de

las penas y con un carácter mixto, esto es, en algunos casos serán autónomas y en otros sustitutivos.

Dentro del primer grupo encontramos: el tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad; el confinamiento, la suspensión de derechos, la publicación especial de sentencia, la suspensión o disolución de sociedades y la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

En el segundo grupo, es decir, las consideraciones como sustitutivos de las penas, encontramos: el tratamiento en libertad y semiliberación; la amonestación, el apercibimiento y caución de no ofender; la vigilancia de la autoridad.

Finalmente dentro del tercer grupo, esto es, el que concibe a las penas con un carácter mixto, es decir, en algunos casos como autónomas y en otros como sustitutivos, encontramos al trabajo en favor de la comunidad.

Ahora bien en la praxis, las medidas de seguridad son concebidas como meros sustitutivos de las penas, pues si bien es cierto en la parte especial del Código

Penal, ninguna de las conductas consideradas como delitos contempla a las medidas de seguridad como sanción autónoma, de ahí que las mismas deberán sustituir a las penas, cuando por razones de prevención especial así sea conveniente.

### **CAPITULO III**

#### **MEDICION DE LA PENA Y EL FIN DE LA EJECUCION**

##### **1. MEDICION JUDICIAL DE LA PENA**

Acreditada la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho delictivo, el Juzgador procederá a imponer la pena que corresponda si de imputabilidad se trata. Para determinar de manera concreta la medida de la pena a aplicar, el Juez según lo dispone el artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal, deberá dentro de los límites que para cada delito se señale, imponer la misma teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

Las modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y las circunstancias en que fue realizado, son manifestaciones que redundan en la personalidad del autor, de la que el Juzgador deberá hacer un examen concreto para fijar la duración de la sanción aplicable.

Asimismo, la pena privativa de libertad deberá imponerse cuando ella sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. De

lo anterior se desprende el denominado "triángulo mágico" de la medición de la pena: culpabilidad, prevención general y prevención especial (1), que da lugar a la antinomia de los fines de la pena que posteriormente estudiaremos.

Para Guillermo Sauer la "medición judicial de la pena" es la actividad más importante y más difícil del Juez penal. Las leyes le dejan, casi completamente, la elección en el caso concreto dentro de un amplio "marco penal" o también entre varias clases de penas accesorias, las consecuencias accesorias y otras medidas. De las motivaciones, tiene que darse la cuenta más exacta; su colocación en la sentencia puede realizarse sólo con algunos giros, en general mantenidos rutinariamente y a menudo gastados, pero debe realizarse detalladamente con una moldación más fina a la peculiaridad individual del hecho y el autor de lo que aún regularmente sucede, con lo cual deberían ser destacados también los principios elaborados por la ciencia y la experiencia judicial. Al acusado no le interesa por que es condenado por estafa y no por apropiación indebida pero sí por que recibe una determinada pena y no otra cualquiera (2).

(1) ZIPF, HEINZ. INTRODUCCION A LA POLITICA CRIMINAL, EDIT. EDESA, CARACAS 1979, p.140  
(2) SAUER., GULLERMO. DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA, 1956, p. 368.

La cantidad y la clase de pena que han de ser elegidas por el Juez deben representar la retribución justa del injusto y la expiación de la culpabilidad en el caso concreto. De la abundancia de posibilidades encontrar la pena concreta más justa, es el gran arte, que nunca puede derivarse de una sugestión causal ni de una influencia extrajurídica sino que requiere la meditación más insistente y presupone un ejercicio a lo largo de años ligado a una auto-educación. (3).

La medición de la pena decide, en primer término, la expiación de la culpa. La pena es un daño, para el que se ha de descubrir la naturaleza y la duración justas. La expiación debe tomar a la criminalidad en su raíz, extirpar la excitación criminal y de ser posible sustituirla por una virtud correlativa. Entonces la medición de la pena resultará también justa. (4)

En la medición de la pena el Tribunal debe principalmente sopesar hasta que punto el hecho se apoya en una disposición de ánimo o en una dirección de la voluntad reprochables del autor, y hasta qué punto se apoya en circunstancias que no son reprochables al autor.

(3) SAUER, GUILLERMO. op. cit., p. 374.

(4) *Ibidem*, p. 376.

Debe también considerar los motivos y el estímulo del hecho, el fin que el autor ha perseguido, la persistencia de la voluntad que inspira el hecho y el medio empleado, las consecuencias ocasionadas, la vida anterior del autor, sus circunstancias personales y económicas en el momento del hecho y del juicio. La conducta del autor después del hecho, especialmente si se ha esforzado en reparar el daño que se ha originado por el mismo.

En términos generales, determinar la pena será fijar cuáles han de ser las consecuencias jurídicas que debe producir un injusto penal, fijación que tendrá que hacer el juez teniendo en cuenta la gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor. La elección de la sanción deberá hacerla entre las posibilidades legalmente previstas. La determinación de la pena habrá de pasar por dos estadios: el legal y el judicial, a estos dos deberá unirse otro anterior y fundamental, la determinación constitucional de la pena, que deberá establecer al menos qué castigos no pueden nunca aplicarse y qué finalidades se reconocen como las únicas que lícitamente puede perseguir la represión. Esta será una ineludible exigencia del Estado de Derecho. (5)

(5) QUINTERO CLIVARES, GONZALO. POLITICA CRIMINAL Y DETERMINACION DE LA PENA, s.a., s.l.,p.41

Hans Heinrich Jescheck, señala que la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las posibilidades previstas legalmente (6)

La determinación legal no se agota en la creación de un marco penal que sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto penal. El legislador ha formado frecuentemente dentro del marco penal, para los diferentes grados de gravedad, grupos valorativos especiales, que vinculan y sirven de pauta al Juez a la hora de determinar la pena aplicable. (7)

La fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del Juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, libre, como la discrecionalidad de las autoridades administrativas que eligen entre varias decisiones jurídicamente equivalentes sólo conforme a criterio de utilidad, sino que se trata sin excepción, de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada". El

(6) JESCHECK, HANS HEINRICH. TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE SEGUNDA, EDIT. EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p. 1189.  
(7) Idem.

ejercicio de la discrecionalidad por parte del juez depende de principios de determinación de la pena en parte no escritos. Estos principios se derivan de los fines de la pena en relación con los factores que la modifican. (8).

El derecho vigente ofrece al Juez dos reglas centrales para la determinación de la pena: la culpabilidad es fundamento de la determinación de la pena; el Juez debe también tener en cuenta los efectos de la pena en la vida futura del delincuente en la sociedad.

En este sentido, la determinación judicial de la pena es desde luego, estructuralmente, aplicación del derecho. Pero no puede desconocerse que el acto decisorio del Juez también contiene un "componente individual", que no es controlable plenamente de un modo racional, ya que se trata de convertir justamente la cantidad de culpabilidad en magnitudes penales y los principios que rigen la determinación de la pena son sólo pautas que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo, va sin embargo, demasiado lejos de la admisión de libre discrecionalidad. (9)

(8) JESCHECK, HANS HEINRICH, op. cit., p. 1192.

(9) Idem.

## **2. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA**

Para Jescheck el proceso de determinación judicial de la pena se estructura en tres faces: la determinación de los fines de la pena, la fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena y el examen de los considerandos en los que se fundamenta la determinación de la pena. (10).

El punto de partida de la determinación judicial de la pena es la determinación de los fines de la pena, pues sólo partiendo de éstos se puede juzgar qué hechos son importantes en el caso concreto para la determinación de la pena y como deben valorarse. La pena sirve, por un lado, a la retribución justa del injusto y de la culpabilidad, por lo que se atribuye al principio de culpabilidad una función tanto fundamentadora como limitadora de la pena. Por ello, la determinación judicial de la pena debe ajustarse, en primer lugar, a la función retributiva que la pena tiene. A la misma altura que la retribución justa está el fin preventivo especial de la pena. Conforme este fin, la pena debe determinarse, contribuyendo a la

(10) HANS HEINRICH, JESCHECK, op. cit., pp. 1194 y siguientes.

reinserción social del delincuente y procurando no perjudicar su situación social más de lo estrictamente necesario. Por último debe tenerse en cuenta otro fin indispensable de la pena, la prevención general. De acuerdo con este fin, la pena debe determinarse de tal modo que neutralice el efecto del delito como ejemplo negativo para la comunidad, contribuyendo con ello, al mismo tiempo, a fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad, procurando satisfacer el sentimiento de justicia del mundo circundante que rodea al delincuente.

Tras de la determinación de los fines de la pena deben fijarse los factores que influyen en la determinación de la pena. Se trata aquí de aquellas circunstancias concurrentes en el caso concreto que, en relación con los fines de la pena, tienen importancia para la determinación de la clase y gravedad de la pena y para su suspensión condicional. Tales circunstancias deben comprobarse en este caso, por un lado, desde el punto de vista de si pueden tener en general influencia en la determinación de la pena; por otro lado, debe preguntarse después en qué dirección configuran la gravedad de la pena y la cuestión de su suspensión. (11)

(11) *Ibidem*, pp. 1194, 1195

El proceso de determinación de la pena termina con los considerandos que la fundamentan. Estos se refieren a la cuestión de cómo hay que valorar y ponderar los factores que influyen en la determinación de la pena en relación con sus fines. La misión del Juez aquí consiste en "combinar de un modo racional, libre de contradicciones y suficiente", los factores que influyen en la determinación de la pena con los fines de ésta. (12)

La pena debe determinarse de tal modo que se garantice, tanto la función retributiva en relación con el contenido del injusto y de la culpabilidad, como que se haga posible por lo menos el cumplimiento de la misión resocializadora del reo. Además debe protegerse a la comunidad frente al delincuente peligroso.

En los casos en los que, sin embargo, los fines de la pena conducen a considerandos contradictorios, incompatibles (antinomias de los fines de la pena), de los cuales más adelante se hablará con más detalle, no siempre ocupa un lugar preeminente la retribución justa, como todavía hoy se acepta por la opinión dominante, sino que todos los puntos de vista

(12) *Ibidem*, p. 1196

concurrentes deben ser limitados tanto como sea necesario para que cada uno de ellos pueda desarrollar su eficacia del mejor modo posible. Esto significa en la práctica que en caso de conflicto, el principio de la culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, porque representa el fundamento de toda pena pública.

En este aspecto se puede hablar de una preeminencia de la justa retribución. En ningún caso puede admitirse, ni por razones resocializadoras, ni de protección de la sociedad frente al delincuente peligroso, una pena superior a la que permita la culpabilidad.

Debemos entender por determinación judicial de la pena en sentido estricto, aquel proceso por el que el Juez o Tribunal decide, la pena que merece un determinado hecho típico, antijurídico, culpable y punible de un autor concreto. (13)

La magnitud de la infracción jurídica se mide tanto por la entidad del daño producido, como por aquellos daños que se producen fuera del ámbito propio del tipo, como lo son la forma de ejecución del hecho y la voluntad empleada en la ejecución del mismo.

(1) *ibidem*, p. 1204

En la determinación judicial de la pena, la conminación penal contenida en la Ley, se materializa en el caso concreto. Por ello, es el punto decisivo en el que pueden considerarse en su conjunto las peculiaridades del delito y de su autor. Junto a la valoración de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico penal del delito comprobado, la determinación de la pena constituye una función autónoma del Juez penal. En esta tarea el Juzgador debe liberarse de prejuicios personales, de simpatías y de emociones, y basar su decisión en criterios valorativos objetivos. Pero como los marcos penales legales son amplios y deben además serlo en interés de la individualización de la determinación judicial de la pena, y el control en casación de las decisiones en nuestra materia tiene unos límites relativamente estrictos, existe el peligro de que, a pesar de los diversos grupos valorativos, se abuse del arbitrio judicial, tanto en un sentido rigorista externo, como en uno excesivamente indulgente, y de que a consecuencia de ello, no exista un criterio unitario en la praxis seguida por los tribunales en la determinación de la pena. (14)

(1) Ibidem, p. 1190

### **3. TEORIAS SOBRE LA DETERMINACION DE LA PENA**

#### **4. TEORIA DEL MARGEN DE LA LIBERTAD**

Según esta teoría, la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta, es decir, una pena exactamente determinada a la culpabilidad, sino que existe aquí un margen de libertad que se limita, en el grado mínimo por la pena ya adecuada a la culpabilidad, y en el grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad.

Dentro de sus límites se pueden tener en cuenta los otros fines de la pena.

Para Jescheck, esta teoría debe rechazarse, toda vez que si bien es cierto que para ningún delito concreto existe una pena fija determinada como magnitud objetiva, tampoco hay límites fijos de la pena justa tanto en su grado máximo como mínimo. (15).

En la determinación de la pena se trata de retribuir la culpabilidad apoyándose en la teoría del margen de la libertad, no se puede determinar con

(15) Idem., p. 1192

precisión que pena corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El Juez no puede traspasar el límite máximo, no puede por tanto imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el Juez sí puede decir hasta donde puede llegar dentro de este margen de libertad. (16).

#### **4. TEORIA DE LA PENA EXACTA**

Para los partidarios de la teoría de la pena exacta, la determinación de la pena debe entenderse de tal manera que el Juez parta de la pena que, de acuerdo con su criterio, corresponda a la culpabilidad, es decir que se parta de la pena exacta correspondiente, modificándola después a favor de otros fines de la pena, combinando diferentes posibilidades de sanción, sin que pueda ir más allá del límite que impone la culpabilidad. (17)

Para la teoría de la pena exacta, a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena

(16) ROXIN, CLAUDIUS. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL., EDIT. DE PALMA, BUENOS AIRES 1972, p. 95  
(17) JESCHECK, HANS HEINRICH. TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE SEGUNDA, EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p. 1199

exactamente determinada. Desde un punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales. (18).

Roxin señala que una pena exacta al grado de culpabilidad es imposible de conocer; no existe en absoluto, porque el sentimiento de justicia de la comunidad, a cuya satisfacción sirve la pena retributiva de la culpabilidad, sólo reacciona desde un principio, el marco de un determinado margen de la libertad; sólo cuando se infrinje este marco, se sentirá la pena como demasiado grave o demasiado leve. (19).

## **6. TEORIA DE LA UNION**

La teoría de la unión exige que se llegue a una relación equilibrada de los distintos fines de la pena. La pena debe determinarse, por tanto, de tal modo que se garantice, tanto la función retributiva en relación con el contenido del injusto y de la culpabilidad, como que se haga posible el cumplimiento de la misión resocializadora, dirigida al reo. Además de esto, debe protegerse a la comunidad frente al delincuente

(18) ROXIN, CLAUDIUS, "CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL", EDIT. DE PALMA, BUENOS AIRES 1972, p. 96  
(19) Ibidem, p. 119

peligroso, lo que muchas veces sólo será posible, dada la función limitadora de la pena del principio de culpabilidad, con la imposición de medidas de seguridad. Así mismo se exige por último, que la pena se determine de tal modo que pueda tener un efecto sociopedagógico en la comunidad. De tal forma, en muchos casos será posible una armonización práctica de los fines de la pena, realizándose cada uno de ellos en la decisión judicial. Ahora bien, en caso de que los fines de la pena conduzcan a considerandos contradictorios e incompatibles entre sí (antinomias de los fines de la pena), no siempre ocupa un lugar preeminente la retribución justa, sino todos los puntos de vista concurrentes deben ser limitados tanto como sea necesario para que cada uno de ellos pueda desarrollar su eficacia del mejor modo posible. Esto significa que en caso de conflicto, el principio de culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, porque representa el fundamento de toda pena pública. En ningún caso puede admitirse, ni por razones resocializadoras, ni de protección de la sociedad frente al delincuente peligroso, una pena superior a lo que permite la culpabilidad. Tampoco podrá excederse la pena del grado de culpabilidad por razones de prevención general. (20)

(20) Ibidem. p. 126

## **7. DETERMINACION DE LA PENA EN RELACION CON LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE**

Es esencial tanto desde el punto de vista de la culpabilidad, como también de la prevención especial, para la determinación de la pena, la personalidad del reo, aunque en su investigación tengan que ser igualmente tomadas en cuenta cualidades que no han encontrado expresión en el delito mismo. (21)

Por otro lado, deben considerarse aquí las circunstancias personales y económicas del reo. Sin embargo, estas circunstancias deben tratarse con cuidado porque en ningún otro lugar como en este aparece tan claramente la ambivalencia de los factores personales, el origen familiar y la educación, el estado familiar, la salud corporal y mental, la situación profesional y social, las condiciones de vivienda y finalmente la sensibilidad penal del reo, desempeñan sólo un papel de fijación en el caso concreto.

A la personalidad del reo pertenece además el grado y clase de la necesidad de resocialización del

(21) JESCHECK, HANS HEINRICH. TRATADO DE DERECHO PENAL, TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1981, p.1210

infractor de la norma penal, aunque cabe recordar que si el fundamento de la pena es la culpabilidad, la pena no deberá exceder del grado de culpabilidad del autor del hecho delictivo, aunque para fines de prevención especial, es decir, de resocialización del individuo, se requiera imponer una pena superior al grado de culpabilidad. Es una de las manifestaciones en que se da la antinomia de los fines de la pena, y es en donde el juzgador deberá buscar la aplicación de la teoría denominada de "las causas finales de determinación de la pena", que presenta una solución a la antinomia de los fines de la pena, al pretender tener en cuenta tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente. (22)

Así pues, la graduación judicial de la pena, tenderá a medir la pena dentro del marco legal, atendiendo entre otras a adaptar a la personalidad del autor, la pena que resulte del acto.

Los partidarios de que la pena se determine en función de la personalidad del delincuente, que conlleva a adecuarla a la resocialización del mismo, consideran que la pena debe servir a la reinserción

(22) JESCHECK, HANS HEINRICH, op. cit., p.1211

social del delincuente (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general); la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad); la pena sí puede ser inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad. Basta con que se aproxime a dicho grado, lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la sociedad.

#### **8. LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA DETERMINACION DE LA PENA.**

La teoría de la retribución o de la justicia, que señala que el sentido y fin de la pena a determinar en el caso concreto no estriba en perseguir determinados fines socialmente útiles, sino en que, mediante la imposición de un mal, la pena compensa y hace expiar de modo justo la culpabilidad en que ha incurrido el delincuente con su hecho, siendo entonces, la culpabilidad el fundamento para la determinación de la pena que llevaría a la justa retribución.

La pena debe ser justa, y ello presupone que debe corresponder en su duración y dureza a la gravedad del crimen, esto es a la culpabilidad.

En la actualidad es imposible legitimar la pena desde el punto de vista de la retribución, pues pensar que mediante la pena se puede compensar, expiar o suprimir la culpabilidad, es una idea metafísica; desde una perspectiva racional no cambia para nada la culpabilidad de un hombre ni su delito, el hecho de que se le castigue y se añada al mal que ha cometido otro mal contra su persona.

En este orden de ideas, la pena debe tener, a decir de Roxin, dos objetivos. En primer lugar, con ella se puede incidir sobre el delincuente para inducirle a comportarse legalmente en el futuro. A esto se llama prevención especial, es decir, precaución relativa al delincuente individual. Y el segundo objetivo que se puede conseguir con la pena consiste en la incidencia sobre la generalidad. Amenazando con una pena las conductas especialmente dañosas para la sociedad y condenando a quien infrinja la norma, se puede estimular a la gran mayoría de los ciudadanos a llevar una vida conforme a la ley. (23)

Por estas razones, el moderno pensamiento jurídico penal de orientación preventiva ha abandonado ciertamente, la idea de la retribución pero no el concepto de culpabilidad. Por el contrario ha mantenido

(23) ROXIN, CLAUS. INICIACION AL DERECHO PENAL DE HOY, EDIT. BOSH, SEVILLA 1981, p.143

el principio de que el delincuente ha de ser tratado como una persona responsable y de que no es lícito castigarle más gravemente de lo que corresponda a la medida de su culpabilidad.

Así pues, el delincuente nunca puede ser castigado por encima de la medida de su culpabilidad, dicha medida debe determinarse basándose en valoraciones psicológicas sociales y conforme a las reglas de la teoría de la medición de la pena.

El cambio antes mencionado incide de tal forma que la pena no tiene la misión de compensar la culpabilidad como fin en sí mismo, sino que sólo está justificada si al mismo tiempo resulta ser un medio necesario para cumplir la misión preventiva y protectora del Derecho Penal.

Roxin señala que si se hace de la culpabilidad un presupuesto de la pena, es única y exclusivamente para restringir el poder de intervención del Estado. Por tanto, se anula la función represiva que tiene la culpabilidad cuando se le utiliza para justificar la retribución, y sólo le queda la misión liberal y salvaguardia de la libertad "Imponer una pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad, en una

comunidad de seres imperfectos como son los hombres".(24)

La determinación de la pena no debe regirse únicamente por la culpabilidad, debe también tenerse en cuenta el principio de la resocialización que debe inspirar la ejecución de las penas, en una forma que permita tener en cuenta, dentro del margen de la libertad de la culpabilidad (es decir, en el marco de lo ya adecuado y de lo todavía correspondiente a la culpabilidad), consideraciones de prevención especial así como de prevención general.

No se debe imponer, en toda su extensión, la pena correspondiente al grado de culpabilidad cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos, ni para la resocialización.

De las reflexiones hechas hasta ahora, se deduce que la pena no sirve ciertamente para retribuir la culpabilidad, aunque la culpabilidad sea su presupuesto y aunque no pueda imponerse una pena más grave que la que corresponda al grado de culpabilidad. Esta solución plantea algunos problemas derivados del hecho de que no siempre la pena adecuada a la culpabilidad, puede cubrir la necesidad de protección de la comunidad.

(24) *Ibidem*, p.148

Asimismo, a la culpabilidad como fundamento de la pena deben añadirse requisitos preventivos, con ello el castigo del comportamiento culpable va a ser limitado precisamente por la necesidad preventiva, de tal suerte, aparece en primer plano el efecto limitador de la culpabilidad sin perjuicio de su congruencia con las necesidades de prevención especial y general, en la medida en que sea posible su armonización.

## **9. FACTORES DETERMINANTES DE LA PENA**

### **EL CONTENIDO DEL INJUSTO Y DE LA CULPABILIDAD**

Factor determinante para la medición de la pena, es por un lado la significación del delito para el Orden Jurídico violado (contenido del injusto), y por el otro, la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad). Estos dos factores se encuentran de alguna forma vinculados entre sí, la culpabilidad jurídico-penal viene referida al injusto, su extensión se determina por el contenido culpable del injusto del hecho. Así la entidad del daño, la forma de ejecución del hecho y la conmoción de la paz jurídica determinan el grado del injusto del hecho, tanto como la desconsideración, la premeditación, el dolo, la situación de necesidad, los

trastornos mentales o el error deben ser valorados para graduar la culpabilidad. (25)

La cúspide de los factores determinantes de la pena es, con razón, el contenido de la culpabilidad del delito, que el derecho contemporáneo señala en numerosos casos como pauta para que el juzgador determine la medida de la pena, los motivos y metas del reo, la actitud interna que se refleja en el delito y el grado de contrariedad del deber, son las circunstancias que hacen aparecer la formación de la voluntad del reo en una luz más o menos favorable, agravando o atenuando con ello, el grado de reprochabilidad del delito. Entre los motivos del delito se distinguen los estímulos externos (necesidad económica, pasión, política, coacción, etc.), de los motivos internos (odio, ánimo de lucro, etc.) .En ambos grupos lo que importa para la determinación de la pena es constatar el grado de fuerza del motivo e indagar su valor ético. (26)

## **LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE**

Cabe transcribir lo señalado con anterioridad

(25) JESCHECK, HANS HEINRICH. TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE SEGUNDA, EDIT. BOSH, BARCELONA 1978, p. 1209.

(26) Idem, p. 1209

respecto de la personalidad del delincuente, siendo esencial, tanto desde el punto de vista de la culpabilidad, como también de la prevención especial, para la determinación de la pena, la personalidad del delincuente, aunque en su investigación también tengan que tenerse en cuenta cualidades que no han encontrado expresión en el delito mismo. (27)

A la personalidad del delincuente, constituida por el origen y relación familiar, la educación, la salud corporal y mental, la situación profesional y social, las condiciones de vivienda y la sensibilidad penal, pertenecen además el grado y clase de la necesidad de resocialización pues las variaciones en las circunstancias personales antes mencionadas, hacen aparecer en diferente luz los efectos que se espera se deriven de la imposición de la pena, entre ellos la resocialización.

#### **LA VIDA ANTERIOR DEL REO**

Con la consideración de la vida anterior del reo, se amplía considerablemente el círculo de factores determinantes de la pena, pero ésta ampliación es indispensable para conseguir una forma de reacción

(27) *Ibidem*, p. 1210

justa y al mismo tiempo prevenir el delito. Cabe mencionar que sólo pueden incluirse en la determinación de la pena aquellas circunstancias que tienen relación con el delito y pueden considerarse por tanto, como indicios de la culpabilidad o la peligrosidad del delincuente. (28)

De la vida anterior del reo, puede tenerse en cuenta como circunstancia atenuante su buen comportamiento anterior en tanto haga aparecer el delito como un fallo aislado de su personalidad. Las condenas anteriores inciden en contra del reo, pero normalmente sólo cuando se trata de condenas por el mismo tipo de delito, de las que puede deducirse una mayor culpabilidad del reincidente o su peligrosidad en el futuro.

#### **LA CONDUCTA DEL SUJETO, POSTERIOR A LA COMISION DEL DELITO.**

La conducta del autor del ilícito penal, posterior a la comisión del delito, puede permitir obtener conclusiones sobre su culpabilidad o peligrosidad. Este factor tiene importancia sobre todo a los efectos de la apreciación de la atenuante de

(28) *Ibidem*, p. 1211

arrepentimiento espontáneo o bien la reparación del daño que lleve a cabo.

#### **10. ANTINOMIAS DE LA PENA Y EL FIN DE LA EJECUCION.**

Todo proceso de medición de la pena se halla en el denominado, por Heinz Zipf, triángulo mágico de la medición de la pena, que se compone por la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, factores que influyen en la determinación de la pena con intereses encontrados que los lleva a tremendas disfuncionalidades que difícilmente se pueden armonizar o equilibrar pues se trata de intereses penales estatales por un lado y por el otro de la protección individual del ciudadano que ha incidido en la delincuencia, a lo que hay que agregar la protección de la sociedad en general. Aunque difícil se presenta la tarea, es posible lograr el equilibrio óptimo de estos tres principios antinómicos de la culpabilidad, la prevención especial y la prevención general. (29)

El enfrentamiento entre las exigencias de prevención general y las exigencias de prevención especial, o por el contrario la posible armonización de ambas exigencias, constituye el núcleo de los

(29) ZIPF, HEINZ. INTRODUCCION A LA POLITICA CRIMINAL, EDIT EDESA, CARACAS 1979, p. 140.

problemas que giran en torno a la fase de imposición y determinación judicial de la pena, es decir en torno a las disfuncionalidades existentes entre determinación y ejecución de la pena. (30)

Bacigalopo, rechazando las teorías unificadoras de la retribución con los fines preventivos de la pena, dice: Es paradójico, pero las consecuencias de la teoría de la unificación sobre el sistema del derecho penal se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza las distintas partes que lo componen: presupuestos de la pena determinados por criterios propios de la teoría retributiva y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la pena en la culpabilidad del autor por un lado y exigencias de tratamiento por el otro; Derecho Penal material que proclama la resocialización como fin y Proceso Penal dominado por la comprobación de la culpabilidad.

Hassemer opina que entre más se concreten legal y judicialmente los principios de medición de la pena y más se elaboren los criterios de ejecución penal, tanto más se acentuará el fenómeno de la disfuncionalidad

(30) MIR PUIG, SANTIAGO. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1981, p.198

del sistema del Derecho Penal, problema tratado hasta ahora desde el punto de vista de la antinomia de los fines de la pena.

Así mismo en el marco del disfuncional sistema del Derecho Penal existente hasta ahora el juez se ve forzado en la medición de la pena, a imponer penas que desde el punto de vista de la ejecución de las mismas son, o demasiado cortas o demasiado largas: demasiado cortas si el fin de ésta prohíbe una pena superior porque, por ejemplo el injusto típico no sea muy grave, y en cambio, el fin de la ejecución (reincorporación del delincuente a la sociedad) exige un tiempo superior; demasiado larga, si ya se ha conseguido el fin de la ejecución, sin que en cambio, se haya cumplido la pena adecuada, es decir, su duración mínima. (31)

Los conflictos y antinomias, que dentro del sistema penal se pueden producir entre la decisión adoptada en la fase de imposición y determinación de la pena y las necesidades y finalidades específicas de la fase de ejecución penal, podrán deberse a una mala técnica legislativa, por ejemplo, por no tener siquiera

(31) *Ibidem*, p. 193.

conciencia de los problemas o una política criminal equivocada, pero sólo serán tolerables y justificables, por ser inevitables, cuando haya exigencias de la prevención general absolutamente contrapuestas e incompatibles con las exigencias de prevención especial.

Lo primero, mala técnica legislativa por no tener siquiera conciencia de los problemas, ha sido frecuentemente el caso de la legislación penal, que al establecer las penas durísimas orientadas por consideraciones retributivas e intimidatorias y un rígido sistema de reglas de medición de la pena, no ha comprendido o no ha querido comprender que tal dureza y rigidez no es en absoluto necesaria a efectos de prevención general, ni mucho menos ha pensado en los problemas que ello crearía en la fase de ejecución de las penas para intentar conseguir siquiera mínimamente, sus objetivos de prevención especial.

De la segunda, política criminal equivocada, aún no se hace conciencia de los problemas que el sistema de penas, de medición de las mismas o de sustitutivos penales, puede traer para el logro del fin resocializador en la ejecución de la pena.

Las causas de los conflictos -disfuncionalidades- entre imposición y determinación de la pena y ejecución de la pena estriba en la existencia de exigencias contrapuestas de prevención general y prevención especial.

Para Bacigalupo el conflicto surge entre la retribución, que reside en la medición de la pena, y la resocialización a la que orienta la ejecución penal.

Para Hassemer las contradicciones se daran entre lo que llama el fin de la pena, es decir, el fin del Derecho Penal material en la fase de imposición judicial de la pena, consistente fundamentalmente en la retribución, y el fin de la ejecución, constituido específicamente por reinserción social o resocialización. Por el contrario, en mi opinión, lo opuesto a la prevención especial no es la retribución, sino la prevención general. (32)

Diego Manuel Luzón Peña explica desde un punto de vista político criminal la exclusión de la retribución como fin o esencia de la pena y a la aceptación de prevención general y especial como únicos fines de la pena: (33)

(32) MIR PUIG, SANTIAGO. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA, 1981, p. 198  
(33) LUZO PEÑA, DIEGO MANUEL, MEDICION DE LA PENA Y SUSTITUTIVOS PENALES, EDIT. BOSH, MADRID 1979, p. 21.

a) En cuanto al rechazo de la retribución desde una perspectiva político criminal se puede alegar lo siguiente: En su aspecto de retribución, la culpabilidad es inaceptable, porque tal culpabilidad, entendida como reprochabilidad, presupone la existencia del libre albedrío, que es indemostrable. Pero tampoco es aceptable como retribución del hecho injusto, es decir, como pago merecido al injusto, porque la misión de la pena no es realizar la justicia, sino algo mucho más modesto: la existencia de la pena es una triste necesidad para conseguir fines racionales, a saber, evitar en lo posible la comisión de delitos.

El argumento central que pueden alegar los partidarios de la retribución a su favor es el innegable dato que los Códigos Penales establecen generalmente, al menos en principio una proporción entre la gravedad de las penas y la gravedad de los hechos punibles. El Derecho Positivo de tal proporcionalidad no constituye una confirmación legal de la idea de retribución, pues la proporcionalidad entre delito y pena es perfectamente comprensible y explicable partiendo únicamente de la prevención general, es decir, para que la pena pueda cumplir eficazmente su fin de encauzar conductas y evitar delitos, requiere la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del hecho.

El hecho de que la pena revista en los ordenamientos jurídico penales, el carácter de un mal, es decir, de una privación o restricción de derechos, impuesta además coactivamente, tampoco es un argumento a favor de la retribución, puesto que la prevención general explica perfectamente que la pena tenga que ser un mal en el sentido expuesto. Se trata entonces de que para la intimidación general evidentemente hay que amenazar con un mal.

b) La prevención general se justifica desde un punto de vista político criminal porque la amenaza de pena es un medio imprescindible de encausar conductas de control social. De tal modo la norma penal cumple, mediante la conminación penal, una función de motivación para que los ciudadanos se abstengan de cometer aquellas conductas más intolerables para la convivencia social, es decir, delitos.

La prevención general tiene dos aspectos: la intimidación general (dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de delinquir), y el prevalecimiento del orden jurídico, es decir, el hecho de que éste se afirma, se impone frente al delito, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el Derecho.

La intimidación general, correctamente concebida y manejada para ser eficaz, requiere la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del injusto de hecho, tanto por el desvalor del resultado como el de la acción, encontrando su límite donde la culpabilidad, es decir, motivabilidad del sujeto, esta excluida o disminuida, y sólo despliega su eficacia cuando la motivabilidad es normal.

Ahora bien, la proporcionalidad no es más que un primer límite de la pena derivado de la exigencia de eficacia e idoneidad de la intimidación general. Pero el fundamento de la prevención general en su necesidad trae consigo una segunda limitación, que obliga a demostrar continuamente la necesidad de la pena y concretamente a efectos de determinación de la pena, obliga a plantear si la gravedad de una pena sin rebasar por debajo de la cuantía proporcional al hecho o incluso al marco penal típico o sin optar por un sustitutivo penal, es realmente necesaria e imprescindible a efectos de intimidación general o si, por el contrario, bastaría a estos efectos, pues la intimidación no sufriría merma, con una cuantía menor o con un sustitutivo penal por aconsejarlo o requerirlo exigencias de prevención especial. Pues si fuera este el caso, habría que imponer la pena inferior o acudir al sustitutivo penal, ya que una sanción más grave

sería innecesaria para la intimidación general y contraproducente para la prevención especial.

La fase de ejecución sirve primordialmente a la prevención especial, aunque respetando las exigencias de prevención general, que en algún caso pueden ser prioritarias.

Por consiguiente cuando a continuación se habla de los conflictos que puede provocar la medición de la pena para la ejecución penal, ello no significa que la prevención especial sea el único fin de esta última fase, sino simplemente que la prevención especial es el fin fundamental y primordial al que se orienta la ejecución de la pena.

La afirmación de que los conflictos entre medición y ejecución de la pena sólo se pueden justificar cuando las exigencias de prevención general sean absolutamente incompatibles con las de prevención especial, a decir de Luzón Peña, presuponen lo siguiente. (34)

1. Que la disfuncionalidad entre las partes del sistema sólo es tolerable, por inevitable, cuando los

(34) *Ibidem*, p.58

elementos antinómicos sean realmente necesarios en la actualidad y por tiempo previsible, es decir, que vayan necesariamente unidos a la correspondiente forma de actuar del derecho penal, que a su vez sea realmente imprescindible, y no sea meramente contingente.

Cabe entonces plantear la cuestión de si, para evitar conflictos, se puede renunciar al fin primordial y más característico de la ejecución: la prevención especial y, más concretamente, en las penas privativas de libertad, el aspecto más constructivo y específico de la misma, es decir, a la (re)socialización. Aparte de que de lege lata dicha renuncia tropezaría con el obstáculo insalvable de los preceptos, incluso constitucionales, que consideran la ejecución penal orientada a dicho fin.

Pero si este fin se presenta como fin específico y necesario de la ejecución penal puede resultar contrapuesto a las exigencias del otro fin de la pena (prevención general), en la fase de imposición y determinación.

Ahora bien el otro fin al que se orienta la fase de imposición y medición de la pena es la prevención general que es necesaria e imprescindible como un elemental medio para mantener la delincuencia dentro de

los límites tolerables. No se puede renunciar al mismo y atender en la fase de medición sólo a la prevención especial; por lo que si las exigencias de una no son compatibles con las de la otra, el conflicto será inevitable.

En todo lo que sea posible hay que armonizar las exigencias de ambos fines de la pena ya en la fase de imposición y medición. Sería absurdo e injustificado, si se puede sin merma de prevención general, satisfacer también a la prevención especial (en su caso a la resocialización) del modo más adecuado o con la menor restricción de derechos posible, evitando así también futuros delitos de ese concreto sujeto, no aprovecharlo.

Pero en caso de absoluta incompatibilidad hay que dar preferencia a la prevención general, de modo que las exigencias mínimas de ésta prevalecerán ya en la fase de imposición y determinación sobre las exigencias de prevención especial que pudieran aconsejar o requerir ir aún más lejos en la reducción o sustitución de la pena.

Por último, hay que explicar por qué en caso de que sean incompatibles las exigencias de ambos fines, ha de darse preferencia a la prevención general: La razón es

que en caso de contradicción total, si el fin resocializador o, más ampliamente, de prevención especial fracasa o la ejecución no tiene sentido porque el sujeto no o ya no la necesita, esto ciertamente creará conflictos pero únicamente respecto de una persona delincuente, no respecto de muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo efectivamente si lo que se sacrificase fuera la eficacia de la prevención general y se relajarán las barreras inhibitoras frente a la generalidad. (35)

Una vez precisado lo anterior, consideramos que la medición judicial de la pena es una tarea que implica serios problemas para el juzgador, pues es en esta etapa de determinación, en donde en función de lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal y haciendo uso de su libre albedrío deberá decidir la clase y cantidad de la pena imponible al autor de un hecho delictivo concreto, siendo necesario llevar a cabo un análisis profundo y pormenorizado de la gravedad del ilícito, del ánimo del autor en su comisión, del modo en que se perpetró y del resultado que se obtuvo.

(35) LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL. MEDICION DE LA PENA Y SUSTITUTIVOS PENALE, EDIT. BOSH, MADRID 1979, p. 59-64

En esta complicada tarea se enfrenta además el problema de las antinomias de la pena, que se dan entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. Al respecto consideramos que por lo que hace a la culpabilidad, esta deberá limitar la potestad penal estatal, ésto es, será siempre el límite máximo de la pena a imponer, no debiendo en ningún caso ser superior la pena impuesta a la que se merezca en razón de la culpabilidad. Ni siquiera por razones de prevención especial deberá imponerse una pena superior al límite fijado por la culpabilidad del autor. Lo anterior no implica que el único fin de la pena sea la retribución justa, toda vez, que podrá imponerse una pena menor al grado de culpabilidad en aquellos casos que por cuestiones de prevención especial esto sea recomendable, pues el fin fundamental de la pena deberá ser siempre la resocialización del individuo.

Ahora bien con la aplicación de una pena adecuada a la prevención especial, se estará atendiendo también a la prevención general, pues en la medida en que se logre la resocialización del delincuente, se estará protegiendo a la sociedad que es el fin fundamental de la prevención general. Pero si por razones de prevención general se impone una pena superior a la culpabilidad y a la prevención especial, se estará degenerando en un terror penal estatal, pues para la

sociedad y para el autor de un hecho delictivo la pena dejará de ser justa y no fortalecerá la conciencia jurídico social, toda vez que la sociedad sentirá a la pena como exagerada en relación con el hecho delictivo que se ha cometido.

Para lograr un equilibrio entre la culpabilidad la prevención general y la prevención especial, deberá entenderse a estos tres elementos desde su aspecto meramente positivo. La culpabilidad debe separarse de los conceptos de retribución y expiación, siendo necesario asimilar a ésta como un principio de protección del individuo frente al Estado como titular de la potestad penal. Por lo que hace a la prevención general, a esta debe separársele de su función negativa, esto es, la intimidación general ante la comisión de hechos delictivos, debiendo entenderse ahora por prevención general, el fortalecimiento de la conciencia jurídica que se traduce en el sentimiento general de responsabilidad y apego al derecho. Por último a la prevención especial se le deberá comprender como un capacitar para la participación de la vida social por parte de aquél que ha infringido la norma penal, creando en él una conciencia de responsabilidad y apego al derecho

## CAPITULO IV

### REFORMAS AL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

#### 1. CONCEPTO DE REINCIDENCIA

La palabra reincidir viene del latín "reincidere" y "recidere" (re-itero), que significa repetición, caer de nuevo, volver por el mismo camino, recaer en falta o delito, reiteración de la actividad delictiva por parte del sujeto. Desde un punto de vista técnico penal representa una acepción más restringida, pues se refiere a la pluralidad de delitos en los que media sentencia condenatoria ejecutoriada. (1)

La reincidencia es la situación penal en que incurre el delincuente que, habiendo sido juzgado y condenado en sentencia firme por un delito, comete otro u otros delitos. (2)

Al decir reincidencia, nos referimos a un volver a hacer algo impropio o ilícito. En esta forma decimos que una persona ha vuelto a comportarse antisocialmente

(1) QUIROZ CUARON, ALFONSO. CONCEPTO DE REINCIDENCIA Y ASPECTOS ESTADISTICOS, CRIMINALIA, EDIT. PORRUA, AÑO XXII, N° 2, MEXICO 1956, p.87  
(2) DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. DICCIONARIO DE DERECHO, TOMO 11, MEXICO 1989, p. 2044

o contrariando las normas morales, o de la religión e incluso cometiendo nuevos hechos delictivos. La reincidencia es una causa entre otras que el juzgador toma en cuenta al imponer una pena por un nuevo delito cometido y que influye poderosamente en su eventual aumento. (3)

En general reincidencia significa recaída: en el derecho penal es la condición personal de quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro. (4)

La reincidencia es el fenómeno jurídico caracterizado por la reiteración de hechos punibles en cabeza de la misma persona; es pues reincidente el sujeto que habiendo delinquido una vez, vuelve a hacerlo en el futuro una o varias veces más. Stricto sensu, reincidente es quien habiendo sido condenado por una infracción penal, comete otra u otras. (5)

Gramaticalmente, reincidir significa tanto como volver a incurrir; en lo nuestro, en un delito. Pero esta noción no nos resulta desde el punto de vista jurídico, puesto que también vuelve a incurrir en un delito el que es juzgado de una vez por varios hechos independientes, y ya sabemos que tal hipótesis es

(3) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO XXIV, BUENOS AIRES 1997, p.546  
(4) ANTOLISEI, FRANCESCO. MANUAL DE DERECHO PENAL, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1988, p.469  
(5) REYES ECHANDIA, ALFONSO. LA PUNIBILIDAD, EDIT. TEMIS, COLOMBIA 1978, p. 215

constitutiva del concurso real o reiteración. En la reincidencia el autor comete el segundo o los sucesivos delitos habiendo sido ya, al menos condenado por el o los hechos anteriores. Presupuesto de la reincidencia es el pronunciamiento de una sentencia condenatoria definitiva anterior.

El Código Penal para el Distrito Federal, define a la reincidencia de la siguiente manera:

Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena.

## **2. CLASIFICACION DE LA REINCIDENCIA**

1) Según la especie de los delitos: Reincidencia Genérica y Específica.

Reincidencia Genérica. Se caracteriza porque los hechos punibles cometidos después de la sentencia condenatoria, respecto del primer delito, son cualitativamente diversos.

Reincidencia Específica o propia. Consiste en incurrir en hechos punibles de la misma especie, del que generó la anterior sentencia.

2) Según exija o no el cumplimiento de la pena:  
Reincidencia Real y Ficta.

Reincidencia Real o Verdadera. Consiste en exigir para su configuración que el sujeto haya cometido un delito después de haber cumplido total o parcialmente la pena que se le impuso por el anterior. Su base es psicológica al aceptarse que el sufrimiento del castigo precedente se ha mostrado inútil si efectivamente se ha recibido.

Reincidencia Ficta o Supuesta. Se caracteriza porque se estructura con el sólo hecho de que el sujeto cometa un nuevo delito después de haber sido condenado por uno anterior, sin necesidad de que haya cumplido total o parcialmente la pena a la que fué sentenciado por el delito precedente. No puede decirse que manifiesta cierto grado de incorregibilidad quien ha sido condenado pero no ha recibido la ejecución del castigo: la pena no ha tenido oportunidad de obra como freno inhibitorio.

3) Reincidencia permanente y transitoria.

Reincidencia Permanente: La reincidencia se declara cualquiera que sea la fecha de comisión de un nuevo delito respecto de aquélla en que se le condenó o cumplió la condena por el hecho punible anterior.

Reincidencia Transitoria: Cuando el sujeto comete un nuevo delito dentro de cierto periodo contado a partir de la ejecutoria de la sentencia que lo condenó por uno anterior, o a partir de la fecha en que cumplió la pena del hecho punible precedente.

#### 4) Reincidencia Obligatoria y Facultativa.

Reincidencia Obligatoria: Designase con este nombre el fenómeno en virtud del cual el Juez reconoce la reincidencia por el solo hecho de que una persona ya condenada por un delito, comete otro. Pudiéramos decir que se trata de una reincidencia automática en cuanto el Juez debe declararla con base en la demostración de requisitos puramente objetivos, a saber, condena anterior al nuevo delito.

Reincidencia Facultativa: Se distingue de la anterior en que su reconocimiento es potestativo del juzgador, y depende no ya meramente de una precedente condenación delictiva y de un nuevo hecho punible, sino

además, de factores predicables de la persona del delincuente y de las características de su delito.

5) Reincidencia Simple y Reiterada.

Reincidencia Simple: Basta el hecho de cometer un delito después de haber sufrido la condena por otro delito.

Reincidencia Reiterada: Cuando el nuevo delito lo comete quien ya es reincidente, llámase también múltireincidencia y se conoce generalmente como habitualidad.

### **3. FUNDAMENTOS DE LA REINCIDENCIA**

#### **NECESIDAD DE PREVENCION ESPECIAL.**

Dentro de este grupo se encuentran quienes tratan de explicar a la reincidencia mediante la postulación del presupuesto de que la pena anterior ha sido insuficiente para evitar la comisión de un nuevo delito. Esta concepción para ser consecuente, presupone necesariamente la aceptación de una fundamentación de la pena preventivo-especial, o al menos de una teoría mixta unificadora de la pena que admita tal aspecto. Al mismo tiempo, suele derivarse de este modo de entender

la pena, que la declaración legal de reincidencia procede cuando ha resultado insuficiente el anterior tratamiento penitenciario, pues se considera que la recaída en el delito revela una mayor peligrosidad y como consecuencia debe aplicarse al reincidente una pena más grave de la que se aplicaría a un primodelincuente, que haya cometido el mismo delito.

Luego entonces, si la reincidencia debe permanecer en la ley Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial. Ello supone que será reincidente quien haya cometido un nuevo delito después de haber estado sometido realmente a una pena. (6)

No es admisible que se hable de una mayor necesidad de prevención presunta, porque la necesidad de prevención especial no puede ser presumida, sino que debe ser cuantificada, y un sistema que hace surtir los efectos de la reincidencia automáticamente, y sin consideración real de la suficiencia o insuficiencia de la pena anterior, es obvio que no tiene en miras -al menos directamente- mejorar la prevención especial, sino que probablemente persigue formular un reproche mayor o una mayor prevención general. (7)

(6) GARCIA , LUIS M.. REINCIDENCIA, BUENOS AIRES 1992, p.105

(7) GARCIA LUIS M., ob. cit., BUENOS AIRES 1992, p. 106

En cambio, distinta sería la conclusión si la Ley deja al libre arbitrio del Juez la decisión sobre los efectos de la reincidencia. Si, por el contrario, la imposibilidad de obtener la libertad condicional es insalvable para el reincidente, no se puede decir que el fundamento de la reincidencia es la insuficiencia de la pena o del tratamiento anteriores para resocializar, porque el legislador no puede a priori de manera general y abstracta, prever que tal fundamento se corresponde con todos los casos reales. Con lo expuesto, queda claro que el único efecto de la reincidencia que es susceptible de ser valorado en concreto es aquél que los jueces puedan acordarle para graduar o individualizar la pena dentro de la escala penal del delito de que se trate.

#### **MAYOR CULPABILIDAD DEL DELINCUENTE.**

Una segunda posición sostiene que la reincidencia es demostrativa de que el autor ha obrado con mayor culpabilidad al cometer el segundo hecho, y por ello se hace acreedor de un mayor reproche que justifica que se le haga padecer una condena de efectos más graves. En este pensamiento subyace la idea de que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena

anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable.

(8)

Los autores clásicos piden para la reincidencia efectos agravantes, ya sea por la mayor inmoralidad que el culpable refleja al manifestar su pertinaz oposición al orden jurídico o bien, por la necesidad de aumentar la pena cuya insuficiencia quedó demostrada.

(9)

Carrará sostenía que la única razón aceptable para aumentar la pena al reincidente consiste en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria; y ésta insuficiencia la demuestra el reo mismo por su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena, y que cuando un condenado, después de haber experimentado un sufrimiento efectivo, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas. En tal caso sería inútil renovar contra él la misma pena, pues la presunción de la suficiencia relativa de la fuerza objetiva de ese castigo, queda contradicha con el delito. (10)

(8) *ibidem*, p. 107

(9) BOUZAS GUILLAUMIN, SALVADOR. LA REINCIDENCIA Y SUS EFECTOS, REVISTA JURIDICA VERACRUZANA, TOMO XXI, N° 3, MEXICO 1979, p.63

(10) QUIROZ CUARON, ALFONSO. CONCEPTO DE REINCIDENCIA, CRIMINALIA, AÑO XXII, N° 1, PORRUA, MEXICO 1956, p.41

### **MAYOR CULPABILIDAD DENTRO DE UNA TEORIA RETRIBUTIVA.**

Lo que se toma como fundamento de un mayor reproche, es que el reincidente ha experimentado en carne propia lo que significa sufrir efectivamente una pena y, no obstante ello, la desprecia, demuestra su insensibilidad ante la amenaza penal cuya naturaleza ya conoce por haberla sufrido, y vuelve a delinquir. La mayor culpabilidad que funda el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca la ha sufrido.

Maurach expresa que la reincidencia es una causa de incremento de la culpabilidad, representando una rebeldía al orden social, enemistad con el derecho y causa de agravación penal. La causa jurídica de la agravación no aparece con claridad en el delincuente habitual -peligroso-, toda vez que no se pueden conciliar los principios de culpabilidad con el simple pronóstico de peligrosidad. La justificación de agravar la pena en la reincidencia, radica en el incremento de la culpabilidad resultante de la nueva rebeldía del autor frente a la ley, cuya eficacia ha sentido en la ejecución de la pena; el reincidente debe actuar con el conocimiento de cometer la nueva infracción penal. (11)

(11) CORDOBA RODA, JUAN. TRATADO DE DERECHO PENAL, EDIT. BOSH, BARCELONA 1962, p.546

## **LA REINCIDENCIA COMO EXPRESION DE UN MAYOR INJUSTO**

En este grupo se considera a quienes sostienen que la ley ha entendido que el que sufre la pena tiene oportunidad de tomar cabal conocimiento de lo que significa y que ese sólo cumplimiento parcial hace más grave su conducta si después reincide, y más claramente quienes sostienen que la reincidencia agrava el hecho, en razón de la mayor alarma social que es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido advertido con una sentencia condenatoria, porque el nuevo delito hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de la seguridad jurídica quede harto maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos. (12)

### **4. OBJECIONES EN CONTRA DE LA REINCIDENCIA**

Son varias las opiniones que se han alzado en contra de la reincidencia, proponiendo su supresión, con distintos fundamentos dogmáticos. Tres son las principales corrientes: 1) La violación del principio de culpabilidad;

(12) GARCIA M., LUIS, REINCIDENCIA, BUENOS AIRES 1992, pp.114, 115

2) La violación del non bis in idem, y 3) El carácter discriminatorio del régimen de reincidencia.

### **REINICIENCIA Y CULPABILIDAD**

a) Menor culpabilidad del reincidente. Se ha sostenido que los efectos más gravosos de la reincidencia no se compadecen con el principio de culpabilidad porque se sanciona más gravemente a quien es menos culpable. Esta crítica parte de la tesis de que la recaída en el delito es demostración de menor capacidad de su autor para conducirse conforme las exigencias que le formula el derecho. Si el reproche se hace a la persona que comprendió la criminalidad de su acto, y pudo conducirse de otra manera, no se entiende por qué se agrava la pena de quien demuestra lo contrario con los hechos. Terminan los partidarios de esta tesis postulando la abolición de la agravante, en razón de que el fracaso de la pena que se sufrió significa menos culpabilidad del sujeto, menos capacidad de comprender la criminalidad del acto y de conducirse conforme a derecho. De allí que el Estado no puede tomar esta menor capacidad para aumentar la pena al sujeto. También se ha sostenido que la reincidencia se carga sobre aquel sujeto que, por haber estado más tiempo en la cárcel, está más deteriorado por la segregación corruptora y

marginalizante a que se vio sometido., La calificación de reincidente violentaria el principio de culpabilidad, al establecerse sobre una persona cuya imputabilidad está disminuida por obra del propio Estado.

A menudo los reincidentes son personas especialmente hábiles, cuya estabilidad ha sido ya reducida a través del sufrimiento de la pena anterior, por ello se ha sostenido que en realidad deberían ser penados más levemente, con sujeción a las reglas sobre culpabilidad disminuida.

Los críticos de esta postura señalan que la afirmación de que la pena degrada a causa del modo en que hoy en día se ejecuta en los establecimientos carcelarios, es sólo una hipótesis que debe ser comprobada en cada caso concreto. Asimismo, manifiestan que en la reincidencia subyace una mayor culpabilidad, porque al cometer el nuevo delito el sujeto conoce ya en qué consiste una pena; por haberla sufrido anteriormente, mostrando así su indiferencia ante la sanción penal, cuya naturaleza incisiva ya conoce, lo que implica un mayor reproche, el cual no podrá efectuarse en absoluto si el nuevo delito constituye el síntoma visible de una insensibilidad

para padecer las penas por alteración morbosa de las facultades o insuficiencias de las mismas.

b) Reincidencia y culpabilidad por la conducción de la vida. También desde la perspectiva de la violación del principio de culpabilidad se ha sostenido que la reincidencia aparece como el aumento de la culpabilidad por la conducción de la vida o por las condiciones personales del autor reveladas por su anterior conducta merecedora de condena. A esta postura se objeta que se pasa de un derecho penal de culpabilidad por el hecho, a un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida. El reproche se le hace a la forma de vida, por eso la agravación de la pena por reincidencia es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de a una conducta concreta.  
(13)

Es importante señalar aquí, que en el derecho penal no está en debate la conducción de la vida del autor. El súbdito del derecho puede llevar su vida tan mal como quiera, para el derecho penal sólo cuentan las conductas delictivas en que incurra. El autor de un delito puede mostrar la mejor evolución de vida, más el hecho culpable deberá ser y permanecerá punible.

(13) GARCIA LUIS M., ob. cit., BUENOS AIRES 1992, p.122

## **REINCIDENCIA Y "NON BIS IN IDEM".**

Se considera que con la agravación de la pena por reincidencia, se viola el principio non bis in idem, entendido en su sentido más amplio, comprensivo no solamente de la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho, sino también como prohibición de imputar al autor "consecuencias posteriores que violarían el principio". Se cuestiona a la reincidencia en la medida en que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito violando el mencionado principio, puesto que esa mayor gravedad es resultado del anterior delito, ya juzgado en definitiva, pues la condena anterior, presupuesta de la reincidencia, es consecuencia del delito anterior.

Se realiza aquí un doble juego de penas: primero se castiga al autor por el hecho cometido, luego este hecho vale para que en la segunda condena se aplique otra pena más agravada. (14)

Los críticos de esta posición sostienen que si bien es cierto que el principio non bis in idem prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior

(14) *ibidem*, p.127

condena a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considera adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Luego entonces, lo que se sanciona con mayor rigor en la reincidencia, es una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido.

En el acto de imponer una punición extra por la reincidencia, en rigor se esta juzgando por segunda vez el primer delito cometido, pues éste ya había sido sancionado. Si un individuo que sufrió una condena penal, vuelve a delinquir, ha de castigársele por el nuevo delito ( lo rigurosamente que permita su culpabilidad), pero no por el que ya fue castigado.(15)

#### **REINCIDENCIA Y PREVENCION ESPECIAL**

La reincidencia permite fundar un mayor reproche de culpabilidad respecto de quien ya experimentó anteriormente una pena privativa de libertad y, no obstante ello, desprecia la amenaza penal y vuelve a delinquir. (16)

(15) BARREDA SOLORZANO, LUIS DE LA. CULPABILIDAD Y REINCIDENCIA, REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, VOL.III, MEXICO 1985, p.243

(16) GARCIA LUIS M., PUNIBILIDAD, BUENOS AIRES 1992,p.157

Para quienes ven en la pena exclusivamente un medio de prevención especial, o al menos le adjudican esta característica como la distintiva, "el fundamento de la reincidencia real es que la pena anterior no ha sido suficiente para modificar la conducta del sujeto".

#### **INSUFICIENCIA DE LA PENA ANTERIOR**

Algunos autores han partido del supuesto que la reincidencia reposa en la insuficiencia de la pena anterior para modificar la conducta del sujeto, y han deducido que eso quiere decir que la pena anterior debe haberse cumplido en una medida relevante y que no será posible tener por insuficiente el cumplimiento de la pena anterior cuando el penado no ha sido sometido a un régimen de ejecución penal.

De ahí se desprende que el cumplimiento comprende tanto el tiempo que el penado permanece como tal privado de libertad, como también el tiempo que continúa el cumplimiento en libertad condicional.

#### **5. REINCIDENCIA EN UN SENTIDO NEUTRO**

Aquí se levanta aquélla parte de la doctrina que considera que la reincidencia no debe agravar ni atenuar la pena, en razón del principio " non bis in

idem" , que considera injusto volver por segunda vez al delito castigado y purgado, pues debe tenerse por saldada la deuda por el crimen anterior ya expiado.

Mitermaier sostiene que la agravación de la pena por causa de reincidencia, es ilegítima, por no encontrar en el concurso de estas circunstancias aumento de daño material, moral o político del delito.  
(17)

Por su parte Carnot de Francia, decía que la reincidencia como causa agravante, quebrantaba el principio non bis in idem, que todo legislador debe respetar, puesto que el hecho de recordar un delito ya castigado e imponer una pena más grave a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituía una grave injusticia y el quebrantamiento del principio ya citado. (18)

## **6. EL ARBITRIO JUDICIAL**

El arbitrio judicial, en el aspecto punible, es la facultad que se dispensa por la Ley a los juzgadores para servirse de su criterio personal en la fijación

(17) BOUZAS GUILLAUMIN, SALVADOR, LA REINICIDENCIA Y SUS EFECTOS, REVISTA JURIDICA VERACRUZANA, TOMO XXXI, N° 3, MEXICO 1979, p. 63  
(18) BOUSAS GUILLAUMIN, ob. cit., MEXICO 1979, p. 65

de las penas, cuyas magnitudes extremas se les prohíbe traspasar. (19)

El Arbitrio Judicial consiste en todas aquellas decisiones, estimaciones o actos del Juez que, excepcionalmente, no están enmarcadas dentro de los límites rígidos o flexibles de lo legal, sino dejados de manera intencional por el legislador al funcionario que imparte justicia, con un propósito evidente: que el Juez no se fosilice en la automática aplicación e interpretación constante de la Ley, sino que tenga un sector de problemas, es decir en los cuales se vea precisado a actuar según sus impulsos y sentimientos personalísimos, sin que nadie le induzca a optar por una decisión determinada. (20)

El arbitrio judicial se conecta íntimamente con el siguiente dilema, que no han dejado de plantearse los tratadistas: si debe pensarse al penado por el hecho que ha realizado, o sólo por lo que es. La solución dependerá del destino que se adjudique a la pena: buscando en su finalidad la retribución y la prevención general, la sanción estará plegada al delito;

(19) GONZALEZ GARCIA VICENTE, CRIMINALIA, EDIT PORRUA, ARBITRIO JUDICIAL Y CODIGO PENAL VIGENTE TOMO IV, MADRID 1951, p. 484  
(20) CORTES FIGUEROA CARLOS, EL ARBITRIO JUDICIAL, REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA, UNAM, TOMO XII, N° 45, MEXICO 1950

pretendiendo simplemente la corrección y enmienda de una actuación temible y peligrosa, o sea, la prevención especial, habrá que adaptarla al delincuente. (21)

En el primer caso, el castigo se precisará, de una manera objetiva, por la ley, porque especificado el delito, queda también especificado el mal necesario para su expiación; y en el segundo, contrariamente, hay que individualizarla recurriendo a normas que se articulen con más o menos extensión, porque el delincuente dejará de estar sometido a la pena reformadora solamente cuando esté reformado o cuando su peligrosidad haya desaparecido.

## **7. LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

La individualización de la pena pasa por tres etapas sucesivas, concomitantes con los tres poderes del Estado. Así a un primer periodo de individualización legal o legislativa, realizada en la propia ley penal por el Poder Legislativo, sigue otro de individualización judicial practicada por el Poder Judicial en el juzgamiento directo y concreto del delincuente, y por fin, un tercero de

(21) GONZALEZ GARCIA VICENTE, CRIMINALIA, ARBITRIO JUDICIAL Y CODIGO PENAL VIGENTE TOMO IV, MADRID 1951, p. 484

individualización administrativa, ya el penado en el establecimiento correspondiente, a cargo del Poder Ejecutivo.

### **INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA DE LA PENA**

En esta etapa el legislador, de antemano, sin conocer a los individuos a los que habrá de aplicarse la misma, hace adaptación juzgándolos por los hechos delictivos que cometen y clasificándolos por categorías legales.

Se ha discutido sí en verdad puede hablarse de una real individualización legislativa de la sanción. En efecto, la Ley no puede prever más que especies, puesto que no conoce a los individuos, lo que se ha entendido como adaptación legal, no es otra cosa que la enumeración de las circunstancias que dé atenuación o dé agravación de la pena. Este tipo de individualización se basa en la responsabilidad, por lo que constituye una falsa adaptación.

Por ello ha de preferirse, como manera de individualizar legislativamente la sanción, el prever los elementos de una clasificación legal de los delincuentes, indicando a que criterio corresponde cada uno de los tipos previstos y organizando el régimen de

pena adaptado a cada uno de ellos. A tal fin, lo mejor será que la Ley se limite a suministrar bases amplias, dejando al Juez hacer la clasificación estrictamente individual, después de estudiar al sujeto al que habrá de sancionar.

### **INDIVIDUALIZACION JUDICIAL DE LA PENA**

En lo que se refiere a la individualización judicial de la pena, se dice que esta es la mejor y más conveniente de las tres, en ella la labor del Juez deberá ser a la vez psicológica y jurídica, creandose un sistema de individualización judicial orgánico y científico. Cuando ello se logre, los juzgadores no tendrán que luchar, en lo íntimo de sus conciencias, con su instinto de justicia humana y social enfrentando a sistemas inorgánicos. Recién entonces juzgarán al hombre antes que al hecho, y no se verán obligados a realizar transacciones y combinaciones disfrazadas. Lo ideal será, pues, que razonen en derecho en tanto se trate de calificar el hecho y su apreciación objetiva, pero teniendo en cuenta el elemento subjetivo cuando aprecien la gravedad subjetiva y midan la cuantía de la pena, combinando la apreciación del móvil con la gravedad objetiva del hecho.

En ésta face de determinación de la pena, cabe preguntarse, qué juez es capaz de medir la culpabilidad de un individuo?.

### **INDIVIDUALIZACION ADMINISTRATIVA DE LA PENA**

La individualización administrativa de la pena, es la última, después de la legislativa y de la judicial. En efecto tras que el legislador la efectúa en el momento de confeccionar la norma, el Juez la realiza frente al caso concreto. La individualización judicial es el diagnóstico, al que ha de seguir la aplicación de la medicina, labor que cae dentro de la órbita de la administración penitenciaria, a la cual hay que dejar, por eso, cierta iniciativa y elasticidad.

La selección individualizadora y la medición de la pena, frente a un determinado autor, por su concreto delito, representa el término y remate de la teoría de la pena. Es al decir de Maurach, el cierre y coronación de dicha teoría, ya que comprende tanto la indagación tradicionalmente llamada de la proporción entre delito y pena, como el método moderno de adaptación de la sanción al delincuente, que ha tomado el nombre de individualización de la pena. (22)

(22) FONTAN BALESTRA, CARLOS. TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO II, EDIT. ABELEDO PERROT, ARGENTINA 1990, p. 269

La adecuación o medición judicial de la pena es la actividad más importante y difícil del Juez Penal. Las leyes le dejan, casi por completo, la elección en el caso concreto dentro de un amplio marco. La adecuación debe referirse a la peculiaridad individual del hecho y del autor, sobre la base de los principios elaborados por la ciencia y la experiencia judicial. (23)

Son tres las etapas que abarcan todos los extremos del problema de la individualización de la pena: 1° Polémica en torno a la proporción entre pena y delito; 2° La negación de dicha proporción y su reemplazo por otros objetos de referencia, principalmente el delincuente; 3° Criterio actual: Medición de la pena, apoyándose en varios puntos de valoración judicial: acto, personalidad y motivos.

El instituto jurídico de la individualización de la pena, se ha estudiado a través de tres momentos: la conminación que hace el legislador, la etapa en que se aplica la pena por el Juez a un determinado autor por su concreto delito y finalmente, la ejecución por los funcionarios que ejercen el ministerio penitenciario. (24)

(23) FONTAN BALESTRA CARLOS, ob. cit., ARGENTINA 1990, p.269  
(24) ibidem, p.271

Debe señalarse que no son tres etapas separadas, sino que la individualización penal asume la característica de construir una unidad, que se tiende desde la conminación abstracta de la sanción hecha por la ley, hasta la ejecución de la misma por la autoridad administrativa.

En estos tres estadios o momentos, encontramos que en la conminación que hace el legislador, usando la terminología de Mezger, predomina el dogma del acto; en la ejecución penitenciaria, el dogma del actor y en la medición judicial de la pena, una combinación de ambos.

No compartimos la existencia de una individualización legal de la pena, pues la ley no puede prever más que especies, ya que no conoce a los individuos, y por lo tanto, es una fase nada propicia para la labor individualizadora. Cosa distinta es que la determinación legal de la pena constituya la llave que permita al Juez individualizar concretamente la sanción.

El punto de partida de la individualización judicial es la realización del acto injusto, debiéndose entonces tomar en cuenta el grado de la lesión producida por el sujeto, el peligro para bienes

jurídicos, y la especie y modalidad de la acción elegida por el autor. (25)

La parte objetiva del hecho, que hasta aquí se ha señalado, ofrece únicamente la materia bruta de la determinación de la pena. En efecto, al considerarse que su graduación es medida de la culpabilidad, comienza la segunda parte de la individualización judicial, o sea la expresión de la realización entre acto y autor, adecuándose la pena a las múltiples facetas de la personalidad de este último.

Finalmente, el último término de la individualización, está dado por el aspecto penitenciario, que en forma directa y específica se conecta con la readaptación del condenado. Esta tercera etapa se vincula única y exclusivamente al llamado dogma del autor ya que persigue exclusivamente un fin de reeducación y corrección del penado. (26)

Individualizar la pena, no siempre significa condenar; a veces, también se procede a determinar la sanción penal prescindiendo de la pena. Así al lado de las penas, dispone el Juez de la condena condicional, de la libertad condicional, de la facultad

(25) *ibidem*, p.274

(26) *ibidem*, p.275

de prescindir de la pena en los casos de tentativa de delito imposible, medios todos ellos apropiados para adecuar la medida penal a la naturaleza y gravedad del delito, a los móviles inspiradores y a la personalidad que el delincuente revele.

## **8. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y ARBITRIO JUDICIAL**

En su exposición de motivos del Código Penal de 1817, Martínez de Castro decía que por buena que se suponga una ley penal, pecará por demasiado severa en unos casos y por muy benigna en otros, si no deja a los jueces alguna libertad para aumentar o disminuir las penas dentro de ciertos límites fijados en la Ley, en atención a las circunstancias que precedieron, que acompañaron y siguieron al delito, y de las personales del delincuente, para proporcionar la pena a la gravedad de aquél. (27)

El Código Penal vigente, facultó al Juez para obrar, ampliamente, dentro de los términos marcados por la ley, en la imposición de las penas correspondientes a cada delito. En sus artículos 51 y 52 manifiesta que "dentro de los límites fijados por la Ley los jueces o tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, tomando en cuenta las circunstancias

(27) ROCHA, ANTONIO, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y ARBITRIO JUDICIAL, REVISTA DE DERECHO PENAL, AÑO 1, MEXICO 1942, p.52

exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente". "El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente", teniendo en cuenta una serie de circunstancias que también enumera.

Los autores de nuestro Código estiman como medular dentro de su sistema, la introducción del arbitrio judicial, pero sin dejar de tener presente las circunstancias de tradición y medio concurrentes en el problema, por lo que en su exposición de motivos se dice: "la comisión redactora del Código de 31, tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal que estiman indispensable la existencia de un suficiente arbitrio judicial como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, pero sin olvidar la realidad de la vida jurídica mexicana, que se caracteriza por la falta de elementos técnicos y económicos, y por la desconfianza que se tiene a los funcionarios judiciales, ya porque se dude de su capacidad, ya porque se tema que se dobleguen ante el poder, se rindan ante la amistad, o se vendan ante el dinero. No se penso en un arbitrio judicial amplio, por las restricciones constitucionales, y, porque, además hubiera sido ir demasiado lejos después de haber

vivido durante un largo lapso, con un sistema minucioso de métrica penal. En consecuencia, se estimó una necesidad de establecer un arbitrio racional, consistente en dejar en libertad al Juez para valorizar las circunstancias objetivas que concurran en la comisión del hecho delictuoso y las subjetivas del infractor".

El poder discrecional del Juez puede considerarse desde distintos puntos de vista: en su íntimo valor ético, en su naturaleza jurídica, en sus formas, en sus fuentes, en sus límites.

Por el primer aspecto, la justicia requiere que la pena se adapte a las exigencias del caso concreto, es decir, no sólo al delito, sino también a la persona del delincuente. En este sentido el Juez puede muy bien ser llamado el justo viviente.

Por el aspecto jurídico, el poder discrecional es un derecho y al mismo tiempo una obligación (jurídica) del Juez. En efecto, tiene este la obligación de motivar el uso que ha hecho del poder discrecional; sin lo cual su sentencia será objeto de examen por parte de la corte. (28)

(28) BERISTAIN, ANTONIO. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA, EDIT. TEMIS, BOGOTA 1986, p.310

En cuanto a las formas, el poder discrecional del Juez se manifiesta como facultad para determinar:

1) La calidad de la pena.

En caso de pena alternativa, o sea cuando la ley conmina, ad libitum del Juez una u otra pena, este puede escoger entre cualquiera de ellas, pues nada obsta para que el Juez aplique una pena para algunos delitos y otra distinta para los demás.

2) La cantidad de la pena.

Este es el campo en que se ejerce más ampliamente el poder discrecional del Juez, pues la ley casi siempre conmina para cada tipo legal de delito un mínimo y un máximo de la pena aplicable.

Dentro de los límites legales el Juez puede espaciar discrecionalmente. Pero "discrecionalmente" no significa "arbitrariamente". Al contrario, el Juez debe seguir ciertos criterios taxativamente prescritos por la ley, y no puede apartarse de ellos.

Las fuentes o criterios a que debe atenderse el Juez en el uso de sus facultades, se determinan generalmente

en la ley y tienen valor objetivo y subjetivo, según atiendan por lo regular:

- a) A la gravedad del delito;
- b) A la capacidad del culpable para delinquir.

La gravedad del delito se deduce:

1) De la naturaleza y de la especie de la acción (es decir, de la calidad de la acción, más o menos grave, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino ético).

2) De los medios (con tal que, como es natural, no constituyan de por sí una circunstancia agravante).

3) Del objeto

4) Del tiempo, como un delito cometido de noche.

5) Del lugar, el robo en casa habitación.

6) De cualquier modalidad de la acción.

7) De la gravedad del delito o del peligro causado a la persona injuriada por el delito.

8) De la intensidad del dolo o del grado de culpa.

La "capacidad para delinquir" es criterio subjetivo, esta no tiene nada que ver con la capacidad para querer y entender, que es base de la imputabilidad. Y tampoco debe confundirse con la peligrosidad, como afirma Antolisei.

Es capaz de delinquir, no sólo el que puede ser criminal, sino el que muestra, por una serie de indicios ser criminal, sino el que demuestra, por una serie de indicios preestablecidos, una criminalidad mayor respecto a la común de los delincuentes.

Así pues, la capacidad de delinquir se puede deducir de lo dispuesto por el artículo 51 del Código de Penal para el Distrito Federal por:

- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto.
- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para efectuarla.
- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado.
- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima y ofendido.
- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.
- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito,

siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

#### **9. ANALISIS DEL ARTICULO 65 HASTA ANTES DE LA REFORMA DE ENERO DE 1994**

El artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a la sanción aplicable en casos de reincidencia ha sido objeto de diversas reformas por parte del legislador mexicano, mismas que es necesario estudiar para así tener una visión más amplia del tema que nos ocupa.

Originariamente y hasta diciembre de 1991 el artículo 65 del ordenamiento legal invocado, expresaba:

Artículo 65.- A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma.

Como es de observarse de la lectura del anterior artículo, la reincidencia era concebida por nuestro ordenamiento punitivo como un factor agravante de la pena pues se consideraba que la falta de enmienda del delincuente a pesar del castigo ya sufrido por el anterior delito cometido, exige una sanción más grave de la que ordinariamente se le aplicaría, puesto que la recaída en el delito revela mayor peligrosidad.

Este criterio sostenido por nuestros legisladores y apoyado también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es argumento suficiente para agravar la pena por concepto de reincidencia, dicho razonamiento es endeble, toda vez que si se habla de mayor peligrosidad del autor del hecho delictivo, a éste se deberá imponer en todo caso, la pena máxima que para el delito cometido se establece en el Código Penal y no agravarla, en atención a que si bien es cierto en dicho ordenamiento se señalan, en función de la gravedad del delito, los límites mínimo y máximo de la pena correspondiente para que el juzgador al momento de individualizar y determinar la pena, imponga aquélla que entre otros factores, se adecue a la peligrosidad ya sea mínima, media o máxima del sujeto, pero siempre dentro de los márgenes que la norma penal aplicable le permita, pues de lo contrario, como lo hacía con la aplicación de este artículo, se viola la garantía

individual establecida en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, al imponer una pena que no esté decretada por la Ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Por otra parte consideramos que también se vulneraba el principio de Derecho Penal "nom bis in dem" contenido en el artículo 23 Constitucional, que entendido en su sentido más amplio se traduce en la prohibición de juzgar dos veces por el mismo delito y de imputar al autor de éste, consecuencias posteriores del primer delito ya juzgado; y con la fórmula contenida en el artículo 65, se agravaba la pena en función del anterior delito cometido y no, como lo expresaba el legislador, en atención a que el reincidente revela una mayor peligrosidad, misma que como ya lo mencionamos no puede ser fundamento de la reincidencia por estar ya comprendida entre los límites que para la aplicación de la pena se encuentran establecidos en la norma penal correspondiente. al delito de que se trate, en este orden de ideas podemos decir que la redacción y aplicación del artículo en estudio, reñía necesariamente con lo dispuesto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, ya que se estaba juzgando al reincidente, no sólo por el segundo delito cometido sino también por el primero y del cual ya había o estaba purgando la pena correspondiente.

En diciembre de 1991, el legislador decide adicionar al artículo 65, un segundo párrafo para quedar de la siguiente manera:

Art. 65.- "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma".

"En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de la libertad."

No conforme el legislador con la serie de violaciones que el primer párrafo de este artículo entrañaba, y de las que ya se ha hecho mención, adiciona un segundo párrafo y con ello además de trasgredir otra garantía individual, desvirtúa la naturaleza de la pena alternativa, creando con ello un híbrido, una aberración.

Decimos que el segundo párrafo del artículo 65 de nuestro ordenamiento punitivo desvirtuaba la naturaleza jurídica de la pena alternativa, porque al expresar que "en aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad", le quita el carácter de tal a la pena alternativa para convertirla automáticamente en privativa de la libertad y como consecuencia de esto el juzgador pierde la posibilidad, que le otorga el arbitrio judicial, de elegir de entre las opciones de penas que le ofrece la norma penal, la que considerará más adecuada para lograr la resocialización de sujeto, obligándolo entonces a imponer necesariamente la pena privativa de la libertad, aún cuando el delito de que se tratare señalara como pena correspondiente la alternativa y no la de prisión, que como ya se explico con anterioridad son penas totalmente distintas que encierran consecuencias totalmente opuestas, como por ejemplo el hecho de que si el delito tiene señalada como pena la privativa de libertad, habrá imprescindiblemente lugar a prisión preventiva, en cambio si el delito cometido se encuentra sancionado con pena alternativa, por ninguna razón el autor del mismo será privado preventivamente de su libertad.

Por todo lo anterior, aseveramos que el artículo 65 desvirtuaba la naturaleza jurídica de la pena alternativa y que además como consecuencia de ello, violaba el principio de legalidad que se lee "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, se vulneraba la garantía individual establecida en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional que a la letra expresa: " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata", toda vez que al manifestar que en aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad, estaba destruyendo la naturaleza de la pena alternativa, quitándole al juzgador la posibilidad de elegir en función de lo establecido por la Ley y de su arbitrio judicial, de entre las opciones que le da la pena alternativa, aquélla que considerara más adecuada para lograr la resocialización del delincuente, decretada en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, obligándolo entonces a imponer una pena no decretada por el delito cometido, lo cual riñe ineludiblemente con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 14 constitucional.

Por lo expuesto, consideramos que el artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal redactado de esa forma era anticonstitucional, pues agravar la pena por reincidencia es violatorio de los artículos 14, 23 y 18 de nuestra Constitución y por ende violatorio también de los principios de derecho penal conocidos tradicionalmente por los aforismos latinos: "nom bis in idem" y " nullum crimen, nulla poena sine lege". Así mismo desvirtuaba la naturaleza jurídica de la pena alternativa al convertirla en pena privativa de la libertad, vulnerando también con esto la garantía establecida en el artículo 14 constitucional.

Finalmente el legislador mexicano tal parece haberse dado cuenta de las anomalías de que padecía el artículo 65 y lleva a cabo en enero de 1994 y entrada en vigor en febrero del mismo año, una reforma que en principio consideramos afortunada, para quedar redactado de la siguiente forma:

Art. 65.- La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la Ley prevea. En caso de reincidencia, el juzgador sólo impondrá la pena que

corresponda al delito que se juzgue en los términos del artículo 52.

Con esta nueva redacción, se concibe a la reincidencia ya no como una agravante obligatoria y taxativa de la pena, sino como un elemento más que el juzgador debe tomar en consideración al momento de individualizar la pena, debiendo imponer sólo aquella que corresponda al delito de que se trate, sin alterar de modo alguno la naturaleza o duración de la pena, esto es, se deja al arbitrio del juzgador el adecuar la pena en atención a la medida, en que dentro de los márgenes establecidos por la norma penal aplicable, se logre la readaptación social del delincuente. Pero para comprender mejor el alcance de la reforma a este artículo, es por ello que se llevó a cabo un estudio que involucra necesariamente a la reincidencia, al arbitrio judicial, a la individualización de la pena y por supuesto a continuación se expondrán los motivos del legislador, para finalmente y con base en el análisis que realizaremos, concluir si la nueva redacción del multicitado artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal, es o no adecuada y compatible con nuestro marco constitucional y con los principios generales de derecho penal.

## **10. REFORMAS DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

### **11. EXPOSICION DE MOTIVOS**

Como ya se mencionó al iniciar este trabajo, la idea era llevar a cabo un análisis del artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal y en especial de su último párrafo, por lo que a manera de antecedente de lo que ahora constituye nuestro estudio, señalaremos que el legislador motivó en ese entonces la propuesta de que "en aquellos delitos que tuvieran señalada pena alternativa, en todo caso, se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad", en el razonamiento de que era ineludible para fines de justicia, prevención general y prevención especial que en los casos de reincidencia, se suprimiera el carácter de alternativo de la pena para quedar sólo la prisión, pues se consideraba en primer término a la reincidencia como una forma de agravar la pena, y al reincidente como un sujeto sumamente peligroso para la sociedad, cuya culpabilidad debía de ser retribuida de manera más severa.

Pasemos ahora a la exposición de motivos para la reciente reforma del artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por su parte el Poder Ejecutivo expresa:

La armonía que debe prevalecer entre los individuos, en un Estado de derecho, depende en gran medida del correcto uso que hagan de sus libertades y facultades dentro del marco jurídico establecido, con base en los principios de justicia y equidad. Para ello es necesario contar con un ambiente de seguridad y tranquilidad pública que permita a la sociedad alcanzar mayores estadios de desarrollo cultural y económico.

Por tradición, el sistema penal mexicano debería estar basado en la readaptación social del delincuente y sus medidas son y seguirán siendo el trabajo, la capacidad para el mismo y la educación; nunca el aniquilamiento de las potencialidades del individuo, ni el menoscabo de su personalidad.

Nunca ha sido propósito de la sociedad mexicana la venganza o el oprobio. A nadie satisface ver a un ser humano en la cárcel, tras las rejas; sin embargo se debe mantener en prisión a los que estando libres cometen graves delitos.

El constituyente ha prescrito las penas crueles o de infamia y las inusitadas y trascendentales, como

principio ético social, así el Código Penal establece la medida de las penas y sus formas sustantivas.

Es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal. con el propósito de fijar nuevos criterios para la individualización de las penas, a fin de que, con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente, se cuantifique justamente la pena a imponer. Con esto se abandona en esos aspectos el criterio de temibilidad o peligrosidad, ya que si bien es un principio orientador de las medidas cautelares, no debe serlo para la pena, mediante la cual sólo se ha de castigar al delincuente por lo que ha hecho y no por lo que es o por lo que se crea que vaya a ser.

Los criterios para la aplicación de las penas y medidas de seguridad constituyen, sin duda, uno de los puntos medulares de un Código Penal, pues son claros indicadores de su orientación político-criminal. Es aquí donde podemos constatar si el Derecho penal que nos rige se caracteriza como un Derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad y, por tanto, si en este aspecto estamos frente a un Derecho penal propio de un sistema penal de un Estado democrático de derecho o de un Estado autoritario o absolutista. De acuerdo con la legislación vigente en los ámbitos federal y distrital,

un criterio determinante para la individualización de las penas y medidas de seguridad lo constituye la peligrosidad o temibilidad del delincuente (artículo 52), conforme al cual la menor o mayor sanción dependerá del menor o mayor grado de peligrosidad del agente. Este criterio, por supuesto, ha sido motivo de múltiples críticas en los últimos años, por contraponerse a los principios propios de un Derecho penal de un Estado democrático de derecho, y por posibilitar el exceso en el ejercicio del poder penal al no establecerle límites precisos. Por ello, en su lugar se ha sugerido la adopción del principio de culpabilidad como un límite de la pena, porque se trata de un criterio más garantizador de derechos del hombre.

Asimismo, como modificación igualmente importante, se precisa en el nuevo texto que se propone para el artículo 65 la función que debe tener la reincidencia. En lugar de fungir como una causa de agravación de la pena, como tradicionalmente ha sucedido -por la gran influencia positivista que ha tenido nuestra legislación penal- y, por ello, contrariando diversos principios fundamentales de un Derecho penal democrático, se sugiere ahora darle a la reincidencia la función de ser un criterio más para la individualización penal. De esta manera, con la fórmula

que se propone para el artículo 65 se procura también ajustar a nuestra legislación penal a los principios que se derivan tanto de la Constitución Federal como de instrumentos internacionales suscritos por México, como ya lo hacen algunos Códigos de los Estados, entre los que pueden mencionarse: Guerrero, Baja California, Queretaro, Quintana Roo e Hidalgo.

El Congreso de la Unión, señala por su parte:

Por lo que hace al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la iniciativa contiene importantes reformas que se refieren tanto al Libro Primero (parte general) como al Libro Segundo (parte especial), comprendiendo igualmente disposiciones que se ocupan del delito en general, que precisan los contenidos de los presupuestos de la pena y los criterios que debe tomar en cuenta el Juzgador a la hora de individualizar la pena.

## **12. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL**

La iniciativa presidencial plantea importantes reformas en el Libro Primero del Código Penal, entre las que destacan, en primer lugar, las que se refieren

al delito en general, que tienden a precisar algunos rasgos característicos de este, así como remarcar ciertos criterios y principios que deben regir en nuestro derecho penal.

El artículo 52 del propio Código Penal, que plasma el principio de culpabilidad y supera al tradicional y ampliamente criticado criterio "peligrosista" más propio de sistemas penales autoritarios, por partir no ya de la consideración del hecho cometido y de la valoración del reproche al autor de este hecho, sino atendiendo sobre todo al estado de la persona, a la forma de conducir su vida como se verá más adelante al hablar del artículo.

### **13. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

Una propuesta fundamental la constituyen los nuevos criterios para la individualización de las penas. Sin duda alguna, como se señala en la exposición de motivos de la iniciativa, uno de los aspectos medulares del Código Penal lo es el relativo a la aplicación de las penas y medidas de seguridad y a los criterios que la rigen. Ciertamente, esos criterios que deben ser tomados en cuenta por el juzgador para la individualización judicial de la pena, son importantes indicadores de la orientación político criminal de la

legislación penal; de ahí el cuidado que merece este punto, para que el Código se ajuste a la orientación que lo caracterize como propio de un Estado democrático de derecho.

a) De acuerdo con el texto de la propuesta, en el artículo 52 se sistematizan criterios de individualización judicial de la pena que, conforme al derecho comparado nacional, internacional y la doctrina, se refieren a la culpabilidad así se establece expresamente en su primer párrafo, y así se desprende de la última parte de la fracción VII de la propuesta del artículo 52, cuando dice "siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma". Desde luego, se propone excluir la expresión temibilidad (o peligrosidad) que aparece en el dispositivo 3o. del actual artículo 52, pues ella representa precisamente el criterio contrario al "principio de culpabilidad". De ahí, por tanto, que resulta plausible que por fin se haya propuesto la erradicación de un criterio más propio de un sistema penal autoritario y, en su lugar, la inclusión del "principio de culpabilidad", que es considerado más garantizador de derechos del hombre frente al Estado.

b) Se observa una total concordancia entre la idea que motiva la reforma al artículo 52 anteriormente mencionado y la que sugiere la modificación del artículo 65 del Código Penal; por lo que también esta última es de considerarse oportuna y adecuada. En efecto, la reforma que se propone al artículo 65, que se refiere a la reincidencia, sigue la misma inspiración, porque también procura ajustarse a principios fundamentales propios de un sistema penal de un Estado democrático de derecho. El actual contenido del mencionado artículo 65, que le da a la reincidencia la función de agravar la pena, contradice entre otros el principio constitucional que prohíbe valorar dos veces una conducta que ha sido objeto de juzgamiento. La reincidencia es un elemento a valorar pero no es un agravante, al menos de acuerdo con una política criminal garantista, que es a la que la propuesta se adhiere, al señalar que la reincidencia será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena; criterio que también encuentra su apoyo en la experiencia legislativa que registran diversos estados de la República.

#### **14. CONSIDERACIONES FINALES**

De lo visto hasta el momento, podemos aseverar que con la reforma al artículo 65 del Código Penal para el

Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 y entrada en vigor el 1º de febrero del mismo año, el legislador ha dado un giro de 190 grados en lo que a la reincidencia se refiere, pues de considerarla como un factor agravante de la pena, pasa a concebirla como un criterio más para la individualización de la pena, reconociendo, inclusive, en su exposición de motivos que con la anterior concepción de la reincidencia se violaban principios constitucionales y generales del derecho. Es ahora la reincidencia un elemento a valorar en la individualización penal, ya no una agravante.

Lejos ha llegado el legislador con esta reforma, pues no sólo ha dejado de considerar a la reincidencia como un elemento agravante de la pena, sino que también al eliminar el último párrafo del artículo 65 que señalaba que en caso de pena alternativa se aplicaría al reincidente la pena privativa de libertad, ha devuelto a la pena alternativa su naturaleza de tal, pues ya no la considera como pena privativa de libertad.

Asimismo se ha facultado al juzgador (arbitrio judicial), para obrar, ampliamente, en la individualización de la pena en caso de reincidencia, claro esta, siempre dentro del margen que le permita la

pena correspondiente al delito de que se trate sin agravarla por la sola reincidencia.

Es de esta manera como la reincidencia en el Código Penal para el Distrito Federal, ha dejado de ser considerada como circunstancia agravante, que imponía al juzgador la obligación de aumentar forzosa y necesariamente la pena, cuando de juzgar a un reincidente se tratara.

La reincidencia, pasa a ser ahora una manifestación de la personalidad del delincuente, que cuando de individualizar la pena se trate, llevará al juzgador a conocer mejor al enjuiciado, para así en eficiente política criminal adecuar la pena del delito de que se trate haciendo prudente uso de su arbitrio judicial.

## CONCLUSIONES

El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas que describen las conductas constitutivas de delitos y fijan las penas y medidas de seguridad que han de aplicarse a los autores de ellos. Su función consiste en salvaguardar la armonía social, lo cual sólo se logra por medio una actividad educadora, capaz de crear conciencia en la comunidad y en el individuo para que se abstengan de delinquir.

Las normas jurídico-penales se componen de dos elementos a saber, el precepto y la sanción, el primero de ellos es aquél que describe los hechos que constituyen delito. La sanción es el efecto jurídico de un acto tendiente a compensar la voluntad, que se traduce en el mal que sigue a la transgresión de la norma o el bien que resulta de la obediencia de la misma.

En el ámbito del Derecho Penal la sanción se limita a la imposición de algún mal, y a esta se le denomina pena. El Código Penal para el Distrito Federal utiliza indistintamente los vocablos pena y sanción.

Los fines de la pena han sido analizados desde diferentes puntos de vista, son tres las corrientes

predominantes: a) teorías absolutas o de la retribución que conciben a la pena como un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un delito y, cuya función se limita a la realización de la justicia; b) teorías relativas o de la prevención que ven a la pena no como un fin en si mismo, sino como un medio de prevención para impedir la comisión de delitos. Esta corriente a su vez se divide en prevención general, que mira a la pena como un medio de intimidación psicológica dirigida a la comunidad, pues es a través de la conminación penal y de la condena del culpable que se produce una conciencia jurídico-social, que impide la comisión de delitos y; c) ecléctica o de la unión, esta teoría trata de fusionar el criterio retributivo con el prevencionista, asociando la justicia absoluta con el fin utilitario de la pena, es decir, la pena sirve para compensar la culpabilidad del autor de un hecho delictivo, cumpliendo a la vez su función reeducadora y prevencionista, al incorporarlo a la sociedad y evitar la comisión de nuevos ilícitos.

La pena innegablemente es retribución, pues su naturaleza es el castigo, pero la pena no debe agotarse en esa idea sino que por el contrario debe cumplir con otra función, la prevención de la delincuencia, concientizando a la sociedad a través de la amenaza penal para que se abstenga de delinquir (prevención

general), e incidiendo sobre el delincuente por medio de un sistema educativo que lo corrija e incorpore a la sociedad (prevención especial).

La punibilidad es la determinación expresada en la Ley para que una conducta sea objeto de pena. Un hecho es punible cuando previamente a su comisión, el ordenamiento punitivo le tiene señalada una pena. Es la amenaza de una sanción penal.

La punición es la imposición de pena, que lleva a cabo el órgano jurisdiccional a quien ha resultado responsable de la comisión de un hecho punible.

La pena en estricto sentido es aquella que sufre directamente el autor (imputable) de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

En sentido jurídico la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos establecida en la ley y que, en la medida del mal causado, impone el órgano jurisdiccional a quien ha resultado responsable de la comisión de un delito, para que le sea aplicada.

La institución jurídica de la pena atraviesa por tres etapas: la legislativa que consiste en la conminación que hace el legislador al amenazar, en el ordenamiento

punitivo, con aplicar una pena al autor de un hecho delictivo; la judicial que se traduce en la concreta imposición de pena al transgresor de la norma penal y; finalmente la de ejecución que lleva a cabo la autoridad administrativa y que consiste en hacer purgar la pena al delincuente.

Las penas se clasifican principalmente en: corporales, privativas de libertad, pecuniarias y alternativas.

Las penas corporales son aquellas que afectan directamente la vida o la integridad corporal del individuo y cuya aplicación produce un dolor físico e inclusive la muerte ( palos , azotes, muerte, etc.). Nuestro ordenamiento punitivo no contempla este tipo de penas y hace bien, pues en una sociedad humana en donde la justicia es relativa, deben aplicarse penas también relativas, que puedan ser reparables ante la posibilidad de un error.

Las penas privativas de la libertad son aquéllas que limitan la libertad ambulatoria del individuo, a través del encerramiento en un establecimiento carcelario.

Nuestra Carta Magna utiliza erróneamente, en su artículo 18, la expresión "pena corporal", para hacer alusión a la pena "privativa de libertad".

Las penas pecuniarias son aquellas que afectan el patrimonio del delincuente (la multa, el decomiso, la reparación del daño).

Las penas alternativas son aquellas en las que el juzgador puede elegir, de entre las opciones que le señale la ley, la que considere más adecuada. Esa alternatividad es homogénea o heterogénea, según que las penas susceptibles de imponerse sean de la misma o de distinta especie. El Código Penal para el Distrito Federal sólo contempla la segunda hipótesis (prisión o multa o ambas).

La culpabilidad debe ser siempre el límite de la pena, la cual no podrá ser superior a aquélla, ni siquiera por cuestiones de prevención general. En cambio la pena sí puede ser inferior a la que corresponda a la culpabilidad, basta con que esta sea suficiente para lograr la rehabilitación del delincuente y por ende la protección de la comunidad.

La pena debe ser justa, no debe constituir un terror estatal, pues la certeza del castigo aunque sea moderado, impresionará más que otro terrible, unido a la esperanza de la impunidad.

Nuestra Constitución en su artículo 18 se adhiere al pensamiento prevencionista de la pena, pues ve en ésta un medio para lograr la readaptación de delincuente, rechazando con ello la teoría retribucionista, toda vez que desde un punto de vista racional no cambia para nada la culpabilidad de un hombre ni su delito, el hecho de que se le castigue y se le añada al mal cometido otro mal en contra de su persona.

En la práctica el pensamiento prevencionista se desvanece, transformándose en retribucionista, pues la aplicación de la pena no va acompañada de un sistema de clasificación y tratamiento que conlleve a su fin mas alto, la resocialización, por el contrario ésta se aplica como castigo en sí mismo y lejos de readaptar contribuye a la reincidencia.

Junto a las penas el derecho penal contempla medidas de seguridad que después de haberse cometido el delito se aplican con fines defensivos, para prevenir que el agente cometa delitos posteriores.

Dogmáticamente las penas y medidas de seguridad guardan las siguientes diferencias:

**PENAS**

Se aplican solo a imputables

Se imponen por delito

Su razón la culpabilidad.

Son determinadas

Llevan implícito castigo.

Representan reproche moral.

**MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Se aplican a imputables e inimputables

Se imponen por infracción

Su razón el estado peligroso.

Son indeterminadas

No tiene como fin el castigo.

No representan reproche

Por lo que respecta a la determinación de la pena considero que esta es una tarea que implica serios problemas para el juzgador, pues es en esta etapa de determinación en donde en función de lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal y haciendo uso de su arbitrio judicial, deberá decidir la pena a imponer al autor de un hecho delictivo. Digo difícil tarea, pues que ser humano sobre la faz de la tierra es capaz de medir la culpabilidad de un hombre y aplicarle la pena exactamente adecuada al la voluntad manifestada al momento de cometer el ilícito.

Esta complicada tarea se enfrenta además al problema de las antinomias de la pena, que se presenta entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Para lograr un equilibrio entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, deberá entenderse a estos tres elementos desde un aspecto meramente positivo. La culpabilidad debe separarse de los conceptos de retribución y expiación, siendo necesario asimilar a ésta como un principio de protección del individuo frente al Estado, titular de la potestad penal. Por lo que hace a la prevención general, a esta debe separársele de su función negativa, esto es, la intimidación general ante la comisión de hechos delictivos, debiendo entenderse ahora por prevención general, el fortalecimiento de la conciencia jurídica que se traduce en el sentimiento general de responsabilidad y apego al derecho. Por último a la prevención especial se le deberá comprender como un capacitar para la participación de la vida social por parte de aquel que ha infringido la norma penal, creando en él una conciencia de responsabilidad y apego a derecho.

La reincidencia en el lenguaje jurídico-penal, debe ser entendida como la recaída en el delito por parte de quien ha sido juzgado y sentenciado, previamente, por un delito anterior a la comisión del segundo o subsecuentes ilícitos.

El artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal establece que para que pueda configurarse la reincidencia, es menester que concurren los siguientes requisitos: a) una previa sentencia ejecutoriada; b) la comisión de un nuevo hecho delictivo; y c) que halla transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena.

Para nosotros la reincidencia no debe constituir una circunstancia agravante de la pena, pues ello es inadmisibles, toda vez, que la recaída en el delito no traduce un aumento de daño material ó incluso moral del delito, además de que quebranta el principio non bis in idem, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, así lo dispone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 23, puesto que recordar un delito ya penado e imponer una pena más grave a causa de un delito anterior, cuya condena había sido purgada, constituye una grave injusticia, el quebranto del principio citado, al estar juzgando dos veces por el mismo delito y, la violación de la garantía individual contenida en el artículo en mención.

Por otra parte, la reincidencia como agravante, también transgrede el principio de culpabilidad, pues de un derecho penal de culpabilidad por el hecho, se pasa a

un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida, es decir, la agravación de la pena por reincidencia es un castigo dirigido a una persona en lugar de a una conducta concreta.

Por lo tanto, la reincidencia no debe ser considerada como una circunstancia agravante de la pena, a ésta debe considerársele como una manifestación más de la personalidad del delincuente, que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de individualizar la pena, para conocer mejor al enjuiciado e imponerle la pena más adecuada a sus circunstancias peculiares, con el fin de lograr a través de ella su reincorporación a la sociedad.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el año de 1991, consideraba a la reincidencia como una circunstancia agravante de la pena, al expresar: " A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez. si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma".

Con tal concepción de la reincidencia, se violaban principios del Derecho Penal, tales como el non bis in idem y el de la culpabilidad, toda vez que por una parte se le estaba juzgando al reincidente dos veces por el mismo delito y a su vez se le condenaba no por el hecho delictivo cometido, sino que se le enjuiciaba y se le agravaba la pena por la conducta mostrada en su vida. Aunado a lo anterior se vulneraban garantías individuales tales como las contenidas en los artículos 14 y 23 de la Constitución, pues si bien es cierto se imponía una pena no decretada por la norma penal exactamente aplicable al delito de que se trataba, toda vez que para cada delito se señalan límites mínimo y máximo dentro de los cuales debe oscilar la pena aplicable, misma que no deberá de exeder de esos márgenes, en función de la culpabilidad del delincuente. Asimismo y como ya se menciona se juzgaba dos veces por el mismo delito al imputar al autor de esté, consecuencias posteriores del primer delito ya juzgado.

En diciembre de 1991, el Legislador adiciona un segundo párrafo al artículo 65, que a la letra dice: "En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad".

Con dicha adición se robustece el problema, pues no conforme con la serie de violaciones que ya entrañaba, le agrega otras, pasando a desvirtuar la naturaleza misma de la pena alternativa, no cabe duda el espíritu demoledor es palpable, en atención a que la pena alternativa pasa a convertirse, por plumazo del legislador que hace gala de su ignorancia jurídica, en pena privativa de la libertad, quitándole al juzgador la posibilidad de elegir de entre las opciones que la alternativa le ofrecía, la más adecuada a las peculiaridades del delincuente, para con ella lograr su resocialización, despojándolo por ende del arbitrio judicial.

Eso no es todo, adicionalmente cuando de reincidencia se tratara y por considerarse a la pena alternativa como privativa de libertad, habrá lugar, según lo dispone el artículo 18 Constitucional, a prisión preventiva, lo que no sucedería si de pena alternativa se tratara.

Por lo anterior se considera que el artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal, redactado de esa forma era anticonstitucional, pues agravar la pena por reincidencia es violatorio de las garantías contenidas en los numerales 14, 18 y 23 de la Constitución y por ende de los principios de derecho penal "non bis in

idem" y "nullum crimen, nulla poena sine lege", además de desvirtuar la naturaleza de la pena alternativa.

Con la reforma del artículo 65, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 y entrada en vigor el 1º de febrero del mismo año, el legislador da un giro de 180 grados en lo que a reincidencia se refiere, pues de considerarla como un factor agravante de la pena, pasa a concebirla como un elemento más para la individualización de la pena, que se tomara en cuenta para el otorgamiento o no de los substitutivos penales, reconociendo además en su exposición de motivos que con la anterior concepción de la reincidencia, se violaban principios constitucionales y de derecho penal.

El artículo 65 en su nuevo texto, se lee de la siguiente forma: "La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios de los substitutivos penales que la ley prevea. En caso de reincidencia, el juzgador sólo impondrá la pena que corresponda al delito de que se juzga en los términos del artículo 52".

Lejos ha llegado el Legislador con esta reforma, pues no sólo ha dejado de considerar a la reincidencia como un factor agravante de la pena, sino que también al eliminar el último párrafo del artículo 65 que señalaba que "en caso de pena alternativa se aplicara al reincidente la pena privativa de libertad", ha dejado de considerar a la pena alternativa como privativa de libertad, devolviéndole su verdadera naturaleza, y reafirmando el libre albedrío del juzgador, es decir, la posibilidad de elegir libremente de entre dos o mas tipos de pena, la mas adecuada al caso en concreto.

Por último es necesario apuntar que es de esta forma, como la reincidencia ha dejado de ser para el Código Penal para el Distrito Federal, una circunstancia agravante de la pena, que imponía al juzgador la obligación de aumentar forzosa y necesariamente la pena cuando de juzgar a un reincidente se tratara. En nuestro concepto la reincidencia pasa a ser una manifestación mas de la personalidad del delincuente, que llevará al juzgador a conocer mejor al enjuiciado, para así, eficientemente, adecuar la pena del delito de que se trate al delincuente, haciendo prudente uso de su arbitrio judicial. Juzgando al delincuente sólo por el delito cometido y por el cual se le sigue proceso, y no por un delito por el que ya había sido juzgado y condenado.

Aunque atingente la reforma, creemos pertinente colocar el texto del artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal, en un capítulo adecuado, pues de las conclusiones a que hemos llegado se advierte que el mismo no debe estar contemplado en un apartado de aplicación de sanciones, toda vez que al señalar que la reincidencia será tomada en cuenta tan sólo para el otorgamiento o no de los sustitutivos penales, ésta pierde su esencia y naturaleza jurídica de agravante, por lo que se le debe insertar en el capítulo relativo a tales beneficios.

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

1. ANTOLISEI, FRANCESCO. " MANUAL DE DERECHO PENAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1988.
2. ARILLA BAS, FERNANDO." DERECHO PENAL", EDIT. CAJICA, MEXICO, 1982.
3. BARREDA SOLORZANO, LUIS DE LA. "IUS PUNIENDI ET IUS POENALE" EDIT. UNAM, MEXICO, 1981.
4. BERGALLI, ROBERTO. "READAPTACION SOCIAL POR MEDIO DE LA EJECUCION PENAL", EDIT. BOSH, MADRID, 1976.
5. BERINSTAIN, ANTONIO. "DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1986.
6. BERINSTAIN, ANTONIO. "CUESTIONES PENALES Y CRIMINOLOGICAS", EDIT. BOSH, MADRID, 1979.
7. BERINSTAIN, ANTONIO. "CRISIS DEL DERECHO REPRESIVO", EDIT. BOSH, MADRID, 1977.
8. BERINSTAIN, ANTONIO. "MEDIDAS PENALES EN EL DERECHO CONTEMPORANEO", EDIT. INACIPE, MEXICO, 1984.
9. BURGOA ORIUELA, IGNACIO. "LAS GARNTIAS INDIVIDUALES", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1989.
10. BUSTOS RAMIREZ, JUAN. "TRATADO DE LAS PENAS", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1985.
11. CARNELUTTI, FRANCESCO. "EL PROBLEMA DE LA PENA", EDICIONES JURIDICAS EUROPEAS, S. L.
12. CARMIGRANI, GIOVANNI. "ELEMENTOS DEL DRECHO CRIMINAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1979.
13. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1977.
14. CARRARA, FRANCESCO. "DERECHO PENAL", EDIT. ARAYU, BUENOS AIRES, 1978.

15. CASTELI, ENRICO. "EL MITO DE LA PENA", EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES, 1978.
16. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1986.
17. CENICEROS, JOSE ANGEL. "TRES ESTUDIOS CRIMINOLOGICOS", EDIT. CAJICA, MEXICO, 1941.
18. CORDOVA RODA, JUAN. "CULPABILIDAD Y PENA", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1968.
19. CORDOVA RODA, JUAN. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1962.
20. CUELLO CALON, EUGENIO. "DERECHO PENAL", EDIT. NACIONAL, BARCELONA, 1940.
21. CUELLO CALON, EUGENIO. "LA MODERNA PENOLOGIA", EDIT. BOSH, MADRID, 1974.
22. DORADO MONTERO, PEDRO. "BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL", EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES, 1973.
23. FLORIAN, EUGENIO. "PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1968.
24. FONTAN BALESTRA, CARLOS. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1990.
25. FRANCO SODI, CARLOS. "NOCIONES DE DERECHO PENAL", EDIT. BOTAS, MEXICO, 1950.
26. GARCIA ARAN, MERCEDES. "LOS CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA PENA" EDIT. BOSH, BARCELONA, 1982.
27. GARCIA, LUIS M. "REINCIDENCIA", S.A. S.L., 1992.
28. GARCIA MAYNES, EDUARDO. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1985.
29. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. "JUSTICIA PENAL", EDIT. UNAM, MEXICO, 1982.

30. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. "CUESTIONES CRIMINOLOGICAS Y PENALES CONTEMPORANEAS", EDIT. UNAM, MEXICO, 1981.
31. GARCIA VALDES, CARLOS. " NO A LA PENA DE MUERTE", EDIT. BOSH, MADRID, 1975.
32. GARCIA VALDES, CARLOS. "INTRODUCCION A LA PENOLOGIA", EDIT. PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA, MADRID, 1977.
33. GONZALES DE LA VEGA, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO", EDIT. HARLA, MEXICO, 1978.
34. GROSSO GALVAN, MANUEL. "LOS ANTECEDENTES PENALES, REHABILITACION Y CONTROL SOCIAL", EDIT. REUS, BARCELONA, 1983.
35. JESCHECK HANS, HEINRICH. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1981.
36. JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1974.
37. LANDROVE DIAZ, GERARDO. "LAS CONCECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO", EDIT. BOSH, MADRID, 1972.
38. LANGLE, EMILO. "LA TEORIA DE LA POLITICA CRIMINAL", EDIT. REUS, MADRID, 1976.
39. LISZT, FRANZ VON. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. REUS, MADRID, 1926.
40. LISZT, FRANZ VON. "LA IDEA DEL FIN DEL DERECHO PENAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1990.
41. LOBATTUT GLENA, GUSTAVO. "DERECHO PENAL", EDIT. JURIDICA, CHILE, 1972.
42. LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL. "MEDICION DE LA PENA Y SUSTITUTIVOS PENALES", EDIT. BOSH, BARCELONA 1979.
43. MAGGIORE, GIUSEPPE. "EL DELITO, LA PENA, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SANCIONES CIVILES", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1986.

44. MAGGIORE, GIUSEPPE. "DERECHO PENAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1989.
45. MARCO DEL PONT, LUIS. "PENOLOGIA Y SISTEMAS CARCELARIOS", EDIT. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1975.
46. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. "DERECHO PENAL", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1984.
47. MEZGER, EDMUNDO. "TRATADO DE DERECHO PENAL", EDIT. CARDENAS, MADRID, 1957.
48. MIR PUIG, SANTIAGO. "FUNCION DE LA PENA Y TEORIA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DEL DERECHO", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1982.
49. MIR PUIG, SANTIAGO. "LA REFORMA DEL DERECHO PENAL". EDIT. BOSH, BARCELONA, 1982.
50. MUÑAGORRI LAGUIA, IGNACIO. "SANCION PENAL Y POLITICA CRIMINAL", EDITORES JURIDICOS, MADRID, 1977.
51. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1972.
52. MUÑOZ POPE, CARLOS ENRIQUE. "LA PENA CAPITAL EN CENTRO AMERICA", EDIT. ACNUR, PANAMA, 1978.
53. OJEDA VELAZQUEZ, JORGE. "DERECHO DE EJECUCION DE PENAS", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1985.
54. OLESA MUÑIDO, FRANCISCO FELIPE. "LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1988.
55. ONECA, ANTON. "DERECHO PENAL", EDIT. BOSH, MADRID, 1949.
56. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO HEBERTO. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1987.
57. PORTE PETIT, CELESTINO. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1977.

58. QUINTANA RIPOLLES, ANTONIO. "DERECHO PENAL DE LA CULPA", EDIT. EDIAR, BUENOS AIRES, 1972.
59. QUINTERO OLIVARES, GONZALO. "INTRODUCCION AL DERECHO PENAL", S. L., 1970.
60. QUINTERO OLIVARES, GONZALO. " POLITICA CRIMINAL Y DETERMINACION DE LA PENA", S.A., S. L.
61. QUINTERO OLIVARES, GONZALO. "REPRESION PENAL Y ESTADO DE DERECHO", EDIT. REUS, BARCELONA, 1976.
62. QUIROZ CUARON, ALFONSO. "EL COSTO SOCIAL DEL DELITO EN MEXICO", EDIT. BOTAS, MEXICO, 1985.
63. REYES ECHANDIA, ALFONSO. "DERECHO PENAL", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1990.
64. REYES ECHANDIA, ALFONSO. "LA PUNIBILIDAD", EDIT. TEMIS, BOGOTA, 1978.
65. RICO, JOSE MARIA. "LAS SANCIONES PENALES Y LA POLITICA CRIMINOLOGICA CONTEMPORANEA", EDIT. SIGLO XXI, MEXICO, 1979.
- RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. "CRIMINALIA", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1991.
66. RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. "LA CRISIS PENITENCIARIA Y LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISION", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1986.
67. ROSAL, JUAN DEL. "TRATADO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL", EDIT. BOSH, MADRID, 1972.
68. ROXIN, CLAUS. "INICIACION AL DERECHO PENAL DE HOY", EDIT. SEVILLA, 1981.
69. ROXIN, CLAUS. "CULPABILIDAD Y PREVENCION EN EL DERECHO PENAL", EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES, 1972.
70. ROXIN, CLAUS. "POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL", EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES, 1972.

71. SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. "PENOLOGIA", EDIT. TEMIS, COLOMBIA, 1982.

72. SAUER, GUILLERMO. "DERECHO PENAL", EDIT. BOSH, BARCELONA, 1956.

73. SUEIRO, DANIEL. "LA PENA DE MUERTE Y LOS DERECHOS HUMANOS", EDIT. ALIANZA, MADRID, 1980.

74. VILLALOBOS, IGNACIO. "DERECHO PENAL MEXICANO", EDIT. PORRUA, MEXICO, 1975.

75. WELZEL, HANZ. "DERECHO PENAL ALEMAN", EDICIONES JURIDICAS, CHILE, 1972.

76. WESSELS, JOHANNES. "DERECHO PENAL", EDIT. DEPALMA, BUENOS AIRES, 1980.

77. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "MANUAL DE DERECHO PENAL", EDIT. CARDENAS, MEXICO, 1986.

78. ZIPF, HEINZ. "INTRODUCCION A LA POLITICA CRIMINAL", EDIT. EDESA, CARACAS, 1979.

#### **PUBLICACIONES Y REVISTAS**

79. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, VOL. III, N° 2, ABRIL-JUNIO DE 1985, MEXICO, D.F.

80. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES, VOL. VI, N° 14, ENERO-ABRIL DE 1985, MEXICO, D.F.

81. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, N° 129, ENERO-JUNIO DE 1965, VENEZUELA.

82. BOLETIN JURIDICO MILITAR, TOMO XVII, N° 3 Y 4, ENERO-FEBRERO DE 1953, MEXICO.

83. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, AÑO 11, N°. 106, 107 Y 108, AGOSTO, OCTUBRE, DICIEMBRE DE 1945, VENEZUELA.

84. CRIMINALIA, AÑO XXV, N°. 12, DICIEMBRE DE 1959, MEXICO.

85. ANALES DE JURISPRUDENCIA, AÑO XXV, TOMO XCBII, N° 16, 1958, MEXICO.
86. REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, AÑO CXIII, N° 6, DICIEMBRE DE 1965, ESPAÑA.
87. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, VOL. I, N° 1, ENERO-MARZO DE 1983, MEXICO.
88. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, TOMO XXXIII, FASCICULO II, MAYO-AGOSTO DE 1980, ESPAÑA.
89. DOCTRINA PENAL, AÑO II, N° 5 A 8, 1979, ARGENTINA.
90. REVISTA MEXICANA DE JSUTICIA, VOL. II, N° 1, ENERO-MARZO DE 1984, MEXICO.
91. CRIMINALIA, AÑO XXVI, N° 6, JUNIO DE 1960, MEXICO.
92. REVISTA JURIDICA DOMONICANA, VOL. VII, N° 1, PRIMER TRIMESTRE DE 1945, REPUBLICA DOMINICANA.
93. REVISTA DE DERECHO PENAL CONTEMPORANEO, N° 19, MARZO-ABRIL DE 1967, MEXICO.
94. REVISTA DE DERECHO PENAL AÑO I, 1942, MEXICO.
95. CRIMINALIA, AÑO XXVI, N° 12, DICIEMBRE DE 1960, MEXICO.
96. BOLETIN JURIDICO MILITAR, TOMO XVII, N° 9 Y 10, JULIO-AGOSTO DE 1953, MEXICO.
97. REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, AÑO 11, N° 43, OCTUBRE-DICIEMBRE DE 1962, VENEZUELA.
98. REVISTA JURIDICA VERACRUZANA, TOMO XXXI, N° 3, JULIO-SEPTIEMBRE DE 1979, MEXICO.
99. CRIMINALIA, AÑO XXII, N° 1, ENERO DE 1956, MEXICO.
100. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO XXIV, 1987, ARGENTINA.
101. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, VOL. III, 1985, MEXICO.