

13
24

002463
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



ACATLAN, ESTADO DE
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN.

*97 ABR 18 PM 12 25

DEPTO. DE TITULOS
PROFESIONALES
Y CERTIFICACION

ESTUDIO CRITICO DEL ARTICULO 55 DEL CODIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN BUSCA
DE SU DEROGACION.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA DEL ROSARIO ARROYO GALICIA



ACATLAN, EDO DE MEXICO

1997

**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.

*ESTUDIO CRITICO DEL ARTICULO 55 DEL CODIGO PENAL
PARA EL
DISTRITO FEDERAL, EN BUSCA DE SU DEROGACION.*

*ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN.*

MARIA DEL ROSARIO ARROYO GALICIA

**ESTUDIO CRITICO DEL ARTICULO 55 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN BUSCA DE SU DEROGACION**

OBJETIVO

La derogación del artículo 55 del Código Penal, señalando la necesidad de imponer una pena privativa de libertad obedece a la aplicación de justicia y de la ley, siendo esta una justa retribución al ilícito cometido y una respuesta a los reclamos de la seguridad social, atendiendo a la gravedad del delito y al daño causado por el mismo, por lo que resultaría contrario a estos principios la no imposición de la misma.

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL

	PAG.
1.- Concepto de Derecho Penal	1
2.- Los fines y los objetivos	6
3.- El poder sancionador del Estado	10
4.- La escuela clásica y la escuela positiva	15

CAPITULO II

EL DELITO COMO CAUSA GENERADORA DE LA PENA

1.- La noción del delito	22
a).- Legal o formal	23
b).- Jurídica substancial	24
2.- Elementos del delito	25
3.- Fundamento de la excluyente de responsabilidad y de la excusa absoluta	50

CAPITULO III

LA PENA COMO JUSTA RETRIBUCION AL ILICITO COMETIDO

1.- Noción de la pena	56
-----------------------	----

2.-	Fundamentos de la pena	59
3.-	Fines y caracteres de la pena	60
4.-	Clasificación de la pena	63
5.-	Individualización de la pena	65
	a).- Concepto y razón de ser	69
	b).- Historia	70
	c).- Eclectisismo actual	72
	d).- La ley	73
	e).- El juez	75
	f).- El ejecutivo	76

CAPITULO IV

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1.-	Historia	78
2.-	Concepto	80
3.-	La prisión y nuestro sistema	81
4.-	Clasificación	86
5.-	Otras penas contra la libertad	91
6.-	La aplicación de la pena y el poder discrecional del juez	93

CAPITULO V

ANALISIS DEL ARTICULO 55 DEL CODIGO PENAL PAG. 103

Conclusiones	128
Bibliografía	

CON MI MAS GRANDE AGRADECIMIENTO Y CON TODO MI CARINO Y RESPETO, A MIS PADRES, PORQUE CON SU APOYO, CARINO Y COMPRENSION HE REALIZADO CADA UNA DE LAS METAS YA LOGRADAS Y POR ENDE LA CULMINACION DE LA PRESENTE TESIS.

A MI PADRE, PORQUE CON SU SENCILLES Y NOBLEZA HA INFUNDIDO EN MI LA SUFICIENTE ENTEREZA PARA OBTENER TODOS Y CADA UNO DE LOS OBJETIVOS QUE ME HE TRAZADO.

A MI MADRE, PORQUE CON SU FORTALEZA Y CARACTER ME HA IMPULSADO A LLEGAR UNA VEZ MAS A LA META PROPUESTA.

A MIS HERMANOS, CON MUCHO CARINO:
A LETY, A QUIEN HE TOMADO COMO EJEMPLO A SEGUIR POR SER UNA MUJER QUE HA LOGRADO REALIZAR SUS OBJETIVOS.
A ANGELINA, PORQUE ME HA DEMOSTRADO QUE CONTAR CON EL APOYO Y CARINO DE HERMANOS SE LOGRA CUALQUIER META QUE UNO SE PROPONGA.
A ANGEL, POR SU GRAN PARTICIPACION Y APOYO BRINDADO PARA LA RELIZACION DE LA PRESENTE TESIS.
A ARA, MI HERMANA MENOR, QUIEN CON SU PARTICIPACION EN LAS ACTIVIDADES COTIDIANAS ME HA PERMITIDO ELABORAR Y CONCLUIR MI TESIS.

A MIS AMIGOS CON MUCHO AFECTO:
PATY, YOLA, ARCELIA, EDUARDO Y MUY EN ESPECIAL A MI GRAN AMIGO HEVER, QUIEN CON SU VALIOSA AMISTAD, COLABORACION Y AYUDA, HA SIDO MAS FACIL LOGRRAR Y CONCLUIR LA META QUE PARECIA LEJANA.

A ESA PERSONA QUE SIEMPRE HA ESTADO PRESENTE EN LOS MOMENTOS MAS IMPORTANTES DE MI VIDA Y A QUIEN SIEMPRE HE TENIDO EN MENTE, Y EN MI CORAZON.

A TODO AQUELLOS AMIGOS QUE ME HAN ALENTADO A ALCANZAR ESTA META.

**AL LICENCIADO JORGE HUITRON MARQUEZ, POR SU DIRECCION,
TOLERANCIA Y APOYO EN LA REALIZACION DE ESTA TESIS.**

A LOS SEÑORES MIEMBROS DEL JUARADO. CON TODO RESPETO.

**A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN",
DE LA QUE GUARDO IMBORRABLES RECUERDOS.**

INTRODUCCION.

A través de las diversas épocas, el delito ha surgido como un acto que lesiona todo tipo de intereses y bienes que son necesarios para la subsistencia de los seres humanos, sin embargo, es el mismo ser humano el que lesiona dichos bienes y lo hace a través de actos antisociales y contrarios a lo que la ley dispone, ley que ha sido creada para salvaguardar y proteger esos mismos bienes, es decir, el ser humano en cualquier época y sociedad en la que se ha desarrollado y se ha manifestado, ha realizado conductas que lesionan tanto a su prójimo así como a los diversos bienes que necesita para desarrollarse en sociedad.

Esto significa que el ser humano posee por naturaleza la capacidad para realizar actos que dañan los bienes que la sociedad se a encargado de crear para su bienestar, pues roba, viola, asesina y lesiona todo aquello que se encuentra dentro de lo que es considerado patrimonio del individuo como lo son sus propiedades materiales, así como de lo que es inherente a su persona, como lo es la vida y la libertad, bienes insustituibles y que se ven afectados por los actos que comete, los cuales son denominados delitos.

A tan graves actos se a dado respuesta, pretendiendo castigar a quien es culpable y es capaz de cometer dichas conductas antisociales, es por ello que el Estado en ejercicio de su soberanía y como órgano que gobierna a la ciudadanía ha regulado a través de un conjunto de normas llamadas en su conjunto Derecho Penal, las diversas manifestaciones de conductas consideradas delitos, los cuales

vienen a ser un alto riesgo para la seguridad y el orden público que la sociedad reclama.

El Derecho Penal como conjunto de normas reguladora de conductas contrarias a la ley, ha determinado diversas sanciones que restrinjan y repriman dichas conductas, es decir, ha establecido las penas y medidas de seguridad que deberán aplicarse en la comisión de un delito, lo cual viene a ser un medio de control contra la delincuencia ya que con dichas sanciones se pretende evitar la propagación y aumento de delitos, así como el restablecimiento y mantenimiento del orden público. Para la aplicación e imposición de dichas sanciones es necesario que se tomen en cuenta las diversas circunstancias que rodean al delito como al delincuente, con ello se pretende que se aplique con toda justicia la pena a la que se hace merecedor el delincuente.

La sanción más común en la mayoría de las sociedades es la pena privativa de libertad, la cual viene a ser el encierro de la persona que ha cometido un delito dentro de un establecimiento destinado para ello y al cual se le a llamado prisión, con ella se a logrado, aunque no con eficacia y efectividad, mantener un control sobre la delincuencia y su aumento en la comisión de delitos, ya que actúa sobre uno de los bienes más preciados del ser humano como lo es la libertad.

La imposición de la pena privativa de libertad le corresponde al juez, pues es la autoridad judicial quien se encuentra facultada constitucionalmente para imponer una sanción. El juez para imponer dicha pena deberá considerar todas aquellas circunstancias que caracterizan al individuo así como a las que rodean al delito, con ello el juez realiza la llamada individualización judicial con la cual se ha logrado sancionar con justicia a quien es culpable de un delito, pues la pena que

se le impone es en base a esa individualización, de ésta manera, el juez responde a una mejor impartición de justicia.

La imposición de la pena implica que se cumpla con ciertas finalidades, como son la prevención general y la prevención especial, con las cuales se ha querido minimizar los hechos delictuosos en base al ejemplo y temor que se infunda a los demás individuos que no han delinquido.

Pero no sólo se busca castigar a quien ha infringido la ley, también ha considerado la posible rehabilitación y resocialización del delincuente, dicho propósito resulta difícil de llevar a cabo debido a las circunstancias que rodean a cada una de las personas que delinquen, así como de las personas encargadas de cuidar que se cumpla con la pena impuesta, sin embargo, cabe señalar que la resocialización y rehabilitación que necesita el sujeto que ha delinquido es un propósito que para lograrse requiere de muchos factores, uno de los cuales es que deberá realizarse dentro del establecimiento destinado a cumplirse con la pena que se impone, es decir, en la prisión, la cual deberá reunir requisitos de un buen personal, así como de instalaciones adecuadas y deberá realizarse en prisión porque tampoco podemos dejar impune el delito cometido, pues el delincuente ante todo merece ser sancionado, además con la prisión se contrarresta la impunidad de la ley, toda vez que impone al culpable una pena que significa la culminación al reclamo de justicia y seguridad de una sociedad que se ha visto afectada con los diversos delitos.

En base a lo antes manifestado, el presente trabajo pretende confirmar que el delito es un acto que ocasiona graves daños a toda una sociedad, que es derivado de cualquier ser humano que tenga capacidad para delinquir pues no

Importa en que etapa de vida se encuentre para que éste sea capaz de llevar a cabo algún acto antisocial, el cual trae consigo consecuencias de tan alta estima que esto nos lleve a considerar que corre peligro la conservación y mantenimiento de una sociedad dentro de un marco de derecho. Por ello, debemos advertir la importancia de seguir aplicando una ley justa, dejando a un lado toda aquella ley creada sólo para desequilibrar el orden, la justicia y la punición de los delitos, por eso señalamos que el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal es un artículo que trae en su imposición la impunidad de la ley y la falta de justicia, por lo que proponemos que deberá derogarse, pues al no permitir que se aplique una pena a quien ha cometido un delito, como lo es la pena privativa de libertad, considerando para ello circunstancias de tan particular estima, como son la edad senil y las consecuencias sufridas por el delincuente al cometer el delito, equivaldría a estar pasando por encima de la justicia que reclama la víctima y de las finalidades y propósitos que trae aparejada la imposición de la pena antes indicada, así también serviría de ejemplo para todos aquellos sujetos que encontrándose en tan particulares situaciones les estimularía para seguir cometiendo otros delitos, lo que traería como consecuencia el que aumentarían los delitos y sobre todo, se dejara en la total impunidad a los delitos ya cometidos, con esto la ciudadanía se encontraría en un medio de inseguridad ante la creciente delincuencia, pues en una sociedad cada día más conflictiva en la que predominara la delincuencia, provocaría la incredulidad en la impartición de justicia y en las personas que la aplican, tomando la justicia por propia mano, volviendo con ello a los tiempos en los que la venganza era la mejor forma de hacer justicia.

CAPITULO 1.- EL DERECHO PENAL.

1.- Concepto de Derecho Penal.

El Derecho Penal ha sido considerado por algunos tratadistas como la rama del Derecho de mayor trascendencia, pues a diferencia de otras, tiene una mayor relación con los individuos, además de ser este el derecho que combate al delito y mantiene el orden y la seguridad de la sociedad, y tan ha sido considerada como la rama mas importante, que se habla de un Derecho Penal desde los tiempos mas remotos.

A través de la historia, el Derecho Penal ha mostrado diversos fundamentos, así tenemos que en un principio el fundamento de la justicia penal era de carácter represivo. La justicia se hacía por mano propia, ya sea de forma individual, es decir, la practicada de individuo a individuo o la realizada por un grupo familiar a otro, tomando así el carácter de venganza.

La sociedad posteriormente interviene y con su intervención se habla de una venganza privada. Este tipo de justicia originó hechos gravísimos, pues los vengadores no reconocían limitación a su venganza produciéndose verdaderas guerras sangrientas, lo que originó la llamada ley del talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el causado a su víctima, imponiendo la

regla de la retribución del mal por un mal igual. Otro tipo de limitación a la venganza, es la llamada composición en el que se substituía a la pena por un pago de dinero, es decir, el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia mediante el pago de dinero u objetos de valor el derecho de venganza.

En el llamado período de la venganza divina del Derecho Penal, la justicia se ejercitaba en nombre de Dios, los jueces juzgaban en su nombre y se imponían penas al delincuente para que purgara su delito. Posteriormente al estructurarse el Estado y fortalecerse sobre bases sólidas, se comprobó que la venganza de sangre y las demás formas primitivas de represión turbaban la paz de la sociedad y destruían a la familia, interviniendo con la pena pública, aspirando de esta manera, a mantener la paz y la tranquilidad social.

No es sino hasta la Revolución Francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del hombre (26 de Agosto de 1789), que se establecen principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales. Este acontecimiento de gran trascendencia aparece dentro del periodo al que se le ha denominado "Humanitario", periodo que surge en contra de la penalidad cruelesima de los antiguos tiempos.

El Derecho Penal no apareció súbitamente, sino que fue resultado de una lenta elaboración histórica, pues la sociedad para poder subsistir y desarrollarse necesitó de un conjunto de normas que regularan la conducta de los individuos y la actividad de los órganos colectivos, determinando su estructuración y estableciendo también las relaciones entre estos órganos y aquellos individuos. Así el Derecho Penal, desprendido de la propia naturaleza de la sociedad, significa un conjunto sistemático de costumbres y de disposiciones obligatorias que rigen a los individuos y a la comunidad, determinando un orden justo y conveniente.

El contenido del Derecho Penal, ha sido expuesto por numerosos escritores, cada uno de ellos, con el punto de vista del que la ha escrito; así tenemos que Jiménez de Asúa Luis lo define como "conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionar y preventivo del

Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida de seguridad".(1)

Ignacio Villalobos lo define como "una rama del Derecho Publico Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañen o ponen en peligro". (2)

Celestino Porte Petit da su definición y nos dice que es el "conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción". (3)

Estas son algunas de las definiciones que se han dado del Derecho Penal, cada una de ellas lo enmarca como a un conjunto de normas o disposiciones mediante las cuales se rige la conducta del individuo, el hacer u omitir, determinando el delito y la sanción, o sea, una pena o medida de seguridad, así también algunas de ellas señalan cómo esas mismas normas regulan al Estado en el ejercicio del poder sancionador que posee, pues siendo este el titular del Derecho Penal, es el único que puede y que tiene la facultad para crear y determinar al delito.

1 Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Pág. 33.

2 Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Pág. 15.

3 Porte Petit, C. Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Pág. 13.

La mas completa desde mi punto de vista es la definición que da Luis Jiménez de Asúa del Derecho Penal, pues establece cómo la ley regula el poder que posee el Estado para sancionar, pues no puede de esta manera actuar arbitrariamente, así también, señala que es el Derecho Penal, quien define al delito y es quien determina como su consecuencia una pena o medida de seguridad, la justa retribución al ilícito cometido.

Además de las definiciones que anteriormente e señalado, también se distingue al Derecho Penal desde un doble punto de vista, el Subjetivo y el Objetivo. En sentido Subjetivo se entiende como "la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad, es el llamado *lus Puniendi*". (4)

Es facultad, porque el Estado y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales pero es también deber, porque es garantía indispensable en los estados de derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo.

En sentido Objetivo "es el conjunto de normas legales que asocia al crimen como hecho y a la pena como legitima consecuencia" (5).

Respecto al Derecho Penal Subjetivo, al Estado con la facultad para crear al delito y determinar las penas y medidas de seguridad, así como para imponerlas y ejecutarlas y con esa titularidad que tiene del Derecho Penal, es el único que posee un poder sancionador represivo necesario para regir la conducta del individuo y dar seguridad a la sociedad, pues ningún particular podria tener esa facultad.

Si el Estado tiene la facultad para crear al delito y determinar como consecuencia la pena para de esta manera reprimir la propagación y aumento de la delincuencia, es importante advertir que debe cumplir con esa facultad, pues sólo él la posee, y no es de otra manera como se puede asegurar a la ciudadanía tranquilidad y bienestar, es por

4 Fontan Balestra, Carlos, Derecho Penal, Pág. 1.
5 Fontan Balestra. ob. cit., Pág. 1.

ello que lo que se establece en el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal y que es el fundamento de esta tesis, no debe establecer la no aplicación de pena alguna o sea esta privativa restrictiva de libertad, pues entonces el Estado estaría faltando a ese deber que tiene y a esa facultad que posee como órgano que determina y señala la amenaza de pena cuando así lo amerite y merezca el delincuente.

Del Derecho Penal objetivo, diremos que siendo éste un conjunto de normas establecidas por el Estado y que señala al hecho como delito y como a su consecuencia la pena, es a su vez una limitación a la potestad represiva que tiene el Estado, pues no puede actuar en forma indiscriminada y a su puro arbitrio, ya que si bien él esta facultado para crear e imponer sanciones, también es cierto que debe hacerlo en base a ese mismo conjunto de normas que regulan su ejercicio dentro del campo del Derecho Penal, de esta manera la sociedad tiene la certeza de tener protección y seguridad y una aplicación justa de la ley. Este conjunto de normas acarrea como consecuencia la imposición de una sanción coactivamente aplicada por el Estado que monopoliza el uso de la fuerza pero que tiene como finalidad la paz social.

Al hablar del contenido del Derecho Penal, es importante determinar las características que posee, así tenemos que el Derecho Penal es: 1.- Normativo, 2.- Valorativo, 3.- Finalista, 4.- Publico, y 5.- Sancionador.

1- Normativo, puesto que lo constituye un conjunto de normas jurídicopenales que se distinguen de las del resto del derecho por ser retributivas y cuyo fundamento se encuentra en el principio ético en virtud del cual el mal debe ser retribuido con el mal, del mismo modo que el bien debe ser retribuido con el bien.

2.- Valorativo, al valorar las conductas o hechos realizados por el hombre. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar en función de un fin colectivamente perseguido y a una valoración de hechos, pues el Derecho Penal funciona como un sistema tutelar de los valores mas altos y solo interviene ante las transgresiones que quebrantan los valores fundamentales de una sociedad.

3.- Finalista, es uno de los caracteres esenciales del Derecho Penal, pues su esencia es la protección jurídica de los bienes jurídicos, dichos bienes nacen de la vida y son vitales para el individuo y para la sociedad en que vive. Así también tiene como

finalidad combatir el crimen, pues es él quien se ocupa de las conductas de los individuos y actúa al realizarse una conducta que infrinja la ley, pues esta conducta atenta contra la tranquilidad de la sociedad, lo que impide una convivencia social adecuada.

4.- Público, porque resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico, es decir, regula las relaciones entre el Estado y los individuos que lo forman, pues al cometerse un delito, este crea una relación jurídica entre el sujeto activo y el Estado, debiendo este imponer una sanción en razón de un interés público, pues solamente el Estado establece cuales son los delitos, la pena que se le aplica y la ejecución de la misma, pues por encima de los intereses particulares, el Derecho Penal tiende a resguardar el interés general.

5.- Sancionador, porque se vale de la pena para restablecer el orden jurídico, pues si su finalidad es dar amparo a los bienes jurídicos y mantener el orden social, debe hacerlo mediante la aplicación de una sanción.

Si el derecho penal posee las citadas características entonces tenemos que para que el Derecho Penal funcione debiera poner en práctica cada una de ellas; siendo la sanción una de las características deberá aplicarla al cometerse un delito, si no lo hiciera faltaría a una de sus principales funciones, luego entonces si se admite lo establecido en el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece que no se imponga pena privativa o restrictiva de libertad a quien a cometido delito estaríamos contraviniendo las funciones que se han establecido para que el Derecho Penal funcione como parte importante de nuestro Derecho y como reguladora de conductas.

2.- Los Fines y Objetivos.

La sociedad es una forma de vida necesaria para el hombre, en la cual se requiere la realización de actividades de cada uno de los individuos que la forman para lograr su convivencia, resolviendo conflictos, evitando problemas, fomentando la

cooperación y contribuyendo con su esfuerzo para la satisfacción de las exigencias colectivas y de todo aquello que satisface las necesidades físicas, intelectuales o morales del hombre, el que necesita asegurar todos estos elementos que la conforman, siendo así que el Estado como organización política de la sociedad tiene como misión mantener y asegurar a esa sociedad dentro de un orden y una paz social valiéndose del Derecho cuya vida estructura y ordena para cumplir con ese objetivo.

Siendo el Derecho en general el que regula comportamientos con relevancia en el mundo social y el que procura la conservación de la paz social, corresponde al Derecho Penal la protección de esos elementos que necesita la sociedad, elementos que se denominan bienes y que son indispensables tanto para la vida individual como para la colectiva y cuya protección debe asegurarse en forma enérgica. Entre dichos bienes podemos señalar la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la libertad sexual y muchos otros básicos para la supervivencia y desarrollo de la comunidad.

En la medida que el derecho protege a dichos bienes, estos se convierten en bienes jurídicos cuya protección es finalidad principal del Derecho Penal, así como la de garantizar a los ciudadanos justicia y seguridad en sus relaciones con los demás y frente al Estado, para lo cual emplea recursos como son la pena o medida de seguridad, pues únicamente pretende evitar las consecuencias perturbadoras de la paz, haciéndole frente a los ataques que desde el punto de vista de la convivencia social son mas perjudiciales.

Es el derecho quien regula comportamientos importantes en el ámbito social y de esta manera protege los bienes que nos son indispensables para vivir y los protege mediante la pena y medida de seguridad, si estas no se aplican cuando se hayan dañado estos bienes, nuestra seguridad y convivencia se vería perturbada. Siendo entonces que el artículo 55 del Código Penal que establece que pueda no aplicarse pena restrictiva o privativa de libertad aun y cuando se haya cometido delito y dañado bienes, dañaría entonces nuestra seguridad social y no veríamos garantizada la conservación y protección de nuestra integridad personal y de los bienes que poseemos.

Pero no corresponde al Derecho Penal la tutela y protección de todos aquellos bienes, sino solo de aquellos que requieren de una protección especial dada su jerarquía, para lo cual debe considerarse lo siguiente:

a).- El Derecho Penal cumple la misión de tutelar los bienes jurídicos contra aquellos ataques que por su naturaleza comportan un absoluto menosprecio o rechazo del valor que esos bienes revisten para la subsistencia de la comunidad. El Derecho Penal no actúa en todos los casos de infracción al orden jurídico, sino solo cuando el quebrantamiento de las normas crea un estado de alarma general que engendra la necesidad de una reacción pública.

b).- El Derecho Penal en forma complementaria, en el sentido de que refuerza o secunda la protección que el resto del derecho otorga a los bienes jurídicos. La aplicación de las mas drásticas sanciones previstas en el orden jurídico que son las del Derecho Penal, solo se justifican cuando el resto de las saciones aparecen como insuficientes frente a la magnitud del ataque llevado contra dichos bienes; la sanción penal no excluye la procedencia de otras sanciones jurídicas menos graves sino por el contrario, las presupone y viene a sumarse a ellas.

El derecho penal tutela bienes jurídicos participando con ellos de la general naturaleza y función del Derecho. Trata de prevenir para ello, las conductas futuras que los afectan porque los considera necesarios para la existencia, y solo opera su defensa cuando aquellos bienes que son fundamentales se encuentran afectados por alguna lesión o peligro, empleando sanciones para su propio fin, sanciones que se traducen en una pena o medida de seguridad.

Al ser el Derecho Penal protector de los bienes jurídicos debe castigar aquellos hechos que por su trascendencia ponen en peligro o lesionan tales bienes, aspirando de esta manera, a que no se reproduzcan las acciones lesivas de esos bienes, dándole así al ciudadano una seguridad jurídica necesaria para su desarrollo y convivencia dentro de una sociedad, sin que nada lo prive o perturbe arbitrariamente. Aunque se ha dicho que el Derecho Penal debe representar la ultima ratio legis, es decir, encontrarse en ultimo lugar y entrar en el campo de lidiar cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden publico, creo que hay casos que por importancia no

permiten ya una reparación del derecho violado, tal es el caso de un homicidio, por el peligro que revela en el agente mismo y para la sociedad, por lo que es necesario la imposición de una pena que sirva de freno a las conductas de los hombres, pues hay actos antijurídicos que revelan en el sujeto una peligrosidad para el orden mismo de la sociedad, por su actividad dolosa o por su despreocupación ante el daño que pueda sobrevenir a los demás; debe demostrarse entonces una reprobación mas enérgica que constituye una prevención general respecto a todos los hombres que pudieran estar propensos a incurrir en las mismas faltas, para lo cual debe partirse del individuo mismo a quien trata de corregir y cuya peligrosidad se previene tomando el acto ejecutado como sintoma de su peligrosidad, siendo así que la pena o medida de seguridad que se emplee para contrarrestar esos actos antijurídicos componen un sistema de sanciones que obliga a los negligentes e indisciplinados a sujetarse al orden establecido reprimiendo eficazmente esos actos.

La misión del Estado es la de asegurar un orden social y una constante coordinación de actividades que permitan una justa convivencia, dictando disposiciones y asegurando su efectiva y su vigencia; por lo que podemos concluir que la finalidad que persigue el Derecho Penal es la protección y tutela de bienes jurídicos, acabando o cuando menos reduciendo a su mínima expresión el fenómeno de la criminalidad o la delincuencia que afecta dichos bienes o a la sociedad, imponiendo alguna consecuencia penal al sujeto del delito, previniendo los actos delictivos y procurando la readaptación del delincuente a la sociedad, defendiéndola de esta manera de las acciones delictuosas y cumpliendo con la misión del Estado, el cual mediante su poder sancionador y en base a la soberanía que posee deberá mantener la armonía social que necesita el individuo.

Es por ello por lo que debemos estimar que la no aplicación de pena privativa o restrictiva de libertad como lo establece el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal a quien ha cometido delito, viene a contrarrestar los fines que se ha impuesto el Derecho Penal, lo que afectaría en gran medida la misión del Estado y su credibilidad de poder Soberano ante la colectividad.

3.- El Poder Sancionador del Estado.

Desde los tiempos mas antiguos se ha reconocido el poder del Estado para castigar, su justificación se encontraba en que según la aplicación de una pena se hacia en nombre de la comunidad y por interés de ella, así como en la reparación del daño causado. Para los romanos se justificó el derecho de castigar por la ejemplaridad intimidante de las penas. La iglesia refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió al delito como un pecado y la pena como una penitencia. La Edad Media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón del Estado y acentuando con tal justificación la venganza publica hasta llegar a los mas rigurosos extremos, quedando las penas divididas en naturales o legales y humanas.

El llamado *ius Puniendi* tuvo diversos fundamentos filosóficos, dándose algunas teorías que lo han legitimado como son:

A.- Teorías Morales, que consideran a la pena como expiación, enmienda purificación o retribución, censuran la moralidad interna en lo profundo de la conciencia humana, dando a los hombres los atributos de la divinidad, de esta manera el castigo es intrínsecamente justo cuando se aplique por la violación de un deber moral y la sociedad mediante el poder del Estado al ejercitar su potestad punitiva se encargara de garantizar la libertad mediante la protección de los derechos de cada uno y mantener el orden jurídico. Desde este punto de vista la pena tiene concepciones morales y una destacadísima función sobre la personalidad psíquica del sujeto.

B.- Teorías Utilitarias, las cuales ... "hacen derivar la necesidad de la pena de su utilidad, o sea de la necesidad del Estado, como entidad dirigida a la utilidad de los asociados, para el bienestar y el progreso de los súbditos..." (e)

Sus conceptos fundamentales son, la prevención de los delitos y la intimidación que tienen sus antecedentes en Aristóteles para el cual la pena es necesaria en cuanto los hombres obedecen al temor mas que a la razón; en Beccaria que considera únicos los fines de la pena el impedir nuevos daños a la ciudadanía y a apartar a todos del crimen, en Carmignani que postuló que el fin del derecho penal no era vengar el delito ya cometido, sino evitar nuevos delitos. Estas concepciones utilitarias se observan en la razón utilitaria del *lus Puniendi* en el que se pone de relieve el fin subjetivo de la pena, referido a los problemas del sujeto. Los utilitaristas han impulsado su indagación sobre el sujeto, hasta relacionarlo con los criterios generales del Derecho y con el sujeto del derecho en general. El sujeto del derecho ha sido examinado en su estructura jurídica y en la totalidad de su naturaleza orgánica y psicológica.

C.- Teorías Mixtas. En estas teorías se señalan dos elementos característicos. El primero es el valor atribuido al principio del orden moral, como superior a los intereses particulares, reconociendo en dicho orden dos primacías; el individuo y el Estado; el segundo es el valor atribuido al principio del orden jurídico distinto del orden moral, reconociendo un valor autónomo al Estado y al individuo. Estas teorías se fundan en la función utilitaria de la pena, llegando a convertirse en teorías consideradas eclécticas, pero convienen en la función compleja de la pena sobre la personalidad del sujeto activo del crimen.

D.- Tutela Jurídica. El derecho tutela bienes pertenecientes al individuo, bienes jurídicamente protegidos dentro de los cuales se comprende el bien físico (vida e integridad corporal) y bien abstracto (derechos personales y patrimoniales) del sujeto de derecho. La teoría de la tutela jurídica al enmarcarse dentro del ámbito del Derecho Penal y con fundamento del *lus Puniendi* distingue los límites del derecho y de la moral, así en el límite del fuero externo del individuo, la tutela del derecho sirve para proteger la actividad social del sujeto y la fuerza del Estado mediante las sanciones punitivas; en lo que se refiere al fuero interno del individuo, la teoría no actúa con sanciones, sino en la necesidad por parte del Estado en mantener y conservar el orden jurídico entre los asociados con la tutela y defensa de la libertad de cada uno y de todos.

Esta teoría, al igual que las otras, se orientan hacia el sujeto y sobre la tutela y protección del derecho por parte del Estado, terminando por reconocer una función subjetiva del Derecho Penal. El estudio y la observación de las diversas teorías nos presentan diferentes direcciones y conceptos pero convergen en un punto sobre el que versa la aplicación de la pena, para lo cual debe entenderse la subjetivización del derecho, pues este manifiesta algo de concreto, de individual, de particular respecto de un determinado sujeto. "El derecho Subjetivo debe entenderse como una deducción lógica de la norma objetiva que tutela situaciones de intereses predeterminados". (7)

Para que se puede hablar de un derecho subjetivo se debe de tener un interés efectivamente tutelado por una norma penal promulgada por el Estado, pues corresponde a éste el poder de legislar, que no es otra cosa que una derivación de su soberanía. Al ser el Estado el representante de la sociedad y siendo su actividad esencial el mantenimiento del orden jurídico, la paz social y la protección de los bienes jurídicos, esta responde a una exigencia de la naturaleza humana, pues para que exista una sociedad debidamente organizada se requiere de una autoridad que la rija, dicha autoridad posee una cualidad o atributo necesaria para su finalidad, dicho atributo es la soberanía, ya que el Estado necesita tener dentro de si y como atributo esencial un poder al cual no pueda enfrentársele ningún otro poder que sea decisivo, que sea soberano, es decir que no reconozca sobre si otro limite que su poder real y que dicho poder le permita imponer de manera obligatoria sus decisiones y así realizar su actividad o finalidad principal.

En el momento en que el Estado dicta la norma, se exterioriza su poder soberano tutelando de esta manera los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito.

Con el Derecho Subjetivo del Estado, se ejerce la potestad punitiva que el Estado tiene para proteger los bienes jurídicos que tutela y es mediante la norma penal

7 Bettioli, Giuseppe, Derecho Penal, Pág. 146.

que lo ejerce, así exige del individuo o sujeto la abstención del delito, pues al ser afectado un bien penalmente tutelado, se activa el ejercicio de la potestad punitiva, pues el delito importa siempre un ataque a las condiciones de la vida social, contra el que el Estado reacciona y en virtud de su poder soberano y del deber que tiene de reaccionar contra el delito determina las sanciones a que la comisión del delito da lugar, por lo que emanada la norma penal, los jueces tienen la obligación de castigar y el individuo la obligación de sufrir la pena, debe también existir un derecho de aplicarla y alguien que puede exigirlo, ese alguien es el Estado como titular del Derecho Subjetivo de castigar.

Es el Estado y sólo él, quien posee soberanía y por lo tanto poder para sancionar cuando se ha cometido una infracción, entonces, si es así, al no aplicarse sanción alguna al infractor estaría faltando a esa soberanía que tiene, pues de ninguna manera debe permitir la impunidad de un delito, como lo pudiera determinar el artículo 55 del Código Penal, pues entonces donde quedaría el deber del Estado de reaccionar frente a la comisión de un delito si no establece leyes que mediante la amenaza de sanción hagan respetar la vida y demás bienes jurídicos de la sociedad.

Pero el Estado frente al individuo debe limitar su actividad, pues como supremo órgano debe limitar su fuerza para dejar campo libre al individuo en el desarrollo de sus actividades, bajo la garantía del derecho objetivo. La autolimitación del Estado ha sido objeto de diversas discusiones, pues algunos señalan que el Estado siendo soberano no reconoce sobre sí otro límite para su poder real y consideran absurdo un derecho del Estado ... "el derecho del Estado coincide con su poder, es un instrumento creado para asegurar y multiplicar su fuerza, por ello llega hasta donde se extiende; la medida del poder son el efecto y el éxito, de ahí que se conciba al Estado como un simple hecho, fuera del derecho y por encima de él. Si así no fuera, vendría a menos su soberanía (pues una soberanía limitada es una contradicción in adiecto) y desaparecería la esencia misma del estado..." (8)

Otros hablan de un Estado de derecho, es decir, el Estado sometido al derecho, ligado y limitado por la ley que él mismo ha dado. De modo que por mas dueño que sea de modificar o abrogar esa ley, le debe obediencia, mientras exista ella, como el ultimo de sus súbditos, y sus órganos (legislativo, judicial, administrativo), no pueden obrar sino dentro de los limites que la ley les señale, este es el llamado principio de legalidad. "El Estado nace en virtud del derecho cuyas normas son anteriores a él y lo limitan, la limitación que sufre el Estado en su poder se logra mediante dos medios eficaces por si mismos: las leyes constitucionales y la declaración de los derechos". (9)

Otra teoría establece que el Estado como toda organización social vive bajo el derecho, siendo esto innegable, ya que el derecho es el tejido conexivo de todo ente social, solo que el derecho no se realiza automáticamente, sino por obra de un poder central, cuya existencia no tiene otro titulo que la fuerza, es decir la preponderancia de los mas fuertes sobre los mas debiles, no es ni legitima, ni jurídica, ni antijurídica, porque el derecho no la precede, es ella quien lo crea, una sola cosa precede al poder y es el orden natural de justicia, y este en un momento determinado y fijado en normas se convierte en ordenamiento jurídico. Ahora bien, si la fuerza crea al derecho no puede tener en él sus limites. "Poder significa posibilidad de actuación, fuerza para ejecutar, decidir o juzgar. El poder es la forma activa de la conducta que no puede ser referida al Estado como mera abstracción (y del mismo modo el derecho), sino que es cualidad propia del hombre, pues el derecho aparece cuando nos encontramos frente al poder y aquel viene siendo su elemento justificativo". (10)

Las diferentes teorías han señalado unas y otras diversos aspectos de la autolimitación del Estado, pero lo cierto es que éste al dictar una norma jurídica, limita su propia libertad en relación con el contenido de esa norma. En el terreno del Derecho Penal, con el principio *nullum crimen sine lege*, el Estado ha señalado los limites al ejercicio de su potestad punitiva y nada impide considerar la potestad limitada y regulada por la norma con arreglo a un derecho subjetivo, cuando esta se dirige a exigir un

9. Moreno Collado, Jorge, Introducción al Estudio del Poder del Estado, Pág. 2 I.

10. Moreno Collado, Ob., cit., Pág. 30.

comportamiento determinado de un sujeto. La autolimitación constituye también un planteamiento jurídico de los derechos del ciudadano hacia el Estado, son derechos públicos subjetivo sin dejarlos al arbitrio del poder del Estado que funciona desde un límite objetivo, o sea, una ley, sea ideal o natural, y de esta manera establece límites infranqueables a la acción del Estado. Por otra parte, es necesario que el Estado como representante de una sociedad organizada ejerza ese poder sancionador que posee y no sólo como un derecho, sino como un deber, pues para poder cumplir con su función debe resultarles imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no podría tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques y de esta manera responder con la seguridad social que la sociedad requiere para su convivencia social, y poder así controlar el predominio de la delincuencia.

El Estado siendo soberano de un pueblo deberá cuidar de la coexistencia de sus súbditos y en base al ejercicio de su poder sancionador determinar el delito y la pena que debe aplicarse al delincuente autor del delito, limitando a su vez su actuación garantizándole así al individuo la aplicación de una ley justa. El delito, la pena y el delincuente deberán ser entonces el punto que determine ese poder sancionador, los cuales han sido estudiados por algunas escuelas que han servido de base para la formación del Derecho Penal.

4.- La Escuela Clásica y la Escuela Positivista.

La formación del Derecho Penal tiene su base en los principios que formaron a las Escuelas Clásica y Positivista y de las que surgieron los elementos para determinar a la pena, al delito y al delincuente.

En la Escuela Clásica hay toda una evolución jurídica, pues surge con el pensamiento de Cesar de Beccaria y finaliza con Francisco Carrara su más importante exponente; es por ello que en esta escuela se dieron puntos de vista antagónicos, tendencias distintas que llegaron a combatirse entre si.

Así tenemos como precursores a Beccaria y a Romagnosi, autores que han sido más políticos y filosóficos que juristas, pues se ocuparon preferentemente de reaccionar contra el sistema penal arcaico. Romagnosi concibe al Derecho Penal como derecho inmutable anterior a cualquier ley; la pena no aspira a causar una aflicción, ni a satisfacer una venganza, sino a despertar el temor en los individuos, para evitar las acciones delictivas. Fevrbach sostiene que el Estado para lograr la convivencia social debe utilizar la coacción física y psíquica, esta última se ejercería mediante la amenaza de la pena, por ello la sanción penal debe ser un mal y su fin la intimidación". (11)

Afirma que la aplicación de la pena supone la realización de una acción dañosa previamente establecida en una ley.

En Francisco Carrara encuentra su más ilustre representante, él señaló la función de los principios de utilidad y de justicia como básicos del derecho de castigar y como su fundamento la tutela del orden jurídico; definió al delito como "la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (12)

En esta definición se comprenden los elementos esenciales universalmente reconocidos de, actividad humana, antijuridicidad, legalidad y culpabilidad. Carrara considera que la ley penal tiene por fin tutelar los fundamentales derechos indispensables para la manutención del orden social. La pena tiene por fin primordial el restablecimiento del orden externo de la sociedad, perturbado por el delito, debiendo ser de tal naturaleza que influya sobre los demás, previniendo así la comisión del delito. Dice que la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que protege, sostiene que el delito es en sí mismo un ente jurídico, no un hecho ni una forma especial de conducta. La responsabilidad penal la funda en la imputabilidad y está en el

11. Carrara, Francisco, citado por Villalobos, Ignacio, ob., cit. Pág. 34.

12. Carrara, Francisco, citado por Cortes Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Pág. 38.

libre albedrío..." El hombre siendo imputable y teniendo por tanto la libertad para decidirse en la elección del bien y del mal, que tal es la noción del libre albedrío, se decide por el último y por ello ha de ser castigado..."(13)

Existiendo diversidad de pensamientos entre estos penalistas se encuentra puntos de contacto, rasgos comunes que les permiten formular los principios básicos que sostuvieron a la Escuela Clásica y que la han caracterizado. En primer término tenemos que su método empleado es racionalista, pues sus miembros consideraban que no había más ciencia penal que el derecho punitivo, repudiaban el método experimental partiendo de conceptos apriorísticos que no requerían comprobación por encontrarse presupuestos en la existencia de los mismos, en la realidad, aplicando la metodología lógica abstracta, deductiva y especulativa. Consideraban al delito como un ente jurídico y afirmaban que para su existencia se necesitaba que la conducta del agente activo violara una norma prohibitiva o preceptiva, es decir que prohíba o mande a él.

La responsabilidad criminal se fundaba en la imputabilidad moral, es decir, se explicaba en el libre albedrío, pues el individuo era responsable penalmente por ser imputable y era imputable por gozar de libre albedrío, por lo que los que carecen de facultades normales volitivas o intelectivas no son imputables y en consecuencia tampoco responden penalmente de los daños causados. A la pena se le atribuía el carácter retributivo, pues debía ser estrictamente proporcional al daño causado por el delito cometido; se le consideraba un mal, un castigo impuesto al delincuente y para que resultara justa debería de guardar proporcionalidad con la gravedad del daño causado. El juzgador sólo tenía facultades de aplicar la pena señalada para cada delito, el cual se definiría claramente en la ley.

La Escuela Clásica consagro el principio de legalidad referido al delito y a la pena, evitando de esta manera excesos y arbitrariedades, pues el sujeto sólo respondería de conductas consideradas delictivas por la ley penal y el juez sólo podría aplicar la pena concretamente señalada para cada delito en particular.

Fue la consagración del sentido individualista, iproteccional y de garantía contra abusos y arbitrariedades, la sacralización del principio de legalidad de los delitos y las penas (nullum crimen nulla poena sine lege), aspirando a determinar clara y taxativamente las circunstancias modificativas de los delitos (especialmente

13. Carrara. Francisco, citado por Vilalobos, Ignacio ob., cit. Pág 34

las agravantes), el minucioso examen del delito en su aspecto interno, la eticulosidad en la noción de las figuras delictivas y su pretensión de previsión de todos los supuestos posibles de delincuencia. También se le dió a la pena el objetivo de la tutela jurídica pues se consideró como un medio que tiende al restablecimiento del orden público alterado por el delito, siendo la tutela su fundamento legítimo y su fin y punto donde se halla depositada la esencia del clasicismo.

Frente a la Escuela Clásica surge la Escuela Positiva que constituyó una tendencia agrupada bajo principios uniformes, distintamente de lo que se había visto respecto de la Escuela Clásica. Su característica distintiva no sólo es su concepción realista, sino fundamentalmente en sus métodos inductivos de investigación científica, sus máximos representantes fueron, Cesar Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, correspondiendo a Cesar Lombroso haber iniciado y promovido la construcción de esta doctrina penal y al estudio del delincuente y del delito con el método experimental.

Con una orientación antropológica, Lombroso estableció que antes de estudiar al delito como ente jurídico o simple infracción a la ley penal, hay que examinarlo como acción humana, como fenómeno natural y social considerando la biología del delincuente. El propósito de sus investigaciones en el terreno de la delincuencia se encaminó a completar los trabajos anteriores sobre Antropología Criminal y partiendo del supuesto Darwiniano, afirmó encontrar el primer bosquejo del delito en las plantas, después entre los animales y finalmente entre los hombres salvajes a quienes equipara con los hombres primitivos en el sentido evolucionista, concluyendo que el delincuente es un anormal por atavismo, un hombre en etapa anterior al grado medio de evolución actual por lo que se le confiere el título de fundador de la Antropología Criminal.

A la iniciativa de Cesar Lombroso, surge la obra de Enrique Ferri, el cual concibió al hombre como elemento orgánico de la sociedad, la cual le impone sanciones a todos aquellos sujetos que alteran su orden quebrantando fundamentales valores colectivos, de aquí deriva su concepto de responsabilidad social; el hombre es responsable de sus acciones por el sólo hecho de vivir en sociedad. Este concepto sustituye al de responsabilidad moral, negando su fundamento de libre albedrío, afirmó que las acciones del hombre buenas o malas son siempre el producto de su organismo fisiológico y psíquico y de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive.

Consideró a la pena como reacción de la sociedad contra el delito cometido, debiendo ser proporcional no al daño causado, sino a la peligrosidad

revelada por el delincuente en el acto criminal realizado, diciendo que el delito es la expresión de la peligrosidad de su autor. Determinó la diferencia ente sus ideales y los de la Escuela Clásica diciendo "...La Escuela Clásica, en el orden práctico se propuso y obtuvo la disminución de las penas y en el orden teórico, el estudio abstracto del delito, como ente jurídico. La Escuela Positiva en cambio, se propone como objeto en el campo práctico la disminución de los delitos, y en el campo teórico práctico se propone el estudio concreto del delito, no como abstracción jurídica sino como acción humana, como hecho natural y social." (14)

Con Rafael Garófalo se distinguió el delito natural del delito legal, se entendió por el primero como "la violación a los sentimientos altruistas, de piedad y probidad, necesarios en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".(15), se concibió al delito artificial como toda conducta violatoria de la ley penal y que no es lesiva a aquellos sentimientos, considero que el delincuente es un inadaptado social por ausencia o desviación del sentido moral, creó la noción de temibilidad definiéndola como la perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal previsto que hay que temer de él.

Del esfuerzo de estos tres pensadores surgió bien definida en sus principios la Escuela Positiva, sus presupuestos son de transformación completa del Derecho Penal, siendo sus características las siguientes. Su método es inductivo experimental, condenaron el método deductivo y aplicaron a nuestra ciencia el método experimental, pues según ellos, todo pensamiento científico debe descansar en la experiencia y en la observación, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas.

Los positivistas decían que la justicia penal se interesaba por el delincuente y no por el delito, pues el delincuente revelaba su peligrosidad social en el delito cometido, considerando al criminal como a un ser anormal en su contextura antropofísica y psíquica- la responsabilidad penal la fundan en el simple hecho de vivir en sociedad, la responsabilidad social derivada del determinismo y temibilidad del delincuente, pues Garófalo en su doctrina señala que el hombre es responsable de las acciones exteriormente delictivas por él cometidas sólo porque vive en

14. Ferri, Enrique, citado por Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Pág. 69

15. Garófalo, Rafael, citado por Márquez Prafaci, Derecho Penal, Pág. 203.

sociedad y mientras vive en ella tiene el derecho de proveer a la propia defensa, por lo que el determinismo y la responsabilidad social no supone la negación del derecho de penar, sino su cambio de carácter y de fundamento, pues si el hombre es determinado acometer un delito, la sociedad esta igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan, negando de esta manera el libre albedrío y la imputabilidad criminal a la que se refería la Escuela Clásica. Otra característica fundamental era la que consideraba al delito como a un fenómeno natural y social, pues frente a la formula del delito como ente jurídico que proclamó Carrara, los positivistas comprobaron que la acción punible es un hecho natural y social, un acto del hombre que surge en la sociedad a la que produce un daño, este acto se da por tres factores de orden diverso; antropológicos, físicos y sociales y que mediante la aplicación de la pena, la sociedad se defiende de los delincuentes que quebranten su orden, debiendo ser esta adecuada para lograr la resocialización de los delincuentes readaptables. Para ellos, la pena no era más que un medio de defensa social, rompiendo con el principio de la Escuela Clásica, de adecuar la sanción a la magnitud del daño causado por la acción delictiva; teniendo el juez con este nuevo principio amplias facultades en la aplicación de la pena con el objeto de que esta quede individualizada.

De esta manera podemos ver como mediante el estudio del delito, pena y delincuente, estas escuelas dieron principios que determinaron la formación de diversas legislaciones, pues muchos códigos y constituciones tomaron características de ambas escuelas, pues si con la Escuela Clásica se le daba carácter retributivo a la pena, con ello se determinaba que por salvaguardar la supremacía de la ley frente a todo arbitrio, se restringían los poderes del juez dentro del campo de la aplicación penal, haciendo de él un mero instrumento del legislador. En la Escuela Positiva a la pena se le da carácter preventivo tomando como base para su aplicación la peligrosidad del reo, ampliando de esta manera los poderes discrecionales del juez, pero con un grave riesgo para la libertad del individuo, pues cuando no existen criterios objetivos para tipificar al agente, es el juez quien realiza esta labor con el fin de aplicar la sanción. Esta amplia discrecionalidad del juez provocó incertidumbre en el Derecho Penal, pues éste requería precisión en los hechos y subordinación del juez a la voluntad de la ley, lo que se traducía en la incompatibilidad de la concepción positivista con el Derecho Penal y con las exigencias de un Estado que se inspira en premisas políticas liberales y que exigen una acentuada tutela de las libertades individuales.

De una u otra manera, es necesario la defensa de la sociedad contra delincuentes peligrosos imputables que actúan por tendencia, por hábito o por ser profesionales, asicomo a los que no pueden ser castigados por incapaces, considerando para ellos a la pena retributiva como el principal medio de sanción y a la prevención con efectos secundarios, dándole así a la medida de seguridad un marco diferente, para lo cual haremos un breve estudio sobre el delito, causa principal para la aplicación de una sanción.

CAPITULO II

EL DELITO COMO CAUSA GENERADORA DE LA PENA

1.- La Noción del Delito.

El delito a lo largo del tiempo ha tenido diversas concepciones y esto se ha debido a las condiciones sociales y humanas que se han presentado según las épocas y lugares, su concepción esta determinada por diversos factores que obligan al ente social a catalogar las conductas que le son lesivas, pues por más organizada que esté o que se encuentre- una sociedad, no dejan de surgir conflictos entre los integrantes que la componen, derivados de una serie de múltiples causas y que frecuentemente desembocan en acontecimientos antisociales a los que llamamos delitos.

Etimológicamente la palabra delito deviene del latín delictio o delictum- supino del verbo **delinqui**, delinquere que significa desviarse, abandonar, apartarse del buen camino. Francisco Carrara consideraba al delito como a un ente jurídico y lo definía como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (16)

El exponente de la Escuela Positiva, Rafael Garófalo formula una concepción de naturaleza sociológica del delito, concibiéndolo como un hecho natural, resultado de causas antropofísicas y sociales, y lo definía como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad" (17).

16 Carrara, Francisco, citado por Vitlalobos, Ignacio, Derecho Penal mexicano, Pág. 34.

17 Garófalo, Rafael, citado por Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Pág. 90.

Han sido numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción, un concepto de delito, prueba de ello son las anteriores definiciones que de acuerdo con su doctrina lo definían; y han sido tan variadas, que verdaderamente fué y ha sido una gran tarea el poder concebir al delito, pues este se encuentra tan ligado a la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, que debe seguir los cambios que se producen en estos. Sin embargo, han sido de gran utilidad los diferentes estudios que se han realizado al través del tiempo, pues han contribuido a la ciencia del derecho en su lucha contra el crimen, y a pesar de las dificultades y de pensamientos antagónicos, se ha podido caracterizar al delito, tanto jurídicamente como substancialmente, es decir, se ha podido dar una definición jurídico formal y una noción jurídico-substancias.

a). Legal o Formal.

La definición legal del delito, es siempre una definición en sentido formal y que la suministra mediante la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, para la ejecución o la omisión de ciertos actos.

El delito se caracteriza o se configura por una sanción penal. Eugenio Cuello Calón define en su sentido legal como "la acción humana que la ley considera como infracción del derecho, y que por tanto, prohíbe bajo la amenaza de un castigo" (18).

Cesar Augusto Osorio y Nieto entiende al delito en su sentido legal "como la conducta sancionada por las leyes penales expedidas con el objeto de proteger los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad". (19)

La ley positiva penal nos da la definición formal del delito en su artículo 7 párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal y nos dice que "el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

La crítica que se ha dado a estas definiciones, es la de que no incluyen los elementos que constituyen la esencia del acto delictivo, pues fundan su noción exclusivamente en el carácter punible, es decir, que señalan al delito como toda conducta sea moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando este dispuesta en la ley y amenazada con la aplicación de una pena. Ignacio Villalobos nos dice al

18 Cuello Calón, Eugenio, Elementos de Derecho Penal, Pág. 278.

19 Osorio y Nieto, Cesar Augusto, Síntesis de Derecho, Pág. 43.

respecto "... el estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso que no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos y no señala elementos de lo definido, esenciales o descriptivos, puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por el cual se podía identificar al delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto útil para definirlo". (20)

La noción legal que se da, excluye la incorporación de elementos tan importantes que conforman la esencial naturaleza del delito, y que sin duda alguna es importante señalar y destacar en su definición, por lo que se da una definición más completa que es la denominada jurídico-substancias.

b). Jurídico-Substancial.

Existen dos corrientes o sistemas opuestos que pretenden realizar el estudio jurídico-esencial del delito. La concepción Unitaria o totalizadora y la Atomizadora o Analítica. La primera ve en el delito un bloque monolítico el cual no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia. La segunda estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, pues para estar en condiciones de entender el todo, se requiere del conocimiento de sus partes, de la estrecha relación que existe entre ellos, pero sin negar su unidad. A este segundo sistema se adhieren diversos tratadistas y de los cuales se genera la noción jurídico-substancias.

Jiménez de Asúa Luis, nos da una definición de este tipo y nos dice que delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones, objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".(21) .

Celestino Porte Petit también elabora su definición y nos dice que delito es "una conducta típica imputable, antijurídica, culpable que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible" (22).

20. Porte Petit, C. Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Pág. 202

21 Jiménez de Asúa, Luis, citado por Cortes Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Pág. 81.

22 Porte Petit, C. Celestino, apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Pág. 203.

Por lo que respecta a los elementos integradores del delito, y como se puede apreciar de las anteriores definiciones, no existe en la doctrina uniformidad de criterios, pues mientras unos señalan un número determinado de ellos, otros configuran al delito con más elementos, surgiendo de esta manera concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc., teniendo entonces la necesidad de hacer un estudio sobre dichos elementos que nos lleven a conocer la naturaleza, la esencia del delito.

2.- Elementos del Delito.

Para poder introducirnos en el estudio de los elementos que configuran al delito, empezaremos por decir que todo delito supone de manera necesaria en primer término una conducta, de la cual se tiene a un sujeto activo y a un sujeto pasivo, un objeto, una acción y un resultado.

La conducta como primer elemento del delito viene a ser la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, es una manera de asumir una actitud, y que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

Fernando Castellanos Tena define a la conducta como "el comportamiento voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".

Lo que conocemos como delito, implica una acción u omisión humana que se ejecuta y realiza en relación al hombre mismo, pues el delito es un acto humano, es un actuar y no es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano por lo que el elemento primordial para que exista el delito es una conducta, la cual se conforma de una acción y una omisión.

Para la integración de la conducta, es necesario que refleje en hechos externos, ya sea en un hacer algo o sea una acción, movimientos corporales que van desde la palabra pronunciada hasta la emisión de complejos actos; y la omisión, inactividad que es un modo de comportarse frente al mundo externo.

La acción en sentido penal, exige un acto de voluntad y una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca; lo que se traduce en que los actos no voluntarios o sea los llamados movimientos reflejos no son acciones en

sentido penal, y tampoco lo son los realizados bajo el dominio de una fuerza física irresistible, ya que no hay movimiento voluntario, no hay acción y por lo tanto no hay delito.

Otro de los puntos es que sólo los actos corporales externos constituyen acciones en sentido penal, pues el derecho penal sólo castiga éstos, es decir, no constituyen actos delictuosos los pensamientos e ideas o intenciones criminales.

La omisión por otra parte, es la conducta inactiva, la cual debe ser voluntaria, pues la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer. Para que una inactividad voluntaria constituya una omisión penal, es necesario que la norma penal ordene al omitente que obre, que ejecute un hecho determinado; así podemos decir, que por omisión debemos entender la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone un deber de ejecutar un hecho determinado, lo que nos viene a señalar que si la inactividad no es voluntaria o que esta provenga de causa ajena a la voluntad del omitente, de fuerza irresistible o de causa insuperable, no puede hablarse de omisión y por lo tanto no habrá delito y si también el sujeto en cuestión no tenía deber jurídico de obrar, no existe omisión ni delito alguno.

De acuerdo con la clasificación de los delitos, existen los de comisión por omisión y los de omisión simple. En los primeros el agente viola una norma prohibitiva y una preceptiva, omitiendo realizar la conducta que evitaría la producción del resultado dañoso; en los segundos se da una abstención voluntaria en un no hacer aquello que se debe ejecutar por imponerlo así la ley penal, que es una preceptiva o dispositiva.

La conducta delictiva implica un proceso volitivo e intelectual, por lo que supone una persona física individual como única capaz de realizarla, pues sólo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal el hombre, único posible sujeto activo de un delito y al que sólo puede ser denominado delincuente, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal, pues se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo actor material del delito; o bien cuando participa en su comisión contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente, auxiliando el autor con anterioridad a su realización de conformidad a ella o después de su realización (cómplice o encubridor), pues no sólo es sujeto activo del delito quien lo ejecuta, sino todo aquel que moral o materialmente, o en cualquier forma concurra a su ejecución.

Esta afirmación en épocas anteriores no tenía validez como la que ahora se le da, ya que se le atribuían a los animales hechos delictuosos llegando a aplicárseles sanciones, de estas situaciones la historia posee innumerables casos, como por ejemplo, el que se registra en Troyes (año 1845), en que fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (año 1861), un gallo por haber picoteado el ojo de un niño, en Londres (año 1897), el elefante Charlie a quien se absolvió por legítima defensa.

Como sujeto pasivo se debe entender al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro, y pueden ser sujetos pasivos:

1.- La persona Física, cualquiera que sea su condición, edad, sexo, estado mental, cualquiera que sea su condición jurídica durante su vida.

2.- El Estado, ya que como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva. Por otra parte es el Estado el primer atacado por el delito, ya que éste jurídicamente no es sino la infracción de la norma penal que instituye el Estado.

3.- La Sociedad en general es sujeto pasivo de todo delito especialmente de aquellas infracciones que atentan contra su seguridad.

Ahora bien, el delito al ser cometido, lesiona intereses o bienes tutelados por el derecho, tales intereses o bienes que se encuentran tutelados por el derecho penal con el señalamiento de una pena contra quienes lo quebranten, se denominan y se han diferenciado como objeto jurídico y objeto material del delito.

El Objeto Jurídico del delito esta constituido por los bienes jurídicos en cuya lesión no sólo se ve el quebranto de un interés particular, sino también la ofensa a un interés público. Por ello se distingue entre objeto genérico del delito que es el bien o interés colectivo y objeto específico del mismo, el bien o interés del sujeto pasivo del delito.

Para Villalobos, "es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito" (24).

El Objeto Material se refiere a toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley, es aquel sobre el que recae la actividad física del delito y en el que esta corporizado el derecho que la infracción lesiona o pone en peligro. Es decir, lo constituye la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. Todo hombre,

hombre, vivo o muerto, consciente o inconsciente, toda persona jurídica, toda colectividad y particularmente el Estado, y toda cosa animada o inanimada, con la diferencia de que si las personas tienen capacidad suficiente según los casos pueden ser sujetos y objetos, en tanto que las cosas y los animales nunca pueden ser más que objetos del delito.

Porte Petit, nos dice "el objeto material es la cosa o sujeto sobre lo que se realiza el delito". (25)

Una vez que ya hemos señalado el objeto tanto jurídico como material, podemos ver como al presentarse el delito, se produce un daño, el cual recae sobre un bien jurídico tutelado o sobre una cosa o persona. El daño en sentido jurídico es la sustracción o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno, garantizado por una norma jurídica, sea objetivamente respecto al sujeto (interés o bien jurídico), sea subjetivamente en la forma de un derecho subjetivo.

El concepto de daño tiene tres presupuestos; 1.- Un sujeto que puede ser tanto una persona física, cuanto una colectividad de hombres; 2.- Un objeto apto para satisfacer una necesidad del sujeto; 3.- Una relación entre el sujeto y el objeto por el cual el primero tenga disponibilidad del segundo siendo que en esta disponibilidad está la relación de intereses.

El daño no es otra cosa que la lesión del bien protegido por la norma, valorados como lesivos de una situación que interesa la vida de relación entre los hombres, y sólo en cuanto la alteración del interés protegido provenga de una acción humana, aunque no sea culpable, pues los daños que puedan derivarse de la acción de fuerzas naturales o de energías subhumanas, no son daños desde el punto de vista jurídico. El concepto de daño es normativo, en cuanto representa el fruto de valoración de un evento imputable a un sujeto en relación con las exigencias de una norma, y para que exista daño jurídicamente relevante, es necesario que el interés alterado por el comportamiento humano éste bajo la tutela de una norma jurídica, así la vida como objeto del delito debe estar tutelada por una norma para que se pueda hablar de daño a ella.

Daño en el lenguaje común, quiere decir detrimento o destrucción de los bienes, o sea, destrucción parcial o total de los bienes; y asociados a la idea del delito se dice que es la destrucción o la privación parcial o total de los bienes que

deriva de la comisión de un hecho delictuoso, debiendo entenderse por bien tanto a los que se refieran a los materiales como a los morales.

Ha habido diversos criterios en determinar lo que se podría considerar como daño y resultado, pues si algunos los identifican como algo similar, otros dan sus divergencias, por lo que se han dado concepciones que han pretendido diferenciarlas y determinar a cada una de ellas.

Ya anteriormente dimos algunas definiciones de lo que se podría considerar como daño, ahora veremos como se ha podido definir al resultado. Existen dos concepciones que han definido al resultado una jurídica y otra material o naturalística. La concepción jurídica formal considera que el resultado es como una mutación en el mundo jurídico o material, Porte Petit nos da una definición y sustenta "... no ha de darse el concepto de resultado desde un punto de vista unilateral, jurídico o material, porque los resultados pueden ser únicamente jurídicos o jurídicos y materiales, y esto sucede respectivamente cuando el tipo describe una mera conducta, activa u omisiva, o un resultado material o sea un hecho de los que se concluye que cuando el tipo describe una mera conducta se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realizó una mutación en el mundo exterior; así cuando el tipo requiere un resultado material a la vez; por lo que debemos entender por resultado la mutación jurídica o jurídica y material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)" (26).

La concepción material o naturalística, entiende al resultado como un efecto natural y lógico de la conducta que se manifiesta en una modificación del mundo exterior, teniendo relevancia jurídico-penal, es el efecto causado por el delito, y que es perceptible por medio de los sentidos. Este tipo de resultado reviste distintas formas, se habla de un resultado físico, los que destruyen cosas; de un resultado fisiológico, la muerte de un hombre; y de un resultado psicológico como la percepción de las expresiones injuriosas.

Concluimos entonces, que se entiende por daño la lesión del bien jurídico producido por el acto ilícito y es causado por el delito en su conjunto; y por resultado como natural consecuencia de la conducta, pues el daño se presenta en el ámbito de lo inmaterial; en cambio el resultado en la naturaleza perceptible, por ejemplo, la alteración en la salud (delito de lesiones), muerte (delito de homicidio), deterioro

(delito de daños).

Una vez hecho un breve estudio sobre los elementos que conforman a la conducta, veremos también como la ausencia de ella nos hace ver la inexistencia del delito. La ausencia de conducta es el aspecto negativo de elemento conducta. En ocasiones un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario. El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal prevé en sus diversas fracciones las causas de exclusión del delito. La ausencia de conducta entraña tanto la acción como la omisión, o sea, la actividad y la inactividad no voluntaria, la ley nos habla de dos casos, ellos son la *Vis Maior* o Fuerza Física Irresistible subhumana y la *Vis Absoluta* o Fuerza Física Exterior Irresistible.

La *Vis Absoluta* entraña una fuerza física irresistible, lo que hace que el individuo realiza un hacer o un no hacer que no quería ejecutar, en consecuencia, si hay fuerza irresistible la actividad o inactividad forzadas no pueden constituir una conducta por faltar uno de sus elementos, la voluntad. Por lo que se ha llegado a considerar al hombre como instrumento, la fuerza debe provenir del hombre y ésta debe ser física ya que es la única que puede constreñir al sujeto contra su voluntad; que sea exterior, es decir, que provenga de otra persona; irresistible, que cuando el sujeto que la sufre no la puede dominar y sea vencido por ella.

La *Vis Maior* entraña los mismos elementos que la *Vis Absoluta*, como una fuerza exterior irresistible, con la diferencia de que en la fuerza mayor, la fuerza física o irresistible proviene de la naturaleza o de los animales.

Como segundo elemento veremos a la Tipicidad, que como el primer elemento también es de primordial importancia, siendo que el Derecho Penal tiene como finalidad la tutela de los bienes, pues de su manutención depende la vida gregaria, tuvo la necesidad de consignar conductas reputadas como dañosas, llegando a aplicar severas penalidades, para lo cual seleccionó y describió en sus disposiciones aquellas conductas declaradas delictuosas, surgiendo de esta manera los conceptos de tipo y tipicidad y que a continuación veremos.

Para que la acción humana constituye delito debe adecuarse íntegra y perfectamente a la descripción penal, el delito aparece en esta descripción como la previsión ideal hipotética y futura de lo que alguien hará alguna vez y la acción concreta pertenece a la realidad-, por lo que la tipicidad es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo.

Castellanos Tena define a la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (27).

La teoría de la Tipicidad parte del principio nullum crimen, nulla poena sino previa lege, en nuestro derecho encuentra su expreso reconocimiento en el artículo 14 Constitucional. Es indudable que en todas las partes del orden jurídico, el legislador describe conductas a través de las normas, pues la necesidad de regular las relaciones humanas que se desarrollan en el seno de la sociedad es de singular importancia, ya que la existencia propia del delito depende de aquella descripción de conductas. Tal descripción es el tipo penal por lo que si tipicidad es la exigencia de que la acción se adecuó, pues exige para su conformación un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descripción abstracta e indeterminada en la ley, el tipo es el molde de cada conducta, es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias.

Ahora bien, el aspecto negativo de la tipicidad, es la Atipicidad, es decir, ausencia de tipicidad, por lo que faltara tipicidad cuando a la acción le haya faltado cualquiera de los elementos previstos en el tipo legal.

Emilio González López señala "cuando el hecho de la vida no encaja en algunas de las figuras delictivas descritas por el legislador, el acto atípico es penalmente irrelevante. Todo hecho atípico carece de valor para el derecho penal desde el punto de vista de la ley constituida, aún cuando el mencionado hecho pueda ser antijurídico" (28)

Hay atipicidad, entonces, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad, es pues, ausencia de adecuación típica.

Las causas de atipicidad son:

a.- Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuenta a los sujetos activo y pasivo.

b.- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

c.- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas

27 Castellanos Tena, Fernando, Ob., cit., Pág. 168.

28 González López, Emilio citado por Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Pág. 940.

- d.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley;
- e.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y
- f.- Por no darse en su caso la antijuridicidad especial.

Después de haber hecho un breve estudio sobre este segundo elementos del delito, podemos decir, que es de suma importancia que se le determine con eficacia, procurando darle toda la efectividad posible y de esta manera satisfacer la necesidad de seguridad que requiere la comunidad, garantizando también la libertad de las personas, pues la obscuridad y confusión de un precepto descriptivo vulneran la seguridad de los ciudadanos; así como también permiten la arbitrariedad del juez para determinar por sí lo que es punible. Es por ello que este elemento cobra al igual que el primero, primordial importancia ya que la exigencia que se le debe pedir es la de que el legislador debe pedirle tipos estrictos, prolijos y escrupulosamente explicativos y así el juzgador podrá encuadrar cabalmente a la acción ya ejecutada en la hipótesis prevista, cabal concepto del tipo legal por un lado y de la estricta tipicidad por el otro.

La tipicidad tiene estrecha relación con el elemento que a continuación veremos y que es la antijuridicidad.

La Antijuridicidad es otro de los elementos del delito y se ha entendido como lo contrario a la norma penal, pues la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico. Las normas jurídicas fundamentan y condicionan el derecho, el cual consagra solamente algunas, y encuentra sus bases en las normas culturales, dentro de las cuales se dan mandatos o prohibiciones de las que se vale la sociedad para exigir un modo de proceder conforme al interés que tutela; este tipo de orden nace de acuerdo a la cultura de que se trate y de acuerdo a un interés social, lo que viene a significar que las conductas contrarias a la norma cultural, pero que la ley penal no captó carecen de relevancia y por lo tanto no serán antijurídicas.

Fernando Castellanos Tena nos dice de la antijuridicidad "que radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere necesariamente de un juicio de valor, es decir aquilatar la estimación entre esa conducta y la escala de valores del Estado".(29)

Ahora bien, si las normas de cultura vienen a ser el fundamento de la ley, al ser infringida esta, también infringe las normas culturales, presentándose así la antijuridicidad; una acción que contradice las normas del derecho y que vienen a afectar lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Pero no todo lo que lesiona una norma cultural es captado por la ley, es por ello que algunos autores han sostenido dos criterios respecto a la antijuridicidad, los cuales son el formal y el material.

Para hablar de la antijuridicidad formal, debemos señalar que la conducta o el hecho son formalmente antijurídicos cuando violan una norma prohibitiva o preceptiva; así también si no hay antijuridicidad no hay delito, por lo que la base de la antijuridicidad formal es el dogma *nullum crimen sine lege*, lo cual nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos cuando no son lícitos.

Conforme a los ordenamientos de índole penal, la existencia de la antijuridicidad exige dos requisitos; primero, la adecuación o conformidad a un tipo penal; y segundo, que la conducta no este amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud.

De la antijuridicidad material, se dan dos corrientes: Primera.- La que trata de encontrar la esencia de la antijuridicidad material en el campo o zona jurídica, en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionado, y Segunda.- La que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material del área jurídica o extra-jurídica.

Se ha observado que generalmente el aspecto material y formal de la antijuridicidad suelen conformarse manteniendo una armonía entre ambas, generalmente coinciden la antijuridicidad formal con la material en virtud de que ésta es la base de aquella. Pero no siempre la ley penal garantiza o reconoce una norma de cultura, es decir, la conducta contraria a la ley no dejara de ser antijurídica por no quebrantar principios ético-sociales, por lo que la oposición al orden jurídico, la infracción a la ley penal es lo esencial en la antijuridicidad.

Por lo que respecta al aspecto negativo de la antijuridicidad, diremos que éste elemento entraña aún más una mayor importancia, pues abarca ciertas conductas que aún siendo consideradas antijurídicas, por encontrarse en ciertas circunstancias especiales, no son consideradas delitos. A este tipo de conductas se les ha denominado causas de justificación, las cuales constituyen la eliminación de la antijuridicidad. Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad y puesto que son eliminatorias de ésta, deben estar expresamente señaladas en la ley, por lo que el artículo 15 del Código Penal señala como causas que excluyen la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento, esto es, que legitiman o

justifican la conducta, con la aclaración de que el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal las denomina causas que excluyen al delito.

El legislador enumera y especifica estas causas, que se fundan en el principio del interés social preponderante. La conducta típica del agente adquiere plena justificación por representar un interés superior a aquel destruido, ya sea por consistir la conducta lesionada en el rechazo a una agresión ilegítima (legítima defensa); por permitirse en una colisión de intereses la destrucción de un bien objetivamente inferior al salvaguardado, o por actuar el agente ejecutando la ley que le impone un deber o la facultad para ejercer un derecho.

Las causas de justificación que se han establecido son:

- 1.- Legítima Defensa.
- 2.- Estado de Necesidad.
- 3.- Cumplimiento de un Deber.
- 4.- Ejercicio de un Derecho
- 5.- Impedimento Legítimo.
- 6.- Obediencia Jerárquica.

Por reforma de 10 de enero de 1994 el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, denomino a las diferentes causas de justificación como causas de exclusión del delito, suprimiendo a la obediencia jerárquica, sin embargo haremos mención de ella en el capítulo correspondiente.

Como primera causa de exclusión del delito tenemos a la legítima defensa la cual se encuentra contemplada en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y se establece que excluye al delito "cuando se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a las de cualquier persona que tenga la obligación de defender al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación o bien lo encuentre con alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

La legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante; punto de vista sustentado por la Suprema Corte de Justicia de

la Nación la cual señala que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda, en que se salvaguarda el interés preponderante y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio de interés ilegítimo del atacante.

Los elementos de la legítima defensa son:

a.- Un ataque o agresión real contra intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona intereses como la vida, la integridad personal o libertad;

b.- Actual o inminente, ni antes de que el peligro aparezca ni después de que el peligro ha cesado, es decir debe ser en el momento;

c.- Sin derecho.

d.- Injusta o ilegítima, contrarios a derecho, el que ataca o acomete no ha de tener ningún fundamento jurídico para ello;

e.- Necesaria, peligro inevitable por otros medios y racionalidad de los medios empleados, lo que equivale a decir, que no haya otro medio de evitar el mal que amenaza.

Como segunda causa de exclusión del delito veremos al estado de necesidad; el cual excluye al delito cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

El artículo 15 fracción V establece dicha excluyente.

Los elementos del estado de necesidad son:

a.- Evidencia de un peligro real, actual, inminente y no provocado por el autor. Al igual que en la legítima defensa el estado de necesidad se inicia con la presencia de un peligro.

b.- Que el peligro amenace causar un daño en bienes jurídicamente protegidos, o sea los bienes jurídicos tutelados propios o ajenos.

c.- Imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno.

e.- Que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional al surgimiento del estado de necesidad.

Las siguientes causas de exclusión del delito son las denominadas cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. El que ejecuta lo que la ley orden o permite, no realiza ningún acto antijurídico, su conducta es simplemente y completamente lícita y no puede serle imputado delito alguno, por lo que es causa de exclusión del delito actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio consignado en la ley.

En el cumplimiento de un deber, la ley impone a veces como deber jurídico la ejecución de determinados actos que objetivamente tienen aspecto delictivo, por lo que el cumplimiento de un deber que conduce a la comisión de un delito sólo será causa de exclusión del delito cuando tal deber encuentra su origen en la ley, de donde resulta que deberes de otro orden como los religiosos, ético, sindicales, etc., nunca permitirán la presencia de la justificativa. El artículo 15 fracción Videl Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece que es causa de exclusión del delito la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

Por lo que toca al ejercicio de un derecho, hay que decir que debe tratarse de un derecho legal, de donde resulta que quien lo ejercita no puede cometer una acción antijurídica, pues su conducta se ajusta a la ley que origina a aquel. De lo que resulta que el ejercicio de un derecho como causa de exclusión del delito solo se dará dentro de los límites que expresamente fije la ley.

De las dos anteriores causas de exclusión del delito se desprende que existe cierta analogía, pues las dos constituyen una causa de licitud, fundamentándose ambas en un interés preponderante, en tanto que las diferencias son, el cumplimiento de un deber es obligatorio, y el ejercicio de un derecho es facultativo; el cumplimiento de un deber constituye delito y el ejercicio de un derecho no, en virtud de que es facultativo.

La causa de exclusión del delito que veremos a continuación, es el impedimento legítimo, que se encuentra contemplada en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal, vigente para el Distrito Federal, el cual establece que es causa de exclusión del delito el Impedimento Legítimo.

Excluye al delito cuando atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Doctrinalmente se consideraba como última causa de justificación a la obediencia jerárquica, sin embargo actualmente el Código Penal vigente para el Distrito Federal no la contempla, pero podemos mencionar por mera ilustración que consistía en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

La obediencia jerárquica constituye como lo señala Pavón Vasconcelos Francisco "una causa de inculpabilidad y en ese lugar se le estudia aplicando un correcto criterio sistemático" (30)

Sobre la clasificación de la obediencia jerárquica, se dividen los puntos de vista; causa de licitud o excluyente de culpabilidad. Anteriormente la fracción VII del artículo 15 disponía la exclusión de responsabilidad penal por obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria si se prueba que el acusado la conocía.

Era necesario entonces que hubiese una relación de mando entre quien ordenaba y quien recibía y ejecutaba la orden, y que esa relación fuera legítima; y lo era cuando el derecho la establecía.

La orden del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mandato sea legítimo y el subordinado obre conforme a los deberes que le ley le impone. Cuando concurren ambos requisitos, el daño causado queda legitimado por la ilícita conducta de su ejecutor, en tal caso hay causa de justificación. Pero si el mandato del superior jerárquico ejecutada por el subordinado fuera ilícita y el hecho realizado por éste tuviera carácter delictivo, no es posible la justificación de su conducta, ésta será ilícita, ilegítima. Pero si desconociendo la ilicitud de la orden el subordinado la ejecutara creyendo de buena fe en su licitud no incurrirá en responsabilidad criminal, pues se haya en una situación de error que excluye el dolo y la criminalidad de su conducta. El subordinado en este caso, no es culpable, pero su acto es antijurídico y cabe la legítima defensa contra él. Aquí nos encontramos no ante una causa de justificación, sino de exclusión de la culpabilidad.

La excluyente prevalece si no se prueba que el agente conocía el carácter delictuoso de la conducta que se le ordena realizar (o bien de la abstención que se le impone). En principio, hay una presunción *juris tantum* de que el agente desconoce la condición delictiva de su comportamiento que la presunción niega.

El subordinado que conociendo el carácter ilegítimo de la orden, la obedece, será responsable criminalmente del hecho realizado. El superior que dio la orden ilícita siempre será responsable en concepto de autor, tanto si el ejecutor obra conociendo la ilegitimidad de la orden, como cuando desconoce su ilicitud y la reputa legítima.

Como siguiente elemento integrador del delito, tenemos a la imputabilidad, el cual ha sido considerado y estudiado de diferentes maneras como presupuesto general del delito como elemento integral del mismo, o como el presupuesto de la culpabilidad.

Parte de la doctrina penal, como lo señala Sebastián Soler, se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, pues dice "cuando hay dolo o culpa, hay siempre imputabilidad. Cuando por el contrario, el sujeto es inimputable, resulta torpe, después de tal conclusión averiguar si ha obrado con dolo o con culpa, análisis lícito solamente después de verificar las condiciones del sujeto. Lo correcto es ver si además de imputable es culpable, ya que también es posible que reuniendo el sujeto las condiciones de inimputabilidad, no sea, sin embargo culpable; es decir, no haya obrado con dolo o con culpa, por mediar una causa que los excluya". (31)

La imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito de obrar. La imputabilidad del sujeto entonces, es un presupuesto de la culpabilidad, que para ser culpable, es preciso antes ser imputable.

La imputabilidad y la imputación son conceptos esencialísimos, indispensables para fundamentar el juicio de culpabilidad, pues sólo el hombre como entidad individual puede ser sujeto activo de delitos, pero para que la ley pueda poner a su cargo determinada consecuencia penal, es necesario su carácter imputable.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, entonces son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama se encuentran capacitados para entender, querer y responder ante el Estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento

jurídico penal. La noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma puede ser reprochado en el juicio integrando de culpabilidad.

La responsabilidad surge como consecuencia inmediata de la imputabilidad, el sujeto por ser imputable al incurrir en violación tiene el deber jurídico de responder, de dar cuenta de su acto, pues el sujeto imputable al desarrollar una conducta la cual debe ser como lo establece la ley, ser típica y antijurídica, se encuentra en el deber jurídico de responder ante el Estado de su ilicitud; demostrada después su culpabilidad, procede imponerse la penalidad que la propia ley establece. Es por ello que el presupuesto que se acepta es que la imputabilidad sea presupuesto de la culpabilidad, pues la conducta antes de reputarse culpable debe provenir de sujeto imputable.

La inimputabilidad representa el aspecto negativo de la imputabilidad, elimina el presupuesto de la culpabilidad y en consecuencia al delito. La inimputabilidad supone la ausencia de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y de determinarse espontáneamente conforme esa comprensión. Los criterios para determinar las causas de inimputabilidad son:

- a)- El Biológico,
- b), El Psicológico-psiquiátrico.

El primero se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico, relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto, apoyado en este criterio se señala determinada edad para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. El criterio psiquiátrico determina la inimputabilidad en función del trastorno mental, sea transitorio o permanente. El criterio psicológico se apoya en un concepto desde el punto de vista en que al sujeto se le califica de inimputable en cuanto que no es capaz de entendimiento y autodeterminación.

El artículo 15 fracción VII del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece como causa de exclusión del delito padecer el inculpaado al cometer la infracción, trastorno mental; es por ello que las enfermedades mentales, siendo procesos psicopatológicos agudos, crónicos o permanentes que producen alteraciones modificatorias de la personalidad psíquica del enfermo, anulan su capacidad de entender y querer.

Otra de las causas que eliminan la imputabilidad son el desarrollo intelectual retardado y el miedo grave; el primero comprende los casos en que el

sujeto por desarrollo intelectual retardado no se encuentra en posibilidad de comprender el carácter delictivo e ilícito del hecho o de conducirse con esa comprensión, entendiéndose el desarrollo intelectual retardado como una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente los fenómenos de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, se considera como disminución la que anule las facultades de querer y entender. La fracción VII del artículo 15 del Código Penal antes citado, lo estatuye al determinar al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

La otra causa de inimputabilidad, es el miedo grave, considerado como un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconsciencia, reacciones imprevistas y pérdida de la conducta que engendra un estado de inimputabilidad fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas. La fracción VII del artículo 15 del multicitado Código Penal refiere como excluyente de responsabilidad al miedo grave, causa de inimputabilidad por caracterizarse como un trastorno mental transitorio que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas, si el miedo grave nulifica la capacidad, constituye una causa de inimputabilidad, pero si en cambio a consecuencia de un peligro real grave e inminente no suprime en el sujeto dicha capacidad, será entonces causa de inculpabilidad.

La imputabilidad, siendo considerada como presupuesto de la culpabilidad, es de singular importancia, pues sin este, no existe delito ni delincuente por ser considerado inimputable, y en consecuencia no es culpable, es decir, no se da el elemento culpabilidad, es entonces para el elemento culpabilidad sumamente importante la existencia del elemento imputabilidad.

El siguiente elemento que vamos a estudiar, es la Culpabilidad, elemento subjetivo del delito. Se ha definido como el juicio de reprobación por le ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley, pues una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su actor puede ponerse al cargo de este y además serle reprochable. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida, dos doctrinas han dado las bases para poder determinarla;

A.- La doctrina psicologista la cual sostiene que la culpabilidad constituye una situación o estado psicológico en el cual se encuentra el sujeto con relación al

hecho. Considera que es el nexo psíquico existente entre el agente y el acto exterior, vinculación psicológica que admite el dolo y la culpa; y

B.- La doctrina normativa concibe a la culpabilidad como a un juicio de reproche, juicio según el cual una determinada conducta (antijurídica) a causa de cierta situación de hecho dada, es reprochable. La culpabilidad no constituye en su esencia una simple relación psicológica, sino una valoración de reprochabilidad fundada en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley.

Hay en la culpabilidad una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, así también un juicio de reprobación de la conducta de esta, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho que está prohibido ha quebrantado su deber de obedecerla. Así tenemos que si la culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo por haberse conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídica penal, se pueda entonces definir a la culpabilidad como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

La noción de culpabilidad jurídico penal nos dice de ella, que es una posición psicológica del sujeto valorada jurídicamente, que lo liga con su acto o resultado:

Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable. Por imputabilidad debe entenderse la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones, y en relación con la culpabilidad, esta es el ejercicio de esa capacidad, sin la concurrencia de causas que hagan que la acción quede impune, valorada según las normas del derecho, así quien obra con error siendo capaz de comprender la criminalidad del acto, no la ha comprendido por habérselo impedido un conocimiento equivocado o la falta de conocimiento, por eso al analizar el aspecto negativo de la imputabilidad, ésta se considera eliminatorio, pues sería vano tratar de investigar si comprendió la criminalidad de determinada acción quien por ser inimputable no es capaz de comprender la criminalidad de ninguno.

La culpabilidad reviste dos formas según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia y son:

- 1.- Dolo (intención).
- 2.- Culpa (negligencia).

El dolo opera cuando en el sujeto activo se ha presentado en su mente la conducta que va a realizarse y el resultado de esa conducta y decide en un acto de

voluntad llevar a cabo lo que en su mente se represento. La conducta dolosa es intencional y voluntaria, es decir, el dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Cuello Calón define al dolo como "la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito". (32)

La culpa como el dolo son vías de llegar a la culpabilidad. se dice que un delito es

culposo cuando el resultado que determina la acción no ha sido previsto ni querido por el que la realiza, quien además, no ha tenido la intención de producir lesión jurídica alguna. Este resultado deriva de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes deberes o disciplinas.

Se ha definido a la culpa como "toda conducta voluntaria, lícita o ilícita, realizada con imprudencia o negligencia, que ocasiona un resultado antijurídico no previsto o previsto, pero no quando ni asentido". (33)

Entonces el delito culposo puede llamarse también involuntario, porque es la involuntariedad la que lo caracteriza y lo que lo distingue del delito doloso. El delito culposo se precisa y se define por la presencia de un elemento subjetivo, que es la falta de previsión de lo previsible; y un elemento objetivo, que es el daño proveniente de aquella falta de previsión, así la culpa radica entonces, como se ha dicho, en la falta de previsión de lo previsible.

Pero la teoría de la culpa con previsión no puede ser admitida, la razón es que culpa y previsión son términos que se excluyen afirmándose que es voluntario el efecto de un hecho cuando se ha previsto, en tal caso no existe culpa, sino dolo.

Se ha dicho que entre la acción u omisión y el efecto o daño típico penal debe mediar necesariamente una relación directa. En el delito culposo como en el doloso es esencial esa relación, pues la existencia del nexo de causalidad y de todas las causas preexistentes simultáneas o sobrevivientes que guardan relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y su resultado. El nexo de causalidad debe buscarse entre el autor y su actuar no diligente, a consecuencia del cual se ha producido el resultado típico por su culpa.

La exigibilidad de determinados modos de obrar sólo puede resultar de que el orden jurídico imponga hacer o dejar de hacer algo, de lo que resulta, que un

32 Cuello Calón, Ob., cit., Pág. 429.

33 Cortes Ibarra, Ob., cit., Pág 222.

hecho objetivamente típico solo puede reprocharse como culpable a quien no previniendo un resultado, no solamente pudo prever, sino que debió prever.

En la imprevisión del resultado radica la esencia de la culpa y su diferencia con el dolo. Al sujeto, apreciando la secuencia normal o regular de los hechos, le era debido evitar el daño por ser previsible y evitable, habiéndole bastado observar principios de cuidado, de atención o reflexión. De aquí que la imprudencia y la negligencia constituyen conceptos básicos en la construcción de la noción de la culpa.

Respecto de la culpa, el artículo 90 del mismo código, en su párrafo segundo expresa obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Del dolo el artículo 8 del Código Penal declara que los delitos pueden ser, dolosos, y el artículo 9 del citado Código en su primera parte, establece que obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. El aspecto negativo de la culpabilidad, es la inculpabilidad y se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta. Su aspecto negativo funcionara haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Las causas que excluyen la culpabilidad son:

- a.- Error.
- b.- Coacción moral.
- c.- No exigibilidad de otra conducta.

Para los efectos del derecho, los conceptos de ignorancia y error se identifican, y aunque la primera implica ausencia total o parcial de conocimientos sobre una cosa o materia y la segunda supone un conocimiento o noción equivocada, o una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación) para el área jurídica es irrelevante la distinción entre ellas, el derecho las identifica, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente.

Las leyes suelen emplear la expresión error para denotar el desconocimiento o conocimiento falso que recae sobre la norma jurídica (error de derecho) o sobre circunstancias del hecho tipificado (error de hecho).

Desplazando el error de derecho o ignorancia de la ley al elemento de culpabilidad y apreciándolo en calidad de eximente, se considera dolosa cuando el agente tenga conocimiento de la ilicitud de su conducta, conocimiento que puede ser vulgar, ordinario, no científico ni exacto; así que sin tener conciencia de la descripción típica la falta de conocimiento de respetar la norma, el dolo no existe; si el error era superable podrá imputársele a título de culpa pero no dolosamente.

Jiménez de Asúa resume y dice "que sin la conciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, el dolo no existe; si el error era superable podrá imputársele a título de culpa, pero no dolosamente. Y da igual que ese conocimiento falte en orden a los hechos o en referencia a los elementos normativos del tipo legal o a lo injusto de la acción" (34).

Ahora bien, el error siendo de carácter vencible y bastando un normal cuidado o atención para conocer la ilicitud de la conducta, el resultado se imputará culposo a su autor.

El error de hecho se subdivide en error esencial y error inesencial. El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad; impide que el autor comprenda la naturaleza criminosa de su acto. El error inesencial sólo elimina la culpabilidad operando como eximente de responsabilidad de superarlo; es vencible cuando bastaba la reflexión, atención o cuidado para superarlo.

Dentro de la teoría del error se estudian las llamadas causas putativas de justificación. Se trata del caso en que un sujeto cree por error actuar de modo legítimo, suponiéndose protegido por una causa de justificación. El agente actúa sin comprensión de criminalidad, recayendo el error en la significación antijurídica del hecho. Las eximentes putativas operan en todos aquellos institutos que excluyen la antijuridicidad

como son la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. La incriminación sólo se destruye cuando el error origina un actuar inculpable (sin conciencia delictiva), exhibiendo además el carácter de invencible.

La doctrina penal acepta la coacción moral o "vis compulsiva" como causa que excluye la culpabilidad. No actúa culpablemente quien lo hace bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente que parte de un ser humano. Dentro de la idea general de coacción es necesario distinguir la fuerza o violencia física irresistible (vis absoluta) de la violencia moral (vis compulsiva).

La violencia física es la ejercida sobre el cuerpo, cuando se obra violentado por fuerza física irresistible es evidente que no concurre al acto la libertad psíquica ni física de dirigir la acción, el violentado es un mero instrumento de otro.

En la violencia moral, la voluntad del individuo esta presente, pero no es libre en su elección, él carece de la posibilidad de dirigir libremente sus acciones.

La coacción debe reunir los requisitos de una amenaza la cual debe contener un mal grave e inminente, no actúa culpablemente quien lo hace bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente. El mal amenazado puede recaer sobre un tercero cercano a él, mal grave es el que puede causarse a la vida, a la salud, al honor pero no puede limitarse a la simple amenaza de un daño cualquiera, inminente quiere decir ineludible o inevitable por otros medios que no sea el cumplimiento de lo exigido por el coaccionamiento.

La coacción produce el efecto de eliminar en el sujeto obligado la culpabilidad, tanto a título de dolo como título de culpa.

La no exigibilidad de otra conducta se deriva de la concepción normativa de la culpabilidad, fundamentada en el juicio de reproche. En razón de motivos y circunstancias de hecho, al autor no le era exigible otra conducta distinta a la realizada, de ahí que el resultado dañoso le sea irreprochable.

Como último elemento del delito tenemos a la punibilidad, elemento que ha sido muy discutido por los tratadistas del Derecho Penal, pues algunos consideran que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, sino que lo consideran como una consecuencia de la conducta, típica, antijurídica y culpable.

Al respecto Ignacio Villalobos sostiene "la punibilidad no es un elemento del delito. Con lo dicho, acto humano típicamente antijurídico y culpable queda completa la definición esencial del delito, pues a pesar de algunas supervivencias del pensamiento anterior, el estudio cuidadoso nos ha desembarazado del primer espejismo que involucro la pena en la constitución del delito. Esto es oposición al orden jurídico y nada más- oposición objetiva o culpabilidad. La pena es la relación de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo, y dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; esto que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre justicia retributiva, suena lógico decir que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forma parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiarán los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito, pero no es delito porque es punible" (35).

Algunos otros autores consideran a la punibilidad como uno de los caracteres fundamentales del delito, pues señalan que la amenaza de la pena que se asocia a la violación de los deberes, es la forma en que el Estado garantiza la permanencia del orden social, además de ser la tipicidad y la punibilidad las características distintivas que diferencian la norma penal de otras.

Es cierto que el ordenamiento jurídico integrante del Derecho Penal se forma con distintas normas, unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la amenaza de una sanción penal, mientras que otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o inaplicación de las primeras.

Pero la conducta delictiva, debe además de típica, antijurídica y culpable, ser punible, pues esta es la forma como el Estado amenaza al autor de un ilícito penal, entonces un hecho será punible cuando descrita abstractamente en la ley se encuentre conminada su relación con la aplicación de una pena, pues que sería la ley penal sin la

amenaza de una sanción, sería como muchas otras que no teniendo ningún tipo de amenaza contra la persona o sus bienes sería incumplida y hasta estaría por demás establecerla en nuestra legislación.

Necesariamente debe aplicarse pena contra cualquier infracción de tipo penal, es por ello y refiriéndome al tema que presento, el artículo 55 del Código Penal, deberá ser reformado o derogado, pues si no se aplica sanción alguna a quien cometió un delito como lo señala el artículo, aún y cuando se encuentren las circunstancias que señala, como es el caso de tener determinada edad, estaríamos en cierta forma actuando contrariamente a lo que la ley penal señala, pues el hecho de no aplicarse pena alguna provocaría ejemplo a quien se encuentre en edad senil y por lo tanto lo incitaría a cometer delitos, sabiendo que por tener esa edad no podrían ser sancionados de ninguna forma; o también como es el caso de haber sido lesionado en el momento mismo de estar cometiendo el delito, pues si es lesionado y por eso mismo no es sancionado estaríamos siendo totalmente parciales, ya que la justicia no se realizaría, pues no habría justicia para quien fue víctima del hecho delictuoso ya que el saber lesionado a quien le ocasionó un daño, no justificaría su delito ni satisfecería la justicia que clama la víctima.

Se ha considerado que las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen un ingrediente esencial del delito, las condiciones para hacer efectiva la punibilidad, no se encuentran en forma constante, sino de una manera ocasional, y por lo que no es constante en el todo, no puede formar parte de su esencia, no se refieren al concepto mismo del delito, sino que son extrínsecos a él, norman un requisito de procedibilidad.

Castellanos Tena las define "como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación". (36)

La condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato que debe darse para que opera la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues

sólo en contados casos se presentan tales condiciones, como por ejemplo cuando delinquentes que hayan cometido infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país donde se ejecuto y también en la República, como lo señala el artículo 40 fracción III del Código Penal Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes.

"III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República".

O como sucede en los delitos fiscales en los cuales se requiere una declaración de Hacienda Pública respecto a la existencia de un perjuicio fiscal.

El aspecto negativo de la punibilidad, son las denominadas causas de impunidad de la conducta, y consecuentemente al delito mismo, por lo que excluyen la incriminación de la conducta. Al autor del ilícito se le releva de toda responsabilidad por razones de política criminal, como es la Excusa en razón de la temibilidad, que comprende el caso de robo y que el bien robado no exceda de determinada cantidad, sea restituida por el ladrón y pague todos los daños y perjuicios; utilidad social, como son las Excusas en razón del Interés preponderante, como los casos relativos a los delitos de injurias difamación y calumnia; inexigibilidad de otra conducta, como las Excusas en razón de el embarazo resultado de una violación, no puede exigirsele la aceptación de una maternidad no querida, casos en los que se presume que el activo no revela seria peligrosidad como para hacerse merecedor de la pena. Se considera conveniente no aplicar en el caso concreto pena alguna al sujeto activo del delito, en estos casos, el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

El estudio sobre los elementos integradores del delito nos conduce a poder entender todo lo que supone la creación de una conducta delictiva, pues no sólo es el accionar ilícito sino toda una serie de circunstancias que llevan a determinar lo que es

verdaderamente un delito. Este tiene un desarrollo en el que existen momentos o etapas de índole internas y externas.

El delito recorre un camino (iter criminis), desde su ideación, hasta su culminación, es decir, desde que en la mente del activo surge la idea criminosa, hasta que agota su conducta delictiva, es por ello que entraña varias facetas o etapas, que como dije anteriormente son internas o externas. La fase interna, o sea los actos internos, están fuera del campo del derecho penal, pues constituyen la intimidad del individuo, la cual no tiene trascendencia jurídica, pero sin embargo constituyen el inicio de la comisión de un delito; comienzan con una idea que debe ser criminosa, el agente activo concibe en su mente la acción de un ilícito penal, posteriormente delibera y medita sobre la realización o abstención de su conducta, para que por último resuelva y decida llevar a cabo la conducta delictiva.

La fase externa lo constituye la preparación del delito desde su manifestación hasta la ejecución del mismo, es decir, desde que el sujeto externa su pensamiento delictivo, pero solo como una idea o un pensamiento, lo prepara pero con actos que en sí mismos son lícitos, pero con el propósito de llegar a la ejecución del ilícito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminal o transgresión de la norma penal, siendo estos actos no punibles, porque los hechos preparatorios no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito; hasta llegar a la ejecución, momento en el cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que supone necesarios para realizar la conducta delictiva.

Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito, se interrumpen esta por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura delictiva de la tentativa.

La tentativa existe por la comisión incompleta de un delito, o sea, en tanto que la comisión no se a realizado por completo. Esto puede ocurrir ya sea porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo este por una causa externa imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada). En relación a este tipo de tentativas, se establece que en la tentativa inacabada cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del

culpable a la mitad de la ejecución del delito o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, que sin embargo eran necesarios. En la tentativa inacabada se da el resistimiento espontáneo del agente lo cual excluye la punibilidad de la tentativa, pues tal desistimiento acredita plenamente su ausencia de peligrosidad.

La tentativa acabada o delito frustrado, realiza todos los actos que del agente dependen y que pueden darle la esperanza de alcanzar el resultado, por consiguiente pueden serle imputados como autor verdadero todos aquellos que en la tentativa simple fueron comenzados. La tentativa acabada se realiza porque se dan causas independientes a la voluntad del sujeto, lo que advierte de una temibilidad mayor que en la tentativa inacabada y por lo tanto, si es punible.

Cuando se agotan todos los elementos del tipo penal, estamos frente al delito consumado, el cual representa la violación completa de la norma.

El camino del delito nos muestra todas las etapas por las que el agente debe pasar para realizar un acto delictivo, desde su ideación, hasta su ejecución, lo que nos hace pensar que este tipo de personas son verdaderamente temibles y peligrosas, no sólo para la sociedad misma, sino en general para el género humano el cual se va desintegrando poco a poco por todos estos tipos de delincuencia, sea cual sea las características de cada una de ellas.

3.-Fundamento de la Excluyente de Responsabilidad y de la Excusa Absolutoria (Causas de Exclusión del Delito).

Las conductas realizadas en condiciones normales constituyen delitos de acuerdo a la naturaleza del tipo como descripción, por lo que cuando concurren situación o elementos excepcionales pueden estas llegar a eliminar el carácter delictuoso de un acto típico y con él la responsabilidad de quien los ejecuta, ante este tipo de situaciones estamos en presencia de alguna excluyente de responsabilidad. Ahora llamadas Causas de Exclusión del Delito. Las excluyentes de responsabilidad son entonces, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso a pesar de su tipicidad y por tanto no

produce la responsabilidad que es inherente al delito. El agente que haya cometido un hecho especificado como delito, puede estar exento de responsabilidad penal, bien porque no le sea imputable penalmente, o porque su conducta resulte jurídica en función de ciertas circunstancias que rodean el hecho, lo que impide que su acción sea punible, una acción prohibida por la ley.

Cuando existe una Causa de Exclusión del Delito el agente no es culpable ni moral ni jurídicamente, porque no se encuentra en las condiciones normales de imputabilidad. Estas causas de justificación o causas de suspensión de la culpabilidad se encuentran en nuestro Código Penal con el nombre de circunstancias excluyentes de responsabilidad criminal, estas circunstancias se encuentran perfectamente puntualizadas y basta que concurra una de ellas para que el procesado quede penalmente exculpado o justificado.

El Código divide en dos grupos las causas de irresponsabilidad, uno comprende las causas de inimputabilidad, otro las de justificación. En las primeras, la irresponsabilidad se funda en la ausencia o en la profunda perturbación de las bases de la inimputabilidad (conciencia y voluntad). En las causas de justificación las bases de la imputabilidad subsisten sin alteración alguna, la conciencia y la voluntad del agente funcionan con normalidad, pero el acto realizado en apariencia delictuoso, es justo y conforme a derecho; o sea que las Causas de Exclusión del Delito se distinguen de las de inimputabilidad por su contenido mismo, porque las primeras son conductas jurídicas en las que el agente da vida al derecho, a pesar que concurren los elementos materiales del delito. Las causas de inimputabilidad no se refieren a conductas jurídicas porque en ellas el agente actúa produciendo un daño indebido, en ellas falta la responsabilidad penal, la cual requiere del dolo, elemento que no concurre en el agente.

La distinción hecha entre las causas de irresponsabilidad son que posee una justificación de carácter doctrinas y una trascendencia de carácter práctico, pues mientras el irresponsable penalmente por concurrencia de una causa de exclusión del delito no puede lesionar intereses ajenos, es también civilmente irresponsable; por otra parte, el que lo es penalmente por causas de inimputabilidad, es responsable civilmente y esta obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados con sus actos, que aún

cuando no le sea imputables, no pueden justificarse, ni legitimarse, así las causas de inimputabilidad no destruyen la responsabilidad civil y aún cuando no se le pueda imputar al responsable el hecho ejecutado en lo que se refiere al castigo, siempre estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados con sus actos.

El criterio que divide las circunstancias excluyentes de responsabilidad o causas de exclusión del delito en causas de inimputabilidad y causas de justificación, es valioso en cuanto precisa la naturaleza esencial de ellas y las diferencias de las excluyentes de responsabilidad. Se ha tratado de fundamentar a las excluyentes de responsabilidad desde muy diversos aspectos, desde la peligrosidad del sujeto de que constituyen un medio justo para la consecución de un fin justo, o de que descansan en el principio del interés preponderante y que esto presupone situaciones de conflictos de intereses, y algunas otras señalan que cada una de ellas se fundamentan en sus principios propios y peculiares. Se ha tomado como base que se deben de fundamentar por razones de conveniencia político-criminal, pues interesa al Derecho Penal que determinadas causas eximentes de la responsabilidad criminal lo sean porque demuestren la inexistencia de uno de los elementos del delito.

El criminal no se convierte en inocente al estar amparado por alguna de esas exculpantes, sino que sus actos se justifican o se excusan en virtud de que proceden de circunstancias personales del autor y extrañas al delito, o bien el inculcado queda amparado por el ejercicio de un derecho, justificándose el acto realizado; por eso se exige que la justificación o la excusa deba ser intrínseca al hecho culpable, a diferencia de las anteriores justificaciones o excusas que nacen de circunstancias extrínsecas al delito, como son el principio del interés preponderante o la conveniencia político-criminal.

Respecto de las excusas absolutorias, diremos que el término excusa, tiene su origen en la terminología penal francesa, de donde lo toman los penalistas españoles para posteriormente difundirlo entre los estudiosos del derecho penal en América. En sus orígenes se consideraba como excusa, la edad, el sexo, el estado de ánimo, o los antecedentes en general, todas las circunstancias que podían mover a la piedad, dejando al arbitrio judicial la decisión de ellas. Actualmente, estas excusas deben

considerarse como atenuantes y ser resueltas por el juez después de haber declarado culpable al reo y sólo se toman en cuenta para disminuir el castigo.

Las excusas absolutorias substancialmente consisten en la impunidad declarada por la ley para casos de excepción, motivados por especiales razones de orden político o social.

Ricardo Abarca afirma que las excusas absolutorias consisten en la impunidad declarada en la ley para casos de excepción, afirma que una conducta delictiva conserva los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero por razones especiales y específicas a cada especie de delito se suprime la irrogación de la pena y nos da este concepto del elemento del delito: "substancialmente, la excusa absolutoria supone la comisión de un acto típicamente punible y la culpabilidad de la persona del agente; ningún motivo existe para suprimir los elementos de antijuridicidad o punibilidad de manera que existe el presupuesto cuya consecuencia jurídica es la pena, pero por razones especiales de cada caso interrumpe la ley esta consecuencia y declara la impunidad del hecho, de donde resulta que las excusas absolutorias, a diferencia de otras clases de exclusión de responsabilidad, no puede formularse en principios generales, sino que tienen que concretarse al caso que motiva la excepción, dentro de cada especie de delito". (37)

El efecto de las excusas absolutorias es el de suprimir la punición de un hecho delictuoso, aún mediando todos los requisitos para que ella se produzca, porque razones son siempre de orden personal, en el sentido de que tienen su fundamento en situaciones de tal carácter, y no benefician sino a los que se encuentren en esas situaciones.

Como características de las excusas absolutorias podemos señalar las siguientes:

I.- Dejan subsistentes los demás elementos del delito. Para que una conducta llegue a ser delictiva tiene que concurrir todos y cada uno de los elementos integradores

de la infracción penal. Y cuando alguno de ellos falte puede dar lugar a la aparición de alguna de las formas de exclusión de responsabilidad o aspectos negativos, de cada particular elemento positivo.

II.- La impunidad de las excusas absolutorias tienen como fundamento la personalidad del actor y causas de utilidad pública. La variedad de motivos que fundan cada excusa hacen que resulte inútil una reseña de los mismos.

III.- Como consecuencia de que se fundan en motivos personales no pueden establecerse en la parte general los Códigos, sino que se consignan en la especial y para cada uno de los delitos en donde surten sus efectos.

IV.- Debido a la subsistencia de la antijuridicidad de la conducta, el autor amparado por una excusa, responde civilmente por todos los daños causados.

V.- Constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y quitan el acto de calidad de delito.

VI.- Las excusas absolutorias son personalísimas y no favorecen por lo tanto a los copartícipes, para quienes el hecho sigue constituyendo una acción punible con todas sus consecuencias.

Si las excusas absolutorias eliminan la punibilidad, y no se aplica ninguna pena, es porque realmente el Derecho Penal no quiere ser injusto en la aplicación de una sanción con las personas que no revelan ningún peligro para la sociedad aún cuando haya cometido un ilícito penal, pues debido a una determinada situación es como lo cometen, es decir, se encuentran en esa situación que la ley señala como eximente de que les es favorable; lo que no quiere decir que se le pueda eximir de la culpa y de la sanción que le corresponde a la persona que comete un delito por ser esta de determinada edad (senil), pues ello no lo exime de responsabilidad, no se encuentra dentro de una eximente de responsabilidad y por tanto es responsable y merecedor de la pena, además existen muchísimas personas en edad senil, por lo que no sería excusa el ser anciano, pues no tiene la característica de ser personal, ya que habría un gran número de personas dentro de esa situación, lo que equivaldría a dejar impune muchos ilícitos y sin la sanción correspondiente a quien verdaderamente a lesionado el bienestar social.

El delito es, ha sido y seguirá siendo un mal grave para la sociedad, la cual se ve amenazada por la comisión del mismo, pero este es creado por el hombre, el delincuente que sin miramientos realiza un acto delictivo, no preocupándose ni teniendo conciencia del daño que ocasiona. El delincuente, es sin duda, un ser humana antisocial, sea este joven, adulto o viejo, no importando sexo, edad o religión, o cualquier otra característica del ser humano; de ahí la necesidad de detenerlo y reprimirlo con sanciones, sean estas represoras o preventivas.

A continuación veremos las sanciones de la que se vale el Estado para darle cierta seguridad a la sociedad contra el mal de la delincuencia.

CAPITULO III.- LA PENA COMO JUSTA RETRIBUCION AL ILICITO COMETIDO

1.- Noción de la pena.

Desde la más remota antigüedad, el criminal es castigado porque lo merece. En los pueblos antiguos como en las naciones modernas, el delito es castigado no sólo por el perjuicio que produce, sino también por la mala intención de su autor.

La sociedad reacciona contra el delincuente mediante la pena impuesta por el poder social, pues tiene el derecho de conservarse y no es de otra manera que castigando a los criminales; pero es necesario que la pena impuesta al criminal sea justa, que la pena sea aplicada e impuesta a un culpable que lo ha merecido, por una culpa libre y consciente.

Se atribuye a la palabra pena un origen controvertido, como advierten algunos autores que entienden al vocablo pena que se deriva del latín "poena", otros advierten que proviene del griego "phonos", que significa castigo, dolor, suplicio, etcétera. Según algunos más, proviene de la palabra "punya" del sánscrito (lengua sagrada del Indostán) que significaba purificación. Hay también quien supone que procede del verbo "punere" (poner) y del sustantivo "pondus" (peso) simbolizando así la forma del proceso en el juicio.

Numerosos autores han definido a la pena, tal es el caso de Carlos Franco Sodi, quien nos dice "por pena se entiende la consecuencia legal que tiene el delito para su autor quien sólo debe sufrirla cuando se la impone el ESTADO por la resolución de sus tribunales" (40).

Otro de los autores que la define es Osorio y Nieto Cesar Augusto que nos dice "la pena es la consecuencia que sufre el sujeto activo de un delito como resultado de la infracción a la norma penal" (41) .

Estas definiciones así como muchas otras coinciden en considerar a la pena como un mal que se aplica como consecuencia del delito cometido. El delito, como habíamos dicho anteriormente es un mal social, el cual debe combatirse para lograr mantener el orden social, de ahí la necesidad del Estado de crear leyes sancionadoras para poder así obtener el beneficio del orden jurídico. El hombre que llega a delinquir en condiciones normales y cuya conducta se rige por determinados motivos, es al que se le puede aplicar la pena (sanción) como un contraestímulo que sirva para disuadirlo del delito y que una vez que lo ha cometido lo trate de corregir para el porvenir.

La pena, al considerarse como consecuencia jurídica del delito, es el medio para reaccionar contra la lesión del bien jurídico y de esa forma elimina el delito.

La pena es una consecuencia del delito, no porque sea un efecto de éste, sino porque la pena constituye un deber ser, una exigencia moral y jurídica que requiere su actuación y como su consecuencia, entra en el marco de las sanciones jurídicas. La sanción es considerada como el castigo para la hipótesis de un incumplimiento del precepto legislativo, supone necesariamente la violación de un deber y es la consecuencia de una acción que ha violado ese deber.

Al respecto Bettiol Giuseppe define a la pena como "la consecuencia jurídica del delito, es decir, la sanción previamente establecida para la violación de un precepto legal" (42)

Por lo que la pena ha de ser establecida por la ley y dentro de los límites fijados por la misma, imponerse con observancia de los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un previo juicio penal.

Si la norma penal tutela intereses de toda la colectividad o intereses privados considerados como del Estado que es la representación de la colectividad la pena como sanción se establece entonces para garantizar la conciencia social que permite reaccionar al derecho una vez lesionado y que impide se le viole impunemente,

41 Osorio y Nieto, Cesar Augusto, Síntesis de Derecio Penal, pág. 95.

42 Bettiol Giuseppe, Derecho Penal, Pág. 635.

especialmente cuando este con sus normas tutela condiciones o situaciones de intereses indispensables para una ordenada y pacífica convivencia social. Por otra parte, el concepto de sanción no puede separarse de la idea de retribución, pues de la consideración de un hecho ya acaecido, de un hecho ya extinguido, se formula un reproche a agente. También se vincula necesariamente con el de culpabilidad, porque sólo en casos excepcionales, se puede llamar alguno a responder por un hecho realizado inculpablemente, es decir, más allá de la posibilidad de formular reproche al agente.

La pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo; la idea de retribución exige que al mal del delito le siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida y para la realización de la justicia, pues es sin duda la conciencia colectiva que reclama el justo castigo al culpable.

La pena es un sufrimiento infringido al autor de un delito con motivo de su perpetración. La idea de retribución es inherente al concepto de pena, fuera de esta idea, no es posible encontrarla. Responde pues a un criterio de justicia que mueve necesariamente al legislador a aplicar al autor de un mal, otro, proporcionado a la gravedad del perjuicio causado.

Algunos autores como Enrique Ferri afirman que "ya no debería apearse la idea de la pena a la del castigo, pues consideran que el crimen es una dolencia social y el criminal es un enfermo, considerado de esta manera ya no tendría la jactancia de comportarse como criminal-, consideran que la palabra pena debería abandonarse y adoptarse en vez de ella la expresión "medida de defensa social" o alguna otra equivalente con el fin de apartarse de toda connotación de castigo" (43).

Pero la exigencia de que al mal le siga el mal, no es expresión de un desordenado actuar primordial de reacción contra lo injusto, sino expresión de un sentimiento de justicia que demanda un castigo para los reos, sin que desaparezca el fundamento ético de la sociedad civilizada. No puede basarse la pena sobre el instinto de venganza, porque éste no corresponde a la naturaleza racional del hombre; una cosa

es la reacción que lleva la pena y otra la reacción desordenada que conduce a la venganza, expresión de la naturaleza concupiscente del hombre. Por ello, un elemento irracional no puede servir de fundamento a una institución que se propone restaurar el orden violado por el delincuente, Bettiol Giuseppe señala "el fondo de la pena, es pues racional, ello no supone excluir del todo el elemento instintivo, que en sustancia nada tiene que ver con la venganza". (44)

Podemos concluir que la pena es un castigo, un mal infringido al delincuente infractor de la norma penal que obedece a principios de justicia y reclamamos de seguridad social. Es retributiva, pues la pena se aplica por la comisión de un delito; si este origina desorden y desequilibrio, a este desorden debe seguir algo que valga para eliminarlo, este algo es la pena, cuya razón consiste entonces en la restauración del orden violado, y que debe como última instancia corregir y disuadir al delincuente de los actos que comete y que se consideran como dañinos para la sociedad, aplicándose siempre sobre fundamentos de justicia.

2.- Fundamento de la Pena.

Sobre la naturaleza y fundamento de la pena, se han distinguido tres grandes teorías, las cuales son:

A. Teorías Absolutas, conciben a la pena como consecuencia necesaria e inevitable del delito, teniendo un carácter eminentemente reparador o retributivo. El delito es considerado como un mal causado y su autor debe ser sometido a la expiación de ese mal, pues la omisión del castigo importaría una injusticia. Las teorías absolutas son netamente retributivas, la justicia, según ellas reclama la pena porque el que delinque produjo un mal y debe expiarse ese mal.

B. Teorías relativas, para estas teorías la pena no es una retribución, ni se justifica en si misma, sino en la finalidad que persigue, la corrección moral del delincuente por medio de sistemas primordialmente educativos; este es su fin y su justificación.

C. Teorías Mixtas, estas teorías procuran amonizar las dos posturas antagónicas que anteriormente se señalaron. La pena no sólo debe aspirar al logro de la

justicia, la justicia absoluta, que conforme a ellas es siempre fundamento de la pena, sino que a la vez, aprovechándose de ella, el Estado debe buscar la prevención especial y general de la delincuencia, debiendo ser esta su finalidad.

Estas teorías como ya señale, dan fundamento a la pena, la cual se ha dictado como sanción de la ley para asegurar la conservación de la sociedad, el mantenimiento del orden jurídico y el respeto a las mismas leyes. La pena tiene por objeto la restauración del orden violado y posteriormente la prevención de los delitos, pues con el ejemplo de ella, e impuesta al reo, se propone prevenir los delitos de una manera general, intimando a los criminales y asegurando así el respeto a la ley. Si la finalidad de la pena es la prevención de los delitos, siendo la causa la violación cometida, la pena es la sanción legítima, es el castigo de los culpables, es un acto de justicia que sólo se impone a los que lo merecen, es por ello que su fundamento radica en la justicia. Al respecto Luis Proas señala "el derecho de penar deriva del derecho de gobernar y de la idea de justicia, que autoriza la aplicación de la ley" (.5).

La imposición de la pena radica entonces en la justicia, pues su imposición trae aparejada tranquilidad y seguridad a una sociedad que día a día trata de salvaguardar su bienestar, es por ello que la misma sociedad debe cuidar su aplicación y observancia sin tener consideración alguna con quien realmente la merece, pues refiriéndonos al tema de la presente tesis, si no se impone pena sea esta privativa o restrictiva de libertad a quien por su edad senil se considera innecesaria su aplicación, resultaría injusto para quien sufrió las consecuencias del delito cometido y para la sociedad misma que vería la impunidad de éste, trayendo como consecuencia la falta de credibilidad en la impartición de justicia y en la ley.

3.- Fines y caracteres de la pena.

La pena tiene como fines mantener el orden y el equilibrio que son fundamento de la vida social y moral, protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito y aspira también a la prevención de la delincuencia.

Algunos autores señalan que la pena tiene por fin una prevención general

de la criminalidad, la cual parte de la consideración de que el fin único de las penas es alejar los delitos de la sociedad y por esta razón en la amenaza de su aplicación y en la ejecución de la pena debe tenerse presente la idea de que la generalidad de los ciudadanos ha sido puesta en la condición psicológica de no caer el delito.

Es así como la pena abstractamente determinada en los particulares delitos que la ley define constituye una amenaza general mediante la cual se ejerce coacción psíquica a las individuos, procurando de esta manera el Estado evitar la comisión de delitos. La prevención general parte del presupuesto de que todos los hombres pueden ser intimidados por la pena, de manera que la amenaza de ella funcionaría como contrainpulso al impulso criminoso.

La prevención general esta desprovista de todo vinculo con la idea de la justa retribución, pues se dan criterios en los que ya no constituyen para la medida de la pena el hecho y la culpabilidad, sino la necesidad de una mayor o menor intimidación de la colectividad, razón por la cual los delitos leves también pueden castigarse con penas graves y desproporcionadas, no es la justicia, sino la ejemplaridad de la pena lo que debe sobreponerse; o mejor aún la justicia de la pena se desprende de la ejemplaridad de su eficacia.

Pero una pena que se inspire en el único criterio de la prevención general es injusta, pues la retributiva, que vincula la pena con la culpa, es la única que reafirma en la conciencia del reo los valores morales y en la conciencia social el sentido del deber y la satisfacción por el restablecimiento del orden.

Si el criterio de la prevención general no puede considerarse como base de la pena, ello no quiere decir que esta no ejerza una eficacia preventiva general, pero sucede que la pena ejerce dicho efecto precisamente en cuanto es retributiva e introduce en la conciencia social la idea de lo justo y de lo honesto.

Por otra parte, existe otro criterio el cual también señala como fin de la pena la prevención, pero una prevención especial, de la cual se establece, que toda orientación penal moderna esta dirigida hacia la recuperación social del reo, de manera que la pena pueda llevarlo a ser un miembro activo y consciente de la colectividad. Mediante la aplicación activa de la pena, se persigue la resocialización del delincuente, su reeducación o enmienda con miras a prevenir la repetición del acto dañoso; debe ser apta para destruir todos aquellos factores que determinaron al sujeto a delinquir.

Se dice que cuando se habla de prevención especial se debe hacer referencia a un medio que incide sobre anomalías orgánicas, psicológicas ambientales, que pueden haber determinado a una persona al delito, o pueden inducirla a nuevos delitos, pero nada tiene que ver con la naturaleza y las exigencias de la pena.

El campo de la prevención especial es el de la peligrosidad, no el de la culpabilidad, y por lo tanto, el de la pena. Aquella actúa cuando partiendo de un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas, se puede deducir que un sujeto podrá ocasionar delitos, pero no se le encuentra donde impera la exigencia retribución, que se le propone hacerle sentir al reo lo que significa violar la ley.

La prevención especial mira al futuro, se preocupa por actuar de manera que el reo no pueda volver a delinquir, pero prescinde por completo de su arrepentimiento moral. Es por ello que la pena debe estar dirigida a la enmienda del reo, es decir, que debe aplicarse y ejecutarse de manera de hacer posible el arrepentimiento, para que el reo comprenda el lado negativo de la acción realizada, de la vida negativa que ha llevado para decidirse a cambiar; la enmienda tiene repercusiones futuras y se esfuerza por influir sobre el ánimo del reo para que surja el arrepentimiento de cuanto ha hecho y por eso hace suya la exigencia ética de la rehabilitación moral y social.

Se castiga porque se ha violado una norma penal, pero la retribución debe llevar consigo la posibilidad de que el reo se arrepienta, posibilidad que debe ser inherente a la naturaleza de la pena, pues las penas desproporcionadas a la gravedad de la culpa aunque adecuadas a la gravedad material del delito, no son penas retributivas que puedan influir sobre el ánimo del reo, quien ante la injusticia que se le infiere sentirá nuevos estímulos para una rebelión más acentuada.

La prevención especial debe ser reafirmación de la norma violada, debe ser retribución, pero retribución que en concreto no olvide la personalidad del individuo y deje abierta la posibilidad con las modalidades de su individualización y ejecución de una enmienda del culpable.

La pena tiene ciertos caracteres que derivados de los fines, podemos señalar los siguientes:

- 1.-Intimidatoria, sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.

2.- Ejemplar, para que no sólo exista una conminación o amenaza teórica en los códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

3. Correctiva, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecta la libertad se aprovecha el tiempo de su duración para llevar a cabo los tratamientos de enseñanza, curativos o reformadores que en cada sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.

4.- Eliminatória, temporalmente mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad, o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.

5.- Justa, porque si el orden social se trata de mantener, descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias, pero además porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendidas por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían inevitablemente ante la alta de castigo.

4.- Clasificación de las Penas.

Las penas se han clasificado teniendo en cuenta el bien de que por efecto de su imposición resulta privado el delincuente; o por el resultado que con ellas se busca producir; o por su importancia en relación con otras, así tenemos que las penas pueden ser:

1.- Por el fin preponderante:

a) Intimidatorias.- Son las indicadas para aquellos en quienes aún subsiste el resorte de la moralidad, y que es preciso reforzar por el miedo a la pena, entre estas se encuentran la multa, y las de prisión de corta duración.

b) Correctivas.- Son las que mantienen al sujeto privado de su libertad, y por tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuado.

c) Eliminatórias.- Son las destinadas a garantizar a la sociedad contra los criminales más terribles, los no corregibles, segregándoles del medio social y poniéndoles en situación de no causar mal alguno. Entre estas se encuentran la pena de muerte, la de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida y el destierro, donde las hay.

2.-Por el bien jurídico afectado:

- a) La pena capital que priva de la vida;
- b) Las penas corporales, son aquellas que se aplicaban directamente sobre la persona, como azotes, marcas o mutilaciones;
- c) Penas contra la libertad, pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar o bien privativas del mismo, como la prisión;

3.- Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí o con otras pueden ser:

- a) Principales que son las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia.
- b) Complementarias, aquellas que aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa, se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias;
- c) Accesorias, son aquellas que sin mandato expreso del juez, resultan agregadas automáticamente a la pena principal.

Tanto los fines y caracteres de la pena, así como su clasificación, nos conduce a establecer de una manera concreta que su función principal es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pues es necesario garantizar a la ciudadanía la seguridad social que fue quebrantada, pues la idea de restablecimiento implica la corrección del culpable, la confortación de la sociedad y la advertencia a otros delincuentes.

Si bien es cierto que la pena pudiera tener como fin la prevención de la delincuencia, sea esta general o especial, su fin primordial e inmediato es el de mantener el orden y equilibrio social; podrá, como se señaló anteriormente, pensarse en la recuperación social del individuo pues como ser humano requiere y tiene derecho a nuevas oportunidad para su reintegración a la sociedad de forma positiva, pero esto requiere de tiempo y de los medios adecuados que bien podrían aplicarse pero una vez que haya cumplido con la correspondiente pena, la cual debe ante todo ser retributiva y no como si se tratase de un sentimiento de venganza, además también procurar un resultado;el restablecimiento del orden, pues el peligro de que al culpable se le deje impune, renueva contra otros su hazaña y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley. Es así como la reacción pública,

contra el delito, mediante la aplicación de una pena retributiva, no se produce para la satisfacción de exigencias particulares, sino colectivas.

5.- Individualización de la Pena.

La pena tiene como ideal rector la readaptación social del penado, el interés sobre este ideal, se basa en el juicio de selección penal por obra del arbitrio judicial, pues es el juez quien deberá aplicar la pena que sirva a los propósitos de defensa social y de la readaptación del infractor plantea diversos requerimientos de selección, formación y actitud de personas, todo ello para la realización de una buena administración de justicia la que corresponde principalmente al juez penal.

Si la pena tiene como fin un propósito futuro, es preciso que para la realización de ese fin la pena deba adaptarse a la naturaleza de quien recaiga. Esa adaptación de la pena al individuo es lo que hoy se llama la individualización penal.

La ley establece y previene hipótesis generales, descripciones típicas de carácter abstracto sobre el que la sentencia se ha de concretar, referida a un hecho real.

El problema se cuando no esté señalado una pena que pueda ser divisible, es cuando se deja al libre arbitrio del juez la determinación de la pena, el cual debe obedecer a criterios legales más o menos estrictos.

El ejercicio de un arbitrio judicial ilimitado fue el sistema imperante durante muchos siglos, lo que provocaba innumerables abusos atentatorios contra la libertad de los ciudadanos; esta situación originó la supresión de la arbitrariedad de los jueces, surgiendo la división de poderes y la supremacía de la ley, lo que condujo a la exigencia de la completa sumisión del juez a la ley; ésta debía establecer taxativamente la pena a imponer a cada caso, para evitar que los individuos pudieran sufrir un rigor desigual basado en motivaciones políticas o personales del juzgador.

Sin embargo, se observó bien pronto que las fórmulas abstractas y generalizadoras de la ley no son capaces de abarcar las múltiples circunstancias que se dan en cada supuesto concreto, por ello se buscó un sistema intermedio, equidistante del libre arbitrio judicial y del estricto legalismo. El Código francés de 1810 estableció para cada delito una pena comprendida entre un mínimo y un máximo lo que permitía el arbitrio judicial dentro de un marco determinado. La evolución de este sistema determinó una escala de penas para facilitar el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (estas circunstancias son las agravantes y atenuantes) y la

división de la pena en grados (mínimo, medio y máximo) para que el juez la aplique en uno o en otro grado, según la concurrencia de circunstancias de uno u otro caso.

Las escuelas modernas, como lo fue la escuela positivista, no aceptan que la pena se encuentre determinada, ni que guarde proporción con el delito únicamente, sino por el contrario, afirman que la pena debe ser indeterminada y adaptada a la persona del delincuente. Este criterio se basa en la consideración de que si la pena es un medio utilizado por la sociedad para defenderse de los delincuentes debe individualizarse para ser eficaz.

Cuello Calón Eugenio nos dice "la determinación de la pena debe tener por base una realización de proporcionalidad entre esta y el delito. La pena presenta dos aspectos, uno cualitativo, por el cual los delitos más graves deben ser penados con las penas más graves y deben ser castigados con penas de clase diversa atendiendo a su naturaleza. Y otro aspecto cuantitativo, conforme a éste, la pena en cada delito debe aplicarse en mayor o menor grado, según la mayor o menor peligrosidad del reo". (48)

Entonces la individualización de la pena en el sentido de adecuación a la personalidad del delincuente se aplicará con la finalidad de un tratamiento encaminado a la reeducación del delincuente o como medio de protección social contra inadaptables, tomando en cuenta para esa adecuación, la peligrosidad de éstos. Es por ello que en la determinación de la pena debe atenderse a la gravedad del hecho, tomando en cuenta además el mayor o menor grado de peligrosidad del delincuente y que se apreciará de la siguiente manera:

PRIMERO.- Por el delito realizado, el cual puede ser un síntoma de personalidad del delincuente, como por ejemplo, el empleo de astucia o fraude, el cometer el delito mediante escalamiento que indica una especial aptitud de peligrosidad del delincuente; y

SEGUNDO.- A sus condiciones personales biológicas, psíquicas y sociales.

La reacción que se tuvo al criterio tradicional de predeterminación de la pena, esto es, de que la pena se precise de antemano en la ley, es el surgimiento de un amplio movimiento favorable a la sentencia indeterminada, es decir, a la indeterminación

de la duración de la pena. Con este sistema la duración de la pena se precisa con posterioridad a la sentencia. La sanción puede equipararse así, a un tratamiento médico o educador que debe durar todo el tiempo necesario y que cesará cuando el sujeto se encuentre corregido y socialmente recuperado, prolongándose mientras aquél represente un peligro para la sociedad.

La sanción puede estar determinada por la ley en forma absoluta, especie y medida de la pena fijada.

Pero también puede estar determinada en forma relativa; especie fija con máximo y mínimo. Por último, puede estar la pena absolutamente indeterminada; ni especie ni medida de la pena son fijas y toca al juez el elegirirlas.

Nuestro derecho siguió el sistema de fijar sanciones de naturaleza precisa para cada delito; pero en cuanto a su medida se limitó a fijarla por medio de su máximo y mínimo. Esto es el sistema de la determinación relativa legal de la pena, en el que se le dio una gran amplitud al arbitrio judicial.

La individualización de la pena solo se logra mediante el reconocimiento de un prudente arbitrio judicial. El Derecho Penal Mexicano acoge esta tendencia y establece respecto al arbitrio judicial para la fijación de las penas los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales nos dicen que la aplicación de las sanciones será de la siguiente forma:

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

"En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista por aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días."

Artículo 52.- 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 ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- 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. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado en relación al delito cometido y.

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al 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.

Al respecto, Carrancá y Trujillo Raúl formula los siguientes comentarios ".,el artículo 52 consigna el cuadro de datos y elementos de juicio de inexcusable consulta para que dicho arbitrio judicial pueda considerarse legítimamente aplicado. Ambos artículos constituyen así, el pivote sobre el cual gira toda la legislación penal mexicana, que acredita su inspiración política criminal y su atención a la peligrosidad del delincuente". (47)

En los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, nuestros legisladores han plasmado la forma de aplicación de las sanciones a quien ha cometido un ilícito penal tomando en consideración todas aquellas características que determinen

47 Carrancá y Trujillo Raúl, citado por González F. Héctor, Estudio de la Individualización Judicial de la Pena, pags. 168 y 169.

una sanción justa. La libertad de arbitrio otorgada al juez por los artículos citados, deberá permitir a este estudiar de una manera más profunda la personalidad del delincuente, así como los medios que lo condujeron a la comisión del delito, por lo tanto, el juez tiene los elementos necesarios para determinar que la sanción que se le aplique sea justa y merecida.

El artículo 52 del Código citado, señala en su fracción V, la edad como a una de las características que el juez deberá estimar para fijar la pena, asimismo también establece en su párrafo primero que para fijar las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, el juez deberá tener como base la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, en relación al tema de la presente tesis, debemos advertir que la edad deberá estimarse pero tomándola como una más de las características que reúne el delincuente común, pues el ser humano es capaz de delinquir desde que tiene uso de razón, por lo tanto una persona en edad senil es capaz de cometer ilícitos penales, es por ello que contraviniendo lo que establece el artículo 55 del Código Penal, en lo conducente a que el juez para aplicar pena privativa o restrictiva de libertad deberá considerar la edad senil del activo y de considerar innecesaria no se le aplicará ninguna de las penas señaladas, estimó que se deberá aplicar la pena que merezca el agente activo sin tomar como atenuante o eximente de la pena a la edad senil, pues si ha cometido un delito y es culpable, justo es que se le aplique una pena, considerando desde luego, tanto la gravedad de delito y la culpabilidad del agente activo.

a). Concepto y razón de ser.

Si la pena tiene un fin futuro, y está determinada en la ley, esta no debe ser del todo estricta y rígida, debe ser regulada legalmente de un modo invariable, de tal suerte que al realizarse la individualización penal la pena que se aplica pueda ser justa y merecida.

La individualización consiste esencialmente en investigar en cada caso, cómo un determinado hombre ha podido llegar a la comisión de un delito. La pena debe estar entonces, en relación con el delincuente y adaptarse a sus condiciones personales, pues la realización de su fin, es preciso que se adapte a la naturaleza de aquella sobre la que recaiga, pues si es un medio de hacer justicia tiene que corresponder al grado de responsabilidad que sanciona, ya sea como elemento de corrección o adaptación del

sujeto o si se trata de un incorregible no queda sino su eliminación del medio social en que pudiera causar daños.

Esa adaptación de la pena al individuo es lo que se llama individualización, o sea, la adecuación de ella al acto ilícito cometido según las particularidades de cada caso; es el propósito de ajustar cada condena al caso que la provoca, y es una necesidad que nace de la naturaleza misma y de los fines del derecho penal.

José Argibay Molina define a la individualización de la pena y nos dice "que no es sino la adecuación de la reacción punitiva, en naturaleza y grado, al sujeto acreedor de ella, realizada en función de la importancia del delito y de la personalidad actuante" (48).

La individualización de la pena es sin lugar a dudas el medio más eficaz de aplicar merecida y justamente una pena, sea de la especie que fuere, pues si a la realización de un delito le sigue una sanción, e a deberá ser aplicada al hombre que lo cometió, pero tomando como base la importancia valorativa del hecho cometido, por un lado, y por el otro la personalidad del delincuente, que tomados en consideración y conjugados con los elementos de juicio que surjan de la importancia material del hecho, se determinará la pena que a ese individuo le corresponda; la pena que merezca.

b). Historia.

La pena en lo que hace a su imposición al hombre, ha tenido varios sistemas que han sido aplicados en el tiempo y varios también los criterios que le han servido de base.

Así tenemos que en los tiempos bárbaros existía una tabla de delitos y su paralela tabla de penas, de modo que a cada uno de ellos correspondía una de estas, determinada, precisa, fija; no interesaba quien era el sujeto delincuente, había una verdadera tarifa del delito en la que todos sabían cual era el riesgo que se corría al cometer el ilícito. Era un sistema total y absolutamente objetivo, construido sobre la base de una apreciación valorativa del hecho; pudo sin embargo apreciarse una individualización de la pena, pues en ocasiones la pena podía agravarse teniendo en

consideración la persona de la víctima en lo que hace a su rango social o religioso o incluso político; pero en realidad no era esta una verdadera individualización, sino tan sólo la apreciación de circunstancias personales que atenuaban o agravaban la pena.

Esta objetividad, no hacía sino derivar hacia el agente del delito una sanción que no se avenía a lo que él era ni a sus impulsos o necesidades determinantes. Bajo este sistema todos recibían la misma pena, por lo que empezó la preocupación del hombre autor del delito, al que se le debía aplicar la pena en consideración precisa de lo que cada uno era y en relación a su hecho. A este subjetivismo se le dio en llamar el arbitrio judicial, en el cual sobre la base de consideración del sujeto, era el juzgador el que de todas las sanciones que había, elegía la clase de ella que convenía al caso, de acuerdo también al grado apropiado hasta llegar a la que el sujeto merecía.

El ejercicio de un arbitrio judicial ilimitado fue el sistema imperante durante muchos siglos lo que permitió abusos atentatorios contra la libertad de los ciudadanos, era una individualización, pero brutal y sin límite de arbitrariedad, librada a la libertad personal por sobre una ley justa.

La reacción contra la libertad ilimitada de los juzgadores, no se dejó esperar y a fines del siglo XVIII hace explosión en la filosofía y se piensa dar a la pena otra fundamentación, lo que originó la desaparición total de la arbitrariedad imperante, volviendo al sistema de que a cada delito corresponde una pena fija. Esto condujo a la exigencia de la completa sumisión del juez a la ley, imponiéndole sólo un deber, acreditar el hecho y fijarle la pena que la ley le impone, ni siquiera podría interpretar la ley, lo que hacía imposible toda individualización penal.

Surge así el sistema objetivo, produciéndose el injusto de la desigualdad jurídica por trato idéntico en situaciones diferentes. Este sistema encontró fiel reflejo en el Código Penal Francés de 1791 que establecía una determinada cantidad de pena para cada infracción.

Sin embargo, bien pronto se observó que la ley abstracta y generalizadora no era capaz de abarcar las múltiples circunstancias que se dan en cada supuesto concreto; surge entonces el Código de 1810 que señala sus penas entre un mínimo y un máximo, lo que permitía el arbitrio judicial dentro de un marco determinado.

No fue en vano lo que los hombres le hicieron a la ley en cuanto a su reforma y a la pena fijada, pues es desde entonces el sistema en el que se habrá de tener en cuenta una objetividad representada por la importancia del hecho cometido, su

trascendencia social y el daño causado, por un lado; y por el otro, la persona autor del delito, su edad, sus condiciones de vida, sus antecedentes, los motivos que tuvo para obrar, su miseria y todo lo que pueda determinarlo como peligroso; esto es lo que conforma y hoy constituye la individualización de la pena.

c). Eclecticismo actual.

El establecer una proporción entre los delitos y las penas, fue un proceso a través de la historia, proceso en el que se tuvo que dar importancia al sujeto acreedor a la pena y no sólo al hecho delictuoso.

En la actualidad se toma en consideración tanto el hecho realizado, como la personalidad del agente. Por personalidad nos dice Cuello Calón "podría ser considerada como equivalente al completo conjunto de cualidades biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales del sujeto originadas por factores hereditarios (orgánicos y psíquicos) o por influencias del medio en que vive". (49)

La personalidad del delincuente, es sin duda de gran importancia, pues considerarla junto con los elementos que surjan del hecho material, es como se determinará la pena que a este individuo le corresponda.

Si hoy en día existe una combinación entre el hecho cometido y el sujeto actuante, debe entonces ser la ley más determinante al establecer preceptos legales que le den un limitado arbitrio al juez, pues si por una parte se realiza un delito que ocasiona daños leves, pero por la otra parte y de acuerdo a la personalidad del delincuente es un sujeto de extremada peligrosidad, y se deja impune el hecho cometido, al no imponer la sanción a la que se hace merecedor, por considerarlo así el juez, debido a ese amplio arbitrio que la misma ley le otorga, estaríamos frente a un desequilibrio legal, en el que no se cumplirían con los principios de justicia y equidad, pues ante todo debe cumplirse con ellos; por eso y para ello existe en la mayoría de los casos un margen de pena que la ley fija dentro del cual el juez debe determinar la pena para el caso particular, pero sin dejar de aplicar sanción alguna.

Weizel Hanz nos dice al respecto "se debe aplicar la pena en tal forma que asegure la validez inquebrantable de las normas ético-sociales, dentro del margen

de una retribución justa y llegando a la conciencia del autor". (50)

Para que la individualización penal funcione debe primero establecerse el arbitrio judicial, es decir, la libertad del juzgador pero en base a razonamientos y criterios que puedan dentro de los mínimos y máximos que establece la ley, imponer la sentencia. Respecto del arbitrio judicial Rene González de la Vega nos dice: "el juez en uso del arbitrio judicial (potestad sólo inherente a su función) podrá llevar a cabo la selección de las penas que a cada delincuente son aplicables, dentro de los marcos que de mínimos y máximos han sido preestablecidos por el legislador para cada figura delictiva o modalidad". (51)

Las tendencias penalísticas modernas han postulado el principio de la individualización de la pena, la que debe adecuarse a la personalidad del agente, siendo la gravedad del delito sólo el factor que revela la peligrosidad subjetiva; los Códigos modernos son muy claros al respecto, al diferencial las circunstancias que agravan o atenúan los delitos de los elementos que debe tener en cuenta el juez para individualizar la punición, dentro de los máximos y mínimos que para cada tipo marca la ley penal.

d). La Ley.

En la individualización de la Pena, cabe distinguir tres tipos de individualización; una legal hecha de antemano por la ley; la de la imposición de la pena al caso concreto hecha por el juez; la tercera, que es el cumplimiento de la pena impuesta, la ejecución de la pena por la administración.

Surge en primer lugar el momento legislativo, en esta primera etapa de la individualización, el legislador al establecer diversas clases de penas, no puede realizar una individualización efectiva, lo único que puede hacer es favorecerla y lo hace mediante la estimación del grado de culpabilidad del delincuente, permitiendo o facilitando la valoración de los móviles del delito y tomando en cuenta otros hechos y circunstancias que en él radican, y cuyo conocimiento puede contribuir a revelar la personalidad del agente; y asimismo estableciendo al menos para determinadas infracciones diversas clases de penas señaladas alternativamente para ser impuestas

50 Welzel, Hanz, Derecho Penal, Pág. 250.

51 González de la Vega, Rene, citado por González F. Hector, Ob. cit. pág. 104

al escoger entre las penas aplicables podrá imponer la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto y realizar de este modo una labor individualizadora.

En realidad no hay individualización legal, la ley no puede prever más que especies, pues no conoce los individuos. Lo que se ha tomado como casos de individualización legal son motivos de atenuación o de agravación de pena, fundada en la mayor gravedad del delito, pues se puede muy bien concebir que la ley admite causas que puedan atenuar la pena, que es cuando el delito por su materializada es menos grave.

Raymundo Saleilles nos dice al respecto "...la ley no puede hacer otra cosa que suministrar al juez bases de individualización, no debe tener la pretensión de hacer ella misma la individualización" (52).

La individualización legal viene determinada por el establecimiento de la norma, con carácter general y abstracta de la pena correspondiente a cada una de las infracciones en particular; como dije anteriormente, es la que corresponde al legislador, él que al elaborar la norma deberá comenzar por realizar una valoración del bien que se aspira a proteger y en función de ello establecer el tipo de conducta que debe erradicarse como ofensiva de ese bien y que de acuerdo con la jerarquía que se le otorgue deberá también graduarse valorativamente el daño jurídico que la ley le impondrá al que cumpla la conducta lesiva; así la determinación de la duración o la cuantía de la pena puede favorecerla el legislador fijando un máximo y un mínimo de la misma, para que los jueces disfruten de libertad de elección para adecuarla a las condiciones personales del culpable.

García Ramírez Sergio nos dice "La individualización legal norma la culpabilidad, fija los rangos de punición, estipula genéricamente la naturaleza y cuantía de las penas y medidas y ajusta éstas, en especie, a los supuestos de mayor o menor gravedad en cada conducta típica. (53)

El legislador en tal cometido habrá de conocer la realidad social actual para la cual crea la ley, si no lo hace así, la ley será injusta, inoperante y tal vez posible

52 Saleilles, Raymundo, La individualización de la pena, Pág. 272.

53 García Ramírez, Sergio, Derecho Penal, II, g. 82.

causa de nuevos delitos. La ley indica cual es la especie de pena y sus posibles montos y a ellos se ata el juzgador que de ese modo encuentra en la ley predeterminadas las áreas en que se debe mover.

Nuestro Código Penal aprecia la gravedad de cada delito y señala en su libro Segundo las penas correspondientes, si bien fijando solamente límites entre los cuales pueda moverse la estimación que necesariamente hará el juez llegado el caso, de las particularidades de cada hecho individual.

e). El Juez.

En esta etapa la ley abstracta se concreta en cabeza de un sujeto determinado, toda vez que, ante un evento delictivo acreditado y cumplido el juicio de reprochabilidad con relación a su autor, a un hombre en particular, se le va a imponer una pena, pero se le va a hacer sufrir la pena que ese hombre merezca. La imposición de la pena la realiza el Juez que debe determinar, si la ley lo permite, la clase de pena y en todo caso su duración. Para ello la ley señala las bases en las cuales los tribunales gozan de un arbitrio que tiende a permitirles la fijación de la pena, no sólo en atención a supuestos generales, sino también de los datos que suministra el estudio de cada uno de ellos.

Para dar satisfacción a tal exigencia de concreción de la ley, el Juez deberá atender la previsión legal en su función y ante la gravedad del hecho, considerar al hombre y fijarle su pena.

Pero para que esa consideración sea eficiente, es evidente que los jueces deberían poseer una específica preparación profesional y no sólo jurídica, sino también psicológica para alcanzar un mejor conocimiento del sujeto. Para lo cual se considera necesario:

1.- Una especial preparación criminológica de los jueces penales. Como han de efectuar valoraciones de carácter personal, deberán poseer conocimientos de las ciencias de la personalidad, en particular, psicólogos y sociólogos y cuando lo consideren necesario u oportuno a la ayuda de especialistas.

2.- Que antes del juicio el Juez disponga de informes debidamente controlados sobre la personalidad biopsíquica y social del delincuente.

La Individualización Judicial que tiene ante sí un delito concreto y un delincuente particular se mueve en el espacio que dejan las penas relativamente

indeterminadas por medio del arbitrio judicial. El arbitrio obliga al diagnóstico de personalidad (temibilidad y recuperabilidad). Esto se haya en la base de la sanción particular; método de readaptación correctivo o reductor de peligrosidad. La individualización judicial se concentra en la sentencia. Es la que hace la autoridad jurisdiccional al señalar en la sentencia la pena correspondiente al infractor.

Carlos Franco Sodi dice "La individualización judicial es aquella que realiza el juez tomando como base el conocimiento que obtiene durante el proceso de la personalidad del delincuente" (54).

Si la individualización debe tener el efecto de poner a disposición del juez penas de naturaleza de los criminales, el juez tendría dos clases de problemas que resolver; el más grave relativo a la elección de la pena y otro, a su duración.

Tratándose de la medida de la pena desde el punto de vista de su duración, quizás puede suponerse que la técnica y la preparación actual parecen suficientes, pues se verá que la duración de la pena depende aún, como en el pasado, de la apreciación del hecho y de su gravedad subjetiva.

9. El Ejecutivo.

Hoy en día a la pena se le reconoce una finalidad a cumplir que no es otra que la recuperación social del hombre, pues no todo se reduce a la imposición de la sanción y nada más. Por ello es que se debe realizar una estricta adecuación de la pena en el desarrollo de su cumplimiento. Corresponde al poder Ejecutivo, a través del departamento de Previsión Social, el determinar y vigilar la forma de cumplimiento de las penas, esto se lleva a cabo durante la fase penitenciaria, la que se desarrolla durante el tratamiento a que es sometido el condenado.

La fase penitenciaria comienza con la sentencia, título ejecutivo, en donde inicia la fase de ejecución. En esta se cumple el siguiente tramo de la individualización y avanza con el examen y el tratamiento de personalidad; esta etapa la realizan los funcionarios encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, únicas adecuadas para esta actuación individualizadora.

En este periodo, el elemento básico de la individualización es la observación y estudio del penado y de los efectos del régimen empleado pues esto permite conocer el tratamiento más conveniente para su readaptación social, cómo el sujeto reacciona al tratamiento y las posibilidades de su resocialización. En el estudio del penado, que es durante la fase de ejecución, se aspira: Primero.- A determinar su grado actual de adaptación social o su inadaptación; Segundo.- A conocer si posee o no condiciones de readaptabilidad.

Así es como en forma gradual se clasifican los hombres por los tipos de personalidades y reacciones y se les dedica a un tratamiento de trabajo especializado que con contenido pedagógico aspira a la jerarquización moral y social del hombre, para que agotada la pena, pueda reinsertarse positivamente en la sociedad.

A través de la historia se ha podido ver que en todo tiempo y lugar se ha castigado a quien ha cometido un delito. Lo cual debe seguir cumpliéndose, pues no es de otra manera como el Estado puede proporcionar seguridad, orden y justicia a sus ciudadanos, pues aunque no se quiera reconocer, el ser humano tiende a delinquir sea por cualquiera de las circunstancias que se han mencionado, medio ambiente, por su naturaleza o por su estado mental o psicológico.

Pero la pena que se aplique deberá ser retributiva y proporcionada tanto al delincuente como al delito; pues sólo se aplica al infractor de una norma penal y sin que concurren ninguna de las eximentes de la responsabilidad penal; lo que hace a la pena justa y merecida, pues además de ello, el juez al determinarla deberá tomar en cuenta todas las circunstancias personales del agente activo, su personalidad y las causas que lo motivaron a delinquir; además de valorar la gravedad del hecho cometido. Esto es la llamada individualización penal y es el Juez en función de su amplio arbitrio y dentro de un máximo y mínimo deberá determinar la pena que corresponda al sujeto infractor.

Si la pena se ha aplicado a todo infractor de la norma penal no es posible que haya posibilidad de que quede impune un hecho ilícito, es decir, no es posible que no se le imponga ningún tipo de correctivo al sujeto infractor, pues es necesario que se imponga la pena para beneficio de la colectividad y del mismo sujeto infractor, ya que mediante ella se restaura el orden social quebrantado y como una de sus finalidades, se puede corregir al delincuente, reinsertándolo como una persona positiva y activa a la sociedad. Además es la forma, si no eficaz, si más adecuada para reprimir y retener el mal de la delincuencia.

CAPITULO IV.- LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

1.- Historia.

La pena privativa de libertad es históricamente reciente, pues a pesar de que desde tiempos inmemoriales existió el encierro de los delincuentes, éste no tenía carácter de pena. La limitación de la libertad de los hombres sólo era un medio de esperar la imposición de la pena o de incidir sobre otros bienes, como lo era la de aprovechar el trabajo del sometido a esclavitud, o del condenado a trabajar en cualquier forma.

La privación de la libertad se trataba de una medida cautelar para asegurar la ejecución de las penas corporales, infamantes o capitales, que eran las penas que imperaban; o de una antecámara de suplicios donde el acusado se depositaba a la espera del juicio. Bajo estas circunstancias fue concebida la prisión en Persia, Babilonia, Egipto, Israel; también en las civilizaciones precolombinas de América la cárcel fue lugar de custodia y de tormentos. En el derecho de Roma se utilizó la prisión como aseguramiento preventivo.

Existía también, la denominada prisión por deudas, este era un procedimiento coercitivo, en el que se aplicaba el tormento, el cual se mantenía hasta que el deudor o un tercero hacía efectiva la deuda. Otra forma de pena privativa era el ergastulum que no era más que una cárcel privada a sufrir por los esclavos en un local destinado a ese fin en la casa del dueño, cuando el paterfamilias no deseaba asumir dicho compromiso se entendía que renunciaba a la propiedad del esclavo, y éste podía ser condenado a trabajos forzados perpetuos en las minas.

En la Edad Media la privación de la libertad se encaminaba hacia el sufrimiento, se hacía para esperar el juzgamiento que terminaba con la muerte; o cuando la pena llegaba la detención era la forma de alargar una ejecución que también terminaba en muerte.

Ya con el derecho Penal Canónico se introduce en la práctica europea el régimen de reclusión celular con aislamiento para facilitar en los conventos y prisiones inquisitoriales la reflexión y el arrepentimiento. Esto resultó más humano que los suplicios que en el derecho Laico acompañaba a la prisión, pues se dio cierto tratamiento al detenido que apuntaba más a su recuperación que a su sufrimiento o destrucción.

En el siglo XVI aparece una dura modalidad de privación de la libertad que fue la pena de galeras militares, en ellas los delincuentes y prisioneros de guerra eran encadenados al banco, bajo la amenaza de látigo y obligados a remar. Es evise mismo siglo cuando se inicia en Europa un movimiento que habría de tener repercusiones posteriores en la evolución de las penas privativas de la libertad.

Así pues, el origen de la pena privativa de libertad puede encontrarse con la creación de establecimientos de tipo correccional; la primera de las casa de corrección de Bridwell en Londres creada en 1552. En 1595 se crea en Amsterdam la casa de corrección para varones y en 1597 se crea otra prisión para mujeres en las que originariamente no se recibían sino a vagos y mendigos o prostitutas y se aspiraba a enmendar la irregularidad de sus vidas. El fin educativo, se procuraba alcanzar en un régimen de muy dura disciplina mediante el trabajo los castigos corporales y la instrucción y asistencia religiosa.

Estos establecimientos fueron ejemplo para otros que se fueron fundando en Europa, apareciendo en Bremen (1609), Lubeck (1613), Hamburgo (1629), Roma (1704) o Gante (1775); en éste último establecimiento se intento por primera vez una clasificación de los internados; los culpables de los delitos muy graves estaban separados de los delincuentes de menor entidad, existiendo un recinto especial para las mujeres y otro para los jóvenes, pues en este tipo de establecimientos casi siempre inidoneos, se hacinaban los condenados sin distinción de edad, sexo o salud mental, la crueldad del trato dado al preso, la falta de higiene y las enfermedades, determinaban muy altos índices de mortalidad en las prisiones. Con ello Europa vuelve al sistema de expiación y a pretender extraer de la detención de los hombres una ventaja económica mediante el uso del trabajo de los mismos o para los fines del Estado. El trabajo era el motivo determinante de la pena; el bien conculcado no era la libertad, sino que ésta era el medio de que el condenado se viera obligado a trabajar, a realizar su prestación.

Es entonces hasta que el hombre es jerarquizado como tal cuando se exaltan sus derechos y cuando el bien jurídico máspreciado es la libertad, y es entonces cuando se le comienza a reconocer a la privación de la libertad la calidad de pena, todo ello ubicado dentro del siglo pasado aunque se le vea aún con los antiguos estigmas que degradaron al hombre.

Con todo ello podemos darnos cuenta como a través de las diferentes etapas de la historia, la pena privativa de libertad ha sido necesaria para con ella poder

reprimir y sancionar al hombre que delinque, pues aunque no sea la más eficaz, si es la más adecuada, aún a pesar de todos los vicios que trae consigo el encierro del ser humano; en todo caso se deberían de dar soluciones para el mejoramiento de las condiciones de vida del encierro que sufre.

La pena privativa de libertad es sin duda el medio más adecuado para sancionar al delincuente por la infracción que cometió y una forma de reprimir la propagación de la delincuencia, pues como hemos visto se ha utilizado en diversas épocas, primero como antesala de la pena y posteriormente ya como la pena misma.

Es por ello que no es posible el poder suprimirla en forma total como lo pudiera pretender el artículo 55 del Código Penal, tema de nuestro estudio, pues que sería entonces de la sociedad que no tendría ninguna respuesta del Estado para garantizarle su seguridad.

2.- Concepto.

La pena privativa de libertad nos dice Landrove Díaz Gerardo "consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida". (55)

Argibay Molina nos dice que la pena privativa de libertad consiste "en limitar en forma total, por lapso perpetuo o temporal, la libertad ambulatoria del hombre en el caso de que cumpla la conducta que el precepto penal prevé como delito. Es un mal que recae sobre un bien jurídico, que es precisamente esa libertad y que se fulmina como retribución, en el caso de comisión ilícita, o como amenaza antes de ella; se satisface de esa manera los dos objetivos de la pena: privación general y especial". (56)

La pena privativa de libertad se ejecuta mediante el encerramiento en establecimientos destinados al efecto, en los que rige una reglamentación concreta del régimen de vida que se debe llevar y la actividad laboral que se debe cumplir, todo encaminado a la recuperación de la personalidad del agente. El bien jurídico afectado es la libertad ambulatoria, la cual se ve afectada en forma total o parcial. En el primer

55 Landrove Díaz, Gerardo, Las Consecuencias Jurídicas del delito, Pág. 55.
56 Argibay Molina, Jose, Derecho Penal, Pág 195.

caso, es decir, en forma total, se da lo que se llama privación y supone el encierro. En el segundo, o sea, en forma parcial, se presenta sólo una prohibición del sujeto de su traslado a ciertos lugares o por el contrario, salir de ellos, pero conservando en todo lo demás su libertad del lugar en cuanto se erradica de un país o de una localidad como es el destierro, local o general respectivamente, o se le obliga a vivir en determinado sitio como es el confinamiento o deportación en colonias.

Las penas privativas de libertad en cuanto a su contenido, se caracterizan por haber permitido al derecho penitenciario modelar e introducir en el régimen de restricción de libertad, cuyo objeto primario es el logro de los fines de prevención especial, una serie de medidas tendientes a modificar el carácter del condenado, en vista de su resocialización, medidas que acuerdan a estas penas un contenido mucho más amplio que el de ser meros encierros.

La noción que nos da Argibay Molina, nos señala un concepto más completo de lo que se denomina pena privativa de libertad, pues si se afecta el bien jurídico libertad, que se realiza y se ejecuta como encerramiento en un establecimiento destinado exclusivamente para ello, también establece como se realiza en retribución a un ilícito, pues verdaderamente la pena privativa de libertad debe ser consecuencia de una infracción penal, pues sería del todo injusto que no se sancionara el delito cometido.

Además de ello, podemos decir, el régimen de vida prevaleciente en los establecimientos destinados a que se cumpla con la pena privativa de libertad, se encuentra encaminado a la recuperación social de la persona infractora para su resocialización, su integración a la sociedad, pues no sólo es el mero encerramiento, sino que se cuenta con ciertos reglamentos que deben cumplirse dentro de los establecimientos, lo que elimina la ociosidad de los reclusos y engendra el trabajo y compañerismo.

3.- La Prisión y Nuestro Sistema.

La construcción de prisiones encuentra sus orígenes en la Edad Media en la que la prisión era una forma de mantener seguro al delincuente mientras concluía el juicio, en ellas no se cumplían las exigencias mínimas que requería la reforma penitenciaria que ya se ponía en marcha. Es por eso que el primer problema que se planteó, fue la sustitución de los inadecuados establecimientos por otros que cumplieran las nuevas finalidades que se atribuían a las penas privativas de libertad.

La prisión como pena, es de aparición reciente, pues fue hasta 1595 cuando se creó en Amsterdam el primer establecimiento carcelario con fines correccionales, en ellos el trabajo impuesto a los reos tendía a recuperarlos moral y socialmente, este tipo de penales era propio en un principio para mendigos, vagabundos, criados rebeldes, prostitutas y menores infractores, posteriormente se recibe a verdaderos delincuentes.

Conforme fueron surgiendo nuevos establecimientos carcelarios en Europa, también se fue desarrollando un movimiento penitenciario que se reflejó en diversos sistemas que se fueron creando.

El primero de ellos fue el Sistema llamado Celular o Filadelfico, este sistema se caracteriza por tener a cada recluso encerrado día y noche en una celda, sin comunicación con los otros penados o el mundo exterior, se esperaba su recuperación social mediante la meditación sobre el delito realizado, sólo recibía visitas del director del establecimiento, determinados funcionarios, el capellán y los miembros de asociaciones de ayuda al preso- su única lectura era la Biblia y no podía recibir ni escribir cartas.

En 1829 se inauguró en Filadelfia el primer centro penitenciario de estas características, las ventajas que se le atribuyen a este sistema son la de evitar cualquier contagio entre reclusos, así que los delincuentes profesionales no puedan pervertir a los primerizos; también imposibilita las evasiones y los movimientos colectivos, exige un número mínimo de funcionarios encargados de la custodia y mantenimiento del orden, produce un efecto intimidatorio de la colectividad y en el preso, purifica el alma del sujeto por el dolor del arrepentimiento derivado de la meditación.

También tenía sus inconvenientes, pues además de costoso, resultaba incompatible con la naturaleza social del hombre; es perjudicial para la salud física y mental del recluso pues propiciaba la psicosis carcelaria resultado del encierro y la absoluta y continua soledad.

El segundo de los sistemas, es el Sistema de Auburn, régimen que nace en Nueva York, consolidándose en 1923 con la dirección del capitán Elam Lynds director de la prisión Sin-Sing, Elam Lynds crea un sistema mixto, en el cual al reo se le aislaba durante la noche, haciendo durante el día vida en común con el resto de los reclusos. Se esperaba la enmienda del criminal mediante un inhumano sistema de trabajo, donde el silencio y la ardua actividad era mantenida a latigazos y severos castigos, tenía prohibición el recluso de que recibiese visitas, no tenía distracciones, ni practicaba

ningún tipo de ejercicio pero si contaba con una elemental enseñanza de lectura, escrita y aritmética.

Este sistema se adopto en la mayoría de las prisiones de los Estados Unidos de Norteamérica pues permitía combinar una dura disciplina con un trabajo productivo y aunque estos establecimientos resultaban económicos en su construcción y el trabajo en colectividad era más productivo, esto no le quitaba la utilización de los castigos corporales, así como la regla del silencio la cual es contraria a la naturaleza humana.

El tercer sistema es el sistema progresivo, el cual fue obra de directores prácticos que se preocuparon por encausar favorablemente el deseo de libertad de los reclusos. Se introdujo en cuanto a la pena privativa de libertad la idea de indeterminación de la pena, así su duración dependía en parte de la conducta del penado en prisión. El trabajo y la buena conducta se convierten en factores decisivos en el cumplimiento de estas penas. este sistema fue puesto en practica con éxito en el presidio correccional de Valencia por el coronel Montesinos a partir de 1836. En Irlanda fue Crofton el que introdujo el sistema progresivo que llegó a denominarse sistema Irlandés.

El sistema Progresivo tiene como esencia distribuir el tiempo de duración de la condena en diversos periodos, en cada uno de los cuales se van recibiendo privilegios ventajas que puede disfrutar el recluso, esto de acuerdo a su buena conducta y al aprovechamiento del tratamiento reformador de que es objeto. Estos periodos se dividen de la siguiente manera:

Primera.- un periodo de aislamiento celular para el reconocimiento del recluso y la observación de sus características física, morales, etc., lo que determina su clasificación y envió al establecimiento más adecuado para el cumplimiento de la condena.

Segundo.- periodo de vida en común en que el penado es objeto de los medios a disposición de la administración penitenciaria como son la instrucción, la educación cultural y artística, trabajo y formación profesional.

Tercero.- periodo encaminado a preparar al recluso para la vuelta a la sociedad fomentándose las relaciones con el exterior, en forma de salidas, búsqueda de trabajo, etc. Es el periodo de confianza o prelibertad.

Cuarto.- último periodo del sistema progresivo en el que se determina la libertad condicional o bajo palabra.

Se mantiene en la actualidad que el cumplimiento de cada uno de estos periodos incide decisivamente en el régimen de vida del condenado, incluso se establece que cada uno de ellos debe desarrollarse en un establecimiento cerrado, los intermedios en uno semiabierto, y el periodo de prelibertad en uno abierto.

La meta de este sistema es la de constituir un estímulo a la buena conducta y lograr la reforma moral del penado y su preparación para la futura vida en libertad. Basándose en la individualización de las normas de tratamiento penitenciario y de la participación del penado en la vida de la comunidad penitenciaria.

Como cuarto Sistema es el denominado Belga o de Clasificación, el cual procura individualizar el tratamiento, para lo cual separa a los reos tomando en cuenta diversos factores como el sexo, edad, procedencia (rural o urbana), naturaleza del delito cometido, móviles que inducen al delincuente a delinquir, etc. el trabajo en talleres, aprendizaje de una profesión u oficio, prácticas deportivas, sometimiento del reo a sistemas educacionales, estas son formas empleadas para lograr la recuperación social del penado. La legislación Penal Mexicana ha adoptado este sistema así el artículo 78 del Código Penal establece En la ejecución de la sentencias y medidas preventivas, dentro de los términos que en éstas se señalan y atender las condiciones materiales existentes, el Ejecutivo aplicará al delincuente los procedimientos que se estimen conducentes para la corrección, educación y adaptación social de éste, tomando como base de tales procedimientos:

I.- La separación de los delincuentes que revelan diversas tendencias criminales, teniendo en cuenta las especies de los delitos cometidos y las causas y móviles que se hubieran averiguado en los procesos, además de las condiciones personales del delincuente.

II.- La diversificación del tratamiento durante la sanción para cada clase de delincuentes, procurando llegar, hasta donde sea posible a la individualización de aquellas;

III.- La elección de medios adecuados para combatir los factores que más directamente hubieren concurrido en el delito y la de aquellas providencias que desarrollen los elementos antiéticos a dichos factores; y

IV.- La orientación del tratamiento en vista de la mejor readaptación del delincuente y de la posibilidad, para éste, de subvenir con su trabajo a sus necesidades.

Es importante el tomar en cuenta todos esos factores individuales del reo, pues de esa manera se puede aspirar a lograr su resocialización; lo que no quiere decir que no se cumpla con la sanción impuesta por la infracción cometida, pues si cometió un delito es justo que se le sancione con la pena, así como también es justo que se considere al reo como a un ser humano capaz de realizar trabajos y obras benéficas a la comunidad en la que vive con el propósito futuro de su integración a la sociedad, pero sin dejar de cumplir con la pena a la que se ha hecho merecedor.

El último sistema implantado es de la Prisión Abierta, el cual da un planteamiento nuevo en la ejecución de las penas privativas de libertad. Este régimen suprime los medios físicos de retención como son puertas sólidas, cerrojos, rejas en las ventanas, muros elevados etc., y aspira a crear en el penado la voluntad de permanecer en la prisión para conseguir su reincorporación social. Se recomienda este sistema especialmente para ciertas categorías de penados, tales como jóvenes delincuentes primarios, trabajadores agrícolas, etc., una cuidadosa selección de reclusos y del personal penitenciario.

Las ventajas que se le atribuyen a este sistema es la de mejorar la salud física y moral de los presos; las condiciones de vida se asemejan más a la vida normal que las de los establecimientos cerrados, se mejoran las relaciones entre los reclusos y el personal penitenciario; atenúan las tensiones de la privación de la libertad; posibilitan la solución del problema sexual carcelario y son más económicas en su construcción y mantenimiento. de los inconvenientes se señala las grandes posibilidades de evasión, la de establecer nocivas relaciones con el exterior, la debilitación de la función de prevención general de la pena a causa de la libertad concedida al sujeto.

El sistema que ha adoptado México es el más adecuado, pues toma en cuenta los factores individuales del infractor y del delito cometido, siendo esto de gran importancia para aquel que sólo cometió un delito menor y no grave.

Cuello Calón Eugenio, señala "el régimen penitenciario, según la concepción dominante, debe ser organizado y aplicado con la exclusiva finalidad de alcanzar la reforma del recluso y su reincorporación a la vida social, pero semejante orientación que de modo exclusivo se intenta dar a la ejecución de la pena de prisión, es desmedida y probablemente condenada a no alcanzar los éxitos esperados. No puede

olvidarse que un número muy crecido de delinquentes son refractarios al tratamiento reformador, son incorregibles, y sólo el transcurso de los años, podrá, tal vez, atenuar su peligrosidad". (57)

Si la prisión es de creación reciente, también es cierto que desde su creación no se ha podido suprimir ya que esta ha sido necesaria, pues de que otra manera se podría sancionar a los infractores de la ley que lesionan bienes como la vida y patrimonio de otros seres humanos; acaso con la pena de muerte o con sanciones corporales como los azotes, o acaso amonestándolos y señalándoles el mal que ocasionaron; de ser así se acabaría con muchos delinquentes que pudieran llegar a integrarse nuevamente a la sociedad como un ser productivo, o viviríamos en una ciudad en la que se cometería delito tras delito pasando por encima de la ley y de los hombres que la representan.

4.- Clasificación.

Se establecen dos penas privativas de libertad, reclusión y prisión, las cuales se cumplen con trabajo obligatorio.

La pena de reclusión es la pena privativa de libertad fijada para los crímenes, es la única con carácter temporal. Históricamente tiene sus orígenes bastante recientes, porque en una época las verdaderas penas eran las de muerte, mutilación, destierro y confiscación mientras que el encarcelamiento solo tenía fines procesales por cuanto servía para asegurar la presencia del reo en el proceso.

Al variar las concepciones ético-políticas con el mayor respeto por la personalidad del hombre, se término por considerar la privación de la libertad personal como una de las mejores formas que podía asumir la pena, dado que ella respeta el criterio retributivo, garantiza la seguridad social y hace posible un mejoramiento del reo.

Los sistemas o formas de concretarse la pena de reclusión han sido diversas, pues hay toda una escala desde el aislamiento continuo diurno y nocturno, hasta la vida en común de los encarcelados, con obligación o no de trabajo. La pena de reclusión se cumple en uno de los establecimientos destinados a tal efecto con traba o obligatorio y aislamiento nocturno.

El condenado a reclusión que haya cumplido por lo menos un año puede ser admitido a tareas en el exterior. También puede disponer que la ejecución se efectúe en el exterior puede concederse antes que haya transcurrido el término fijado.

La reclusión por tanto es el nombre con el cual en la práctica se suele denominar a la pena restrictiva de libertad personal y aunque esta es una nota común de todas las penas, no de la reclusión solamente, con ella se impone la separación de ciertos bienes, el apartamiento de su ambiente social, incluso cuando se agrava en forma de aislamiento celular, el apartamiento de todo ambiente social.

Respecto de la pena de prisión, éste es una pena privativa de libertad de mediana gravedad. Esta vinculada con trabajo obligatorio adaptado a la persona.

Cortes Ibarra Miguel Angel establece que la prisión "consiste en la internación del reo a consecuencia del delito cometido en establecimientos especiales por tiempo previamente determinado en la sentencia respectiva". (58)

La pena de prisión se presenta en algunas legislaciones bajo un solo nombre, que es este precisamente, prisión mientras que en otras legislaciones con mayor sensibilidad, las penas de privación de libertad que implican clausura, adquieren diferentes denominaciones adecuadas a su distinta duración y a la intensidad distinta del régimen punitivo que llevan consigo. Así por ejemplo, en España y en los países americanos que han sufrido más y han conservado mejor su influjo, hay tres casos de penas de clausura, en función con las tres clases reconocidas de infracciones penales correspondientes a la tripartición de estas especies en delitos menos graves y delitos leves, o en crímenes, de delitos y contraversiones.

Según otra clasificación igualmente tripartita, hay tres clases de penas de privación de libertad que implica clausura: la reclusión, para los delitos graves o crímenes; la prisión, para los delitos menos graves y; el arresto, para los delitos leves. Como quiera que sea, esto es, ya se organice la prisión como una pena única, ya se descomponga en dos o más modalidades distintas atendiendo a su diversa duración y a la intensidad de su régimen, las penas de prisión desde el momento histórico en que nos hallamos situados o sea casi en todo el siglo XIX comienzan a convertirse en penas típicas y casi únicas. En el derecho penal liberal humanitario, clásico, así permanece

hasta los tiempos ya de pleno siglo XX en que a esta fase de evolución, en ascendente sigue la de involución o decadencia.

La Constitución de la república fija las bases del sistema penal, presentando tres tipos de la pena de prisión; las colonias, las penitenciarias y los presidios; característica común a estos tipos es el régimen de prisión y el fin correccionalista, consecuentemente se prohíbe toda molestia en las prisiones sin motivo legal y se declara que es un abuso punible, toda gabela o contribución en las cárceles.

Así nuestra constitución en sus artículos 18 y 19 establece:

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

“Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. La mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

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

“La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.”

“Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.”

Artículo 19.-"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresará el delito se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten."

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente."

"Todo maltratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes reprimidos por las autoridades."

Así, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 25 establece "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y...", debemos señalar entonces que la prisión se refiere a las penas privativas de libertad las cuales deberán cumplirse en un establecimiento o lugar que las leyes señalen para tal efecto.

Así también la reclusión se ha definido jurídicamente como "el encierro de una persona en una cárcel, o en un establecimiento adecuado por razones inherentes a la defensa de la sociedad. Mediante esa segregación del recluso se procura, en ciertos casos poner al individuo criminalmente responsable que ha delinquirido, y en otros casos, hacer cesar la peligrosidad de personas que carecen de responsabilidad, por ser inimputables, colocándolas en una situación que les impida dañarse a sí mismas y a los demás; y también de contrarrestar la peligrosidad, es necesario colocarlos fuera de la posibilidad de que vuelvan a delinquir después de haber cumplido la pena que se haya impuesto, para lo cual se les recluye por tiempo indeterminado". (59)

En muchas legislaciones se han hecho estas distinciones de varias penas privativas de libertad como la reclusión y prisión, sin embargo esta diversidad legal no trasciende en la práctica, debido a que es muy común que todos se ejecuten de igual

manera.

La prisión es la pena básica del sistema penal mexicano y con ella se pretende la realización de la prevención general y de la especial contra el delito.

Las sanciones privativas de libertad que son la prisión y la reclusión y que comportan la obligación del trabajo, deben cumplirse en establecimientos distintos con aislamiento celular nocturno. Se ha juzgado conveniente establecer la forma del cumplimiento, obedeciendo al criterio de que es el Código y no las leyes reglamentarias el que debe estatuir todo lo que constituye la sentencia misma de las sanciones. Con idéntico criterio establece algunas de las obligaciones a que el penado queda sometido al serle impuesta una u otra de las referidas sanciones. Ellas son: a) la de concurrir a la escuela que debe funcionar en todo establecimiento destinado a hacerlas cumplir; b) a vestir uniforme que establezca la autoridad administrativa y a someterse a los reglamentos y todas las medidas higiénicas y sanitarias que aquella disponga; c) a someterse a los reglamentos administrativos que se dicten. Estos no podrán alterar las características que se determinan para cada una de las sanciones, ni autorizar medidas que a título de correcciones disciplinarias afecten la dignidad o la salud del condenado o graviten sobre la remuneración que por su trabajo le corresponda.

Los reglamentos administrativos podrán autorizar, con el carácter de corrección disciplinaria, la reclusión celular absoluta del condenado por no más de 30 días, durante los cuales no será eximido del trabajo si hubiere posibilidad de efectuarlo dentro de la celda.

La prisión que es la pena principal en nuestro sistema penal, desempeña una función necesaria para la protección social contra la criminalidad, pues a pesar de que causa graves daños, como son males físicos y morales para el recluso, no ha dejado de ser un medio penal útil para todos los delincuentes e insustituible para una gran mayoría, pues al culpable de una infracción grave, por ejemplo un homicidio, que se le dejara en libertad por no considerarlo peligroso, vulneraría el sentimiento de la colectividad, aunado de que no se lograría reparar el daño causado, por lo que no creo que se deba prescindir de la prisión para los culpables de graves delitos y de los no tan graves, aún cuando al examinarse su personalidad acuse una peligrosidad escasa.

Además, puede ser provechosa como medio de prevención general, como por ejemplo para aquellas cuya experiencia haya sido muy amarga que el miedo de

volver pudiera contrarrestar sus impulsos criminales o bien, ser intimidatoria para los sujetos que no han delinquido y crea en ellos un temor que les impida hacerlo.

Al respecto Cuello Calón Eugenio nos dice "la prisión debe obrar sobre grandes masas de delincuentes como medio de prevención del delito mediante su eficacia intimidativa (prevención general), sin olvidar su sentido retributivo si a causa de la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida el sentimiento colectivo de justicia debe recibir la satisfacción debida. Más cuando fuere necesario conseguirlo y posible alcanzarlo, el fin reformador (lo resocialización del delincuente o su reinserción social como se dice ahora), habrá de inspirar de modo predominante la ejecución de estas penas". (60)

Aunque los resultados de la prisión no han sido muy satisfactorios, no se puede negar que un tratamiento reformador sólo se podría aplicar en ella, pues es necesaria para los delincuentes y no delincuentes y es un medio de evitar por lo menos temporalmente la perpetración de nuevos delitos.

Existen otras penas restrictivas de la libertad las cuales afecta la libertad personal sin suprimirla como la prisión, solo la restringen en su ejercicio, tales son la relegación, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado o residir en él.

Las penas restrictivas de libertad consisten fundamentalmente en la prohibición de residir en determinado territorio o en la obligada residencia en una específica área geográfica.

Landrove Díaz Gerardo nos dice que las penas restrictivas de libertad son "las que se limitan a restringir o recortar la libertad del penado, no privándose por completo de ella".(61)

Como ya señalé algunas de estas penas son la relegación, el confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado o residir en él, de las cuales veremos algunas definiciones.

La Relegación consiste "en el envío del delincuente a una colonia o territorio alejados de los centros de población o de la metrópoli para residir forzosamente en ellas". (62)

60 Cuello Calón, Eugenio, Ob . cit . , Pág 266.

61 Landrove Díaz, Gerardo, Ob . cit., Pág 91

62 Carranca Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, pág 345

La relegación es conocida desde la época romana ha sido utilizada por casi todos los países y principalmente por las naciones europeas, donde estas inician su expansión territorial en otros continentes.

En México ha sido usada la prisión desde los principios de la Independencia, utilizando para tal efecto desde 1908 las Islas Marías. Por reforma de mayo 12 de 1938 se suprimió esta pena, creyéndose que al suprimirla y de acuerdo con la facultad que tiene Prevención Social para designar los lugares donde cada delincuente debe sufrir su condena, se facilitaría su aplicación.

El confinamiento nos dice Carranca y Trujillo Raúl, consiste "en la obligación de residir en determinado lugar por tiempo fijo".(63)

Esta sanción tiene preferentemente el carácter de medida de seguridad, porque no priva de su libertad al delincuente, simplemente se limita., como impedirle salir del lugar determinado. En el confinamiento, el Ejecutivo hará la designación del lugar conciliando las exigencias de la tranquilidad pública y las necesidades del condenado; cuando se trata de delitos políticos la designación la hará el juez que forzosamente somete al acusado a la vigilancia de la policía. Para un delincuente político esta sanción lo coloca en condiciones en que pierde toda su peligrosidad sin impedirle que honestamente se dedique a su trabajo fuera de toda actividad política. En las jerarquías federales se advierte a menudo que con el hecho de trasladar de lugar a un funcionario se evita una actividad determinada que el estado considera peligrosa. Así lo ha establecido el artículo 28 del Código Penal. el confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. el ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia.

Respecto de la prohibición de ir lugar determinado, Abarca Ricardo nos dice "es medida preventiva y no pena porque no implica privación de la libertad, sino simplemente una limitación que previene la comisión de nuevos delitos, porque los delitos de sangre suelen dejar tras de sí hondos rencores y hasta se advierte en nuestro

pueblo la tradición de la vendetta; lo que suele evitarse con esta medida de seguridad y impedir al reo ir a los lugares, municipios, distrito o estado en que se ha cometido el delito" (64).

La prohibición de ir a lugar determinado limita la libertad y tiene su antecedente en el Código Penal de 1857 en su artículo 94 fracción VIII que la catalogó entre las medidas preventivas y en el Código Penal de 1929, artículo 73 la catalogó entre las penas y medidas de seguridad. En el Código Penal actual se encuentra en el Libro Primero, Título Segundo, Capítulo I Penas y medidas de seguridad, Art. 24, Las penas y medidas de Seguridad son: ... 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.

Esta medida preventiva sería eficaz también para otros delitos en que la circunstancia del lugar se convierte en factor predominante. La ley no fija un término para esta prohibición, de manera que es indefinida, sin otro límite que la necesidad de prevención, además la establece para los delitos de sangre pero deja su imposición al arbitrio del juez.

Las penas restrictivas de libertad son otra forma de afectar la libertad del infractor de la ley, aunque sólo sea limitándola, pues no la afectan por completo, y aunque pudieran no ser lo suficientemente afectivas para reprimir la delincuencia, están establecidas y por lo tanto deben aplicarse, pues de no ser así, sería otro tanto en favor de los delinquentes que no varían en ellas ningún peligro.

6.- La aplicación de la Pena y el Poder Discrecional del Juez.

A la concepción del delito, siguió la de la pena, llegándose a establecer entre el uno y la otra una correlación del tal manera que el uno implica normalmente al otro. Así el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los hombres les trae aparejada siempre una reacción cuyo origen puede estar en el mismo sujeto o fuera de él, tal reacción genéricamente no es sino la sanción. No basta que la pena se conminara en sentido general y abstracto, debía de aplicarse al autor de la infracción, siendo entonces la aplicación de la pena el factor importante para que se cumpla con su finalidad.

Al imponerse una pena como sanción a la violación de una prescripción penal, la sociedad realiza un acto legal y útil, pues el que ha desobedecido la ley, ha cometido una culpa y merece un castigo. Sin embargo la sociedad no está obligada a castigar todas las culpas, pues sólo puede castigar las que perturban el orden social y que no pueden ser restringidas lo suficientemente por coacciones civiles.

No basta que se haya cometido una falta y que sea merecida la pena para que la sociedad tenga el derecho de imponerla, es preciso que la pena sea además indispensable para la seguridad pública y que no haya otro medio de hacer respetar la ley, así desde el momento que es necesaria, la sociedad tiene el derecho de aplicarla al que ha infringido la ley, ya que el culpable la ha merecido. La pena no se ha dictado sino como sanción de la ley para asegurar su respeto, y no debe ser aplicada sino en la medida necesaria para obtener este resultado.

Es entonces que la sociedad a través del órgano que la representa y la gobierna quien tiene el derecho de aplicar una sanción, pues la sanción defuerza a la ley y es por medio de la pena que se hace respetar; siendo así que el órgano que la representa establece como autoridad para aplicar una sanción al Juez.

Como principio constitucional la pena debe ser impuesta por la autoridad judicial-, este principio lo encontramos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución y que a continuación transcribo.

Artículo 14.-"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derecho, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale

como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y éste, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.”

“Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”

“En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad, ponérsele a disposición de la autoridad judicial; delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.”

“La autoridad podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”

“La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.”

“En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”

Artículo 17.-“Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.”

“ Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

“Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.”

“Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.”

Pero principalmente es el artículo 21 que establece lo siguiente:

Artículo 21.-“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mano inmediato de aquél. compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.”

“Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.”

“Tratándose de trabajadores no asalariados la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.”

“La autoridad judicial no puede imponer estas penas, sino mediante juicio en que se cumplan todas las formalidades del procedimiento que se encuentran detalladas en sus principios por el artículo 20 de la misma Constitución.

Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías.

I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trata de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre del acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV.- Siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiera el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación;

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su procesa será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de

oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones VI, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiere, y las demás que señalen las leyes.

De aquí se deriva porque la pena deja de ser un acto de violencia para convertirse en una sanción justa, impuesta al delincuente que ha sido juzgado conforme a derecho y condenado.

En un principio, la aplicación de la pena la tenía el juez con amplias facultades para ello, pero posteriormente y en nombre de un principio retributivo formalmente entendido y que apuntaba a la prevención general de las infracciones, se trató de convertir al Juez en esclavo del legislador, en el sentido de negarle toda facultad discrecional en el momento de que no se rompiera la relación de proporción entre la gravedad del delito y la entidad de la pena establecida de manera general y exclusiva de la ley, pues a una infracción determinada y con cierta gravedad, le debía corresponder una pena de cierta y adecuada entidad, el Juez solo comprobaba el delito, debiendo aplicar automáticamente la pena.

La proporción entre delito y pena se entendía como una proporción abstracta que tuviera presente que la única y verdadera medida de los delitos es el daño producido a la nación, siendo éste un criterio objetivo, y no de la intención de quien lo comete, criterio subjetivo.

Pero no sólo es necesario que los hechos delictuosos y las penas estén específicamente previstas, sino que es preciso que el juez esté ligado a los juicios de valor de legislador, tanto en el momento de interpretar la ley penal, como en el momento de aplicar la pena misma. Existe la necesidad de que el legislador determine en abstracto las figuras de las infracciones y de las penas, para que satisfaga de ese modo la idea de justicia, pero el legislador debe permitir al juez que se mueva entre un mínimo y un máximo, para que la pena infringida retribuya el mal concreto de la infracción del delincuente.

Es cierto que existe una graduación respecto a la medida de la pena, es decir, el juez deberá aplicar la pena dentro de un mínimo y un máximo, es donde el arbitrio del juez tiene que individualizar la cantidad de la pena. El arbitrio judicial es sin duda una gran responsabilidad para los jueces, pues con ello determinan la elección de las sanciones que le ley establezca en referencia a la clase de transgresores de la norma. Es el juzgador quien poseerá el necesario arbitrio para elegir en cada caso, dentro de las especies de penas legalmente admitidas, la que estime más indicada para cada delincuente concreto.

Bettiol Giuseppe nos dice "es el juez quien debe seguir cierto camino que la ley señala para hacer uso de sus facultades discrecionales, porque la discrecionalidad que se le otorga no es absoluta o pura, sino que esta vinculada con los criterios fundamentales de la legislación". (65)

Para que el juez este en posibilidad de realizar correctamente la individualización de la pena al caso concreto, es necesario que el legislador:

- a) Considere que no hay delincuentes iguales y por lo tanto la pena debe adecuarse en cuanto a su naturaleza, cuantía, duración forma de ejecución y modalidades de ésta a las características personales del delincuente, peligrosidad de éste, delito cometido y particularidades del mismo.
- b) Enuncie de una manera general en el Código Penal las penas y no de a cada delito su propia pena, ya que esto último impide que la misma se pueda adecuar en cuanto a su naturaleza y forma de ejecución.
- c) Regule de igual forma el mínimo y máximo de la cuantía, así como de la

duración, porque si da a cada delito un mínimo y máximo en cuanto a la cuantía y a la duración de las penas con que se sanciona, "es probable que ese mínimo sea demasiado mínimo y que ese máximo sea demasiado máximo, que el criminal en concreto merezca menor pena que le marca el Código como mínimo, o que pueda merecer mucho mayor pena que la que marca el código como máximo". (66)

d) Tome en cuenta:

1.- Que en la elaboración de las leyes penales debe contar con la asesoría de especialistas de cada una de las ciencias que comprende o se relaciona esta materia, así como de jueces y de las personas encargadas de llevar a cabo la individualización ejecutiva de la pena.

2.- Qué recursos humanos, materiales, científicos, técnicos y económicos hay en el país.

3.- Qué ventajas y desventajas hay al realizar de una manera general las penas y al establecer un mínimo y máximo general que sirva de base para fijar conforme a ellos la cuantía y duración de las mismas.

Las fuentes o criterios a que debe atenerse el juez en el uso de sus facultades, están determinadas y tienen valor objetivo o subjetivo según atiendan:

- A) A la gravedad del delito.
- B) A la capacidad del culpable para delinquir.

El juez debe seguir en consecuencia para el ejercicio de su poder discrecional en lo que se refiere a la aplicación de la pena dos criterios, como ya lo señale; uno objetivo, concerniente a la gravedad del hecho, tanto desde el punto de vista material como psicológico, y otro subjetivo, referente a la capacidad para delinquir, se pretende que el primero es principal y el segundo accesorio, por el contrario, ambos están en un mismo plano, separados sólo cronológicamente, ya que el juez debe, en primer lugar, tener en cuenta la gravedad de la infracción, y en segundo lugar encuadrar a ésta en la personalidad del agente, es decir, el hecho debe relacionarse estrechamente con la persona del autor, para que adquiera valor y significación.

Uno de los factores importantes que debe tomar en cuenta el juez al

aplicar y determinar una sanción, es la peligrosidad, pues viene a ser el principio básico sobre el que se sustenta la caracterización de un sujeto y del que se deriva su perversidad y su temibilidad, lo que trae la apreciación del merecimiento de una sanción.

Argibay Molina señala que "la peligrosidad es considerada como la potencia, la capacidad, la aptitud o la idoneidad que un hombre tiene para convertirse en causa de acciones dañosas, sean ellas constitutivas de delito o no". (87)

Es un condicionamiento total de factores individuales y sociales en un hombre que en un momento dado de su vida permiten extraer, como conclusión, un juicio de probabilidad de que llegue a ser autor de delito, o de una conducta que sin ser delito, pueda causar daño a terceros o al mismo agente.

La peligrosidad es sumamente importante, pues es característica del sujeto que indica a que grado puede o no causar daño, por lo tanto el juez deberá considerar de gran importancia si el sujeto es peligroso o no, para que en base a ello pueda aplicar y sancionar mercedamente al sujeto infractor; pero sobre todo, puede con esto evitar futuros delitos, pues una persona considerada peligrosa, nos da una mayor certeza de la perpetración de otros delitos.

El juez es pieza importante en la cadena delito, delincuente, pena, al ser el protagonista principal en satisfacer la seguridad de la ciudadanía, pues es el que aplica la ley al imponer una sanción, lo que supone la realización de justicia; es por ello que teniendo ese poder de hacer justicia debe por lo tanto, realizar una individualización eficaz del hecho y del sujeto que esta apreciando para así aplicar la pena que merezca; es él quien posee el poder para determinar la cantidad y actualidad de la pena. Es por ello que siendo el juez quien cuenta con dicho poder para la aplicación de la pena, también puede tener poder para no imponerla, como lo señala el artículo 55 del Código Penal; pero el no aplicarla, como éste artículo lo señala, sería del todo contrario a nuestro sentido de justicia y de garantía a la seguridad pública, ya que el que no se sancione a quien siendo culpable de un delito haya sufrido por ese mismo acto lesión alguna en su persona, pues si la sufrió es por ese mismo acto o por el hecho de ser considerado el sujeto activo como persona senil y sin responsabilidad alguna por serlo,

sería como desestimar el ilícito cometido y a la víctima del mismo, pues donde quedaría la justicia de la víctima y su reparación moral y material, y la protección de la sociedad contra actos tan graves cometidos por delincuentes señalados como peligrosos, si no se aplica sanción alguna. De ser así, no habría ningún tipo de consideración para la víctima ni para sus familiares quienes sufren las consecuencias del delito cometido.

Juan del Rosal nos dice "la pena implica reparar a quien se ha ocasionado un daño, a la par que la imposición de la pena simbólicamente cumple una función de alta estima social, el cual es el restablecimiento del orden jurídico perturbado". (68)

Debe aplicarse sanción cuando así lo merezca el culpable, de no hacerlo, estaríamos verdaderamente ante un gran problema, pues esto ocasionaría el no creer en la impartición de justicia por parte de las autoridades, pues son ellas las que sin duda deben garantizar una verdadera aplicación de la ley; de una ley justa y equitativa y no de una ley que sólo toma en cuenta a una sola de las partes.

CAPITULO V.- ANALISIS DEL ARTICULO 55 DEL CODIGO PENAL.

El artículo 55 del Código Penal, tiene su fundamento en la iniciativa de Ley que el poder ejecutivo emitió con fecha 28 de noviembre de 1983. Las Iniciativas que el Ejecutivo ha presentado ante la Soberanía del Honorable Congreso de la Unión señalan que son para sustituir las leyes orgánicas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y para modernizar, con sentido de justicia y equidad, el procedimiento penal del fuero común en el Distrito Federal.

Con las Iniciativas se ha pretendido proteger derechos y legítimos intereses de los particulares y amparar con eficacia al conjunto social, ambas cosas por medio de una procuración e impartición de justicia, atentas a las circunstancias del momento y respetuosas del hombre y de la colectividad.

Igualmente el Ejecutivo Federal promovió una consulta específica sobre posibles y convenientes reformas en la ley penal sustantiva y en cumplimiento del compromiso de renovar a fondo, con atención a los planteamientos sociales, el Código Penal Sustantivo, el Ejecutivo somete a la elevada consideración del Honorable Congreso de la Unión la Iniciativa de Reformas y Adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal, seguro de que el inteligente examen que de este proyecto harán los representantes populares permitirá enriquecer planteamientos y avanzar con oportunidad en la forma que la sociedad reclama en el ámbito de la justicia penal.

El Ejecutivo subraya que en este ámbito aparecen múltiples y a menudo dolorosos problemas individuales y sociales que es preciso abordar, mejorando y actualizando nuestras fórmulas jurídicas, en los términos que resultan del progreso de las disciplinas penales y, particularmente de la equidad aplicada a las cuestiones que comprende el Derecho Punitivo, en cuyo marco entran en juego valores trascendentes para el ser humano y para la comunidad.

Es así como en el apartado nueve de la presente iniciativa establece las bases y fundamentos del artículo 55 del Código Penal.

Exclusión de la Pena por Razones de Equidad.

Otra de las novedades importantes que considera el proyecto de reformas inspirada en razones de equidad es la posible exclusión de pena, cuando con motivo del delito, el sujeto activo sufre consecuencias particularmente graves en su persona, que hagan notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad. En estos casos, la mayor sanción puede ser el daño que asimismo se ha causado el agente, sin perder de vista, además, que en tales circunstancias podrá resolver físicamente imposible, inclusive, la ejecución de una pena o de una medida preventiva o restrictiva de libertad.

Con fundamento en la fracción del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el Ejecutivo Federal presenta a consideración del Honorable Congreso de la Unión, la Iniciativa que Reforma, Adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal.

El artículo 55 del Código Penal, queda de la siguiente manera:

“Art. 55.- Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieron notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella”.

“Iniciativa de Fecha 28 de Noviembre de 1983.

El Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Miguel de la Madrid Hurtado, pone a consideración la Iniciativa que presenta el Ejecutivo Federal fue turnada para su estudio y dictamen a las Comisiones Unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento y Segunda Sección de Estudios Legislativos.

La Iniciativa del ejecutivo forma parte de todo un conjunto de adecuaciones legislativas cuyo propósito básico es el de asegurar una equitativa procuración, administración e impartición de justicia, que involucre corresponsablemente a las autoridades a su cargo, este cometido por parte del Estado y a las demás instancias de la vida social, así como a cada uno de los ciudadanos de la república.

En este conjunto de trabajos legislativos, que comparten el Ejecutivo Federal y el Honorable Congreso de la Unión, legitimados política y constitucionalmente por la fuerza representativa que poseen ambos poderes, están incorporadas las demandas y justificadas exigencias de la ciudadanía de la nación, recogidas en un proceso democrático sumamente amplio, que al constituir una consulta popular es ya

elemento orientador para procurar el perfeccionamiento de las normas dirigidas a la regulación de esas actividades.

Al cotejar estas comisiones las demandas manifestadas en la Consulta Popular, con la respuesta que legislativamente propone al Ejecutivo, se advierte que en efecto, existe entre ambas un juicio sobre la propia justicia mexicana en el que no escatimó la opinión popular, ni crítica, ni ponderación sobre las instituciones encargadas de velar por la administración e impartición de justicia. El Plan Nacional de Desarrollo ha servido de elemento de referencia a la iniciativa para concluir lo conveniente de revisar la legislación penal y derivar de ello la eliminación de tipificaciones innecesarias y la inclusión de nuevas figuras delictivas que se han producido por las actuales circunstancias en que vive la sociedad nacional. como expresó el ciudadano Procurador durante su comparecencia en esta Asamblea, las Iniciativas no cumplen una inquietud reformista, sino una transformación cualitativa que puede mediar entre despotismo y la anarquía, para instaurar la justicia y la libertad."

"Orientadas por estos criterios, las comisiones encargadas de revisar el proyecto de referencia, quieren dejar asentado que las reformas al código Penal pretenden modernizar la legislación obedeciendo al elevado propósito de garantizar al mismo tiempo al hombre individual y al hombre social, su desenvolvimiento dentro del conglomerado en forma digna y no como obediencia ciega a la seducción de la técnica, que en esta materia no pasa de ser en algunas ocasiones sino sustitución terminológica o moda académica."

"Es por lo anterior que el cambio legislativo sobre el que se determina, constituye a juicio de las Comisiones que suscriben, parte de un proceso integral de revisión que tiende a lograr simultáneamente modernidad y equidad como signos característicos. A este respecto conviene repetir los términos expresados por el Procurador General de la República, en el sentido de que la modernidad se pretende en los conceptos que definían al delito, al delincuente y a las penas, y a la incorporación , dentro del texto legal de nuevas figuras delictivas; la equidad, por su parte, se introduce en las reformas al régimen de sanciones privativas y restrictivas de la libertad y las pecuniarias, así como el que se dirige a los sujetos inimputables."

"La iniciativa recoge veintiséis capítulos, donde se disciernen las reformas y adiciones mencionadas, pero sólo haremos referencia al capítulo que nos ocupa."

"Exclusión de pena por razones de equidad, que permite al juez discernir sobre la no imposición de la pena, cuando por el resultado de la comisión de éste su agente sufra daños que hagan innecesaria o irracional una pena privativa o restrictiva de la libertad, o bien físicamente sea imposible la ejecución de dichas penas."

"La iniciativa destaca los más apremiantes pronunciamientos de la opinión popular y de los especialistas en la materia. Sin embargo, las Comisiones revisoras estiman que la dinámica social impone la necesidad de insertar frecuentes revisiones y adecuaciones de los textos legales en materia penal, no sólo porque existe una tendencia para la humanización de la legislación correspondiente, sino también por la íntima vinculación que existe entre los cambios sociales y la conceptualización moral y jurídica del delito, el delincuente, la pena, las medidas de seguridad y la rehabilitación social."

"Este proceso dialéctico ha sido reconocido no sólo en la Iniciativa sino también en la comparecencia del Procurador General de la República, quien ha aceptado que la norma debe ser cultura antes de ser ley, y que el relativismo cultural, en materia de leyes penales se da en el tiempo y en el espacio. Así, es un acierto indiscutible que entre las leyes y el pueblo debe haber identidad para la valoración de la vida individual y colectiva."

"Resulta por ello menos riesgoso el cambio en las leyes penales, que la persistencia de cuerpos normativos que habiendo sido buenos en su inicio han perdido legitimidad frente a la renovación constante de la sociedad y de sus instituciones. La Iniciativa plantea así, un mecanismo, entre otros, para acceder a la sociedad más igualitaria y democrática en la que el derecho es un contribuyente, también entre muchos mecanismos más, reconociendo que las leyes represivas son el último recurso del control social, recurso que ha de sustentarse en el ideal de una sociedad en que las desviaciones de sus miembros se entiendan como conductos excepcionales en el quehacer constructivo."

"En consecuencia de lo anterior, estas Comisiones advierten los amplios beneficios que acarrea en lo general el conjunto de reformas, adiciones, modificaciones, derogaciones y cambio de denominaciones de títulos y capítulos que contiene la Iniciativa dictaminada, algunos de los cuales proceden de las propias Comisiones y de las sugerencias incorporadas en Iniciativas de los ciudadanos senadores."

"Así, por todas las consideraciones de orden general y particular, expresadas en el texto del dictamen que rinden las comisiones que suscriben, se permiten proponer a la Honorable Asamblea, la aprobación del Proyecto de Decreto que Reforma Adicional y Deroga Diversas Disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Sala de Comisiones Miguel Ramos Arizpe de la Honorable Cámara de Senadores. México D.F. 20 de Diciembre de 1983" (69)

Resulta positivo el cambio que se debe realizar en todas y cada una de las leyes emitidas con anterioridad y que en la actualidad pudieran resultar obsoletas para una sociedad que ha evolucionado y que prácticamente requiere de nuevas leyes que sean adecuadas para satisfacer todos los reclamos de justicia y punidad que los hombres que la integran necesitan para su bienestar social.

Por ello, es conveniente que aquellas leyes que resultaran caducas y obsoletas se deroguen, de tal manera que sean substituidas por otras que cumplan con los objetivos que se ha trazado el Estado para lograr con ellas una mejor participación de justicia.

Sin embargo no todas aquellas leyes que intentan un cambio en la impartición y procuración de justicia logran este objetivo, una de las cuales y desde mi particular punto de vista, es la iniciativa de ley emitida por el Ejecutivo Federal y que reforma el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal y que he transcrito con anterioridad, ya que con dicha reforma se pretende establecer la no imposición de la pena privativa de libertad a quien es culpable de un delito, consecuentemente con ello se caería en la impunidad de los delitos y en la injusticia de la ley ante las víctimas de los hechos delictuosos, en tal virtud no se cumplirían con las finalidades de una mejor y verdadera impartición de justicia, así como de darle a la ciudadanía la seguridad social que necesita.

Es necesario dejar bien claro que al sujeto que es culpable de un delito, se le deberá sancionar de acuerdo y conforme a la ley, por ello, si la pena a la que es merecedor el delincuente es la privativa de libertad, deberá entonces imponerse dicha pena, aún y cuando se encuentre en las circunstancias que señala el artículo 55 del

Código Penal, pues si un sujeto cometiera un delito de homicidio teniendo éste edad senil, o en el supuesto de que dicho sujeto al cometer el mismo delito sufriera en su persona consecuencias graves, no por ello dejan de ser culpables y por lo tanto merecedores a una pena, por lo que si la pena es la privativa de libertad deberá condenársele a ella y no permitir se prescinda de ella o se substituya por una medida de seguridad, porque dichas circunstancias no deben ser consideradas por el juez como determinantes para no imponer la pena privativa de libertad, ya que los sujetos que han cometido un delito o diversos de ellos y que se encuentren en tales circunstancias, cometieron dichos delitos con toda la capacidad y conciencia de saber que los actos que cometían estaban penados por la ley y por lo tanto que cometían delitos y el hecho de que se encontraran en las circunstancias antes señaladas, es decir que tuvieron edad senil o sufrieron consecuencias graves en su persona en la comisión de un delito, no por eso se les debe excluir de ser culpables y consecuentemente condenados a una pena privativa de libertad, aun cuando el poder ejecutivo haya establecido que debido a razones de humanidad se ha considerado innecesaria la imposición de la pena privativa de libertad para dichos sujetos, sin embargo, debemos advertir que pueden ser más graves las consecuencias que los beneficios que se pudieran obtener si no se impone a un delincuente la pena que se merece, es decir, la privativa de libertad.

Las Iniciativas que presentó el Poder Ejecutivo Federal con fecha 28 de noviembre de 1983 y que es tema del presente trabajo, tomo como su fundamento la impartición y procuración de justicia, así como la equidad, invocando estos principios para de esta forma asegurar las garantías particulares.

La impartición de justicia es ante todo principio que toda autoridad debe seguir, así como una mejor procuración de ella. Es por ello que el Estado como órgano gobernante debe ante las diferentes violaciones a la ley y sobre todo en su actividad de impartir justicia, actuar con eficacia, pues es de preponderante importancia y debe serlo así, la preocupación por una ordenación más justa de la convivencia humana, tanto de los hombres entre si dentro del Estado y frente a él, por lo que las bases para lograrlo deben serlo la Justicia, la Seguridad y el Bien Común, y es por medio del Derecho que el Estado asegura el bien de la sociedad que esta llamado a regir, el bien de todos sus miembros, en consecuencia el bien común.

Si las Iniciativas antes mencionadas y más específicamente el artículo 55 del Código Penal, tienen como finalidad una verdadera impartición de justicia, la

seguridad y el bien común de la ciudadanía, entonces diremos que se esta haciendo justicia en bien de todos, pero de no serlo así, hay que señalarlo.

"En principio veremos que el término justicia proviene del latín *justitia*, que a su vez proviene de *jus*, que significa lo "justo". Generalmente es aceptada la definición de justicia que da Ulpiano ", justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo". Esta definición contempla la justicia como una virtud moral, la cual, sin embargo para ser realizada supone un discernimiento acerca de lo que es suyo de cada quien. El Derecho es la ciencia que tiene como objeto discernir lo justo de lo injusto, le interesa por tanto, no la justicia como virtud moral o de la voluntad (esto es asunto de la ética y de las ciencias de la educación), sino los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento."

"Por eso resulta más claro del contenido y objeto de esta disciplina el nombre de jurisprudencia que el de derecho. La discusión acerca de si la Justicia es o no el fin propio del derecho, en el fondo se reduce a la discusión acerca de si es posible contar con criterios objetivos, independientes de la voluntad del legislador o del juez, para conocer lo que es justo e injusto en situaciones concretas, o dicho de otro modo, lo que es suyo de cada una de las partes relacionadas en determinada situación."

Preciado Hernández (pp. 217 y ss.) afirma que "hay un fundamento ontológico, objeto, de cada persona. En efecto, puede afirmarse "que es suyo de cada persona humana su cuerpo y su espíritu, y todas sus potencias y facultades; y suyos también son los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre". De esta afirmación, pueden desprenderse otros dos criterios que ayudan a determinar lo suyo de cada quien, el principio de imputabilidad, según el cual el acto y sus consecuencias deben imputarse a su autor, y el principio de responsabilidad que indica que el autor debe responder del acto y de sus consecuencias. De estos principios pueden colegirse otros más; p. e., que el culpable ha de ser condenado (lo suyo es el castigo), que quien sufre un daño tiene derecho a una reparación (lo suyo es la reparación)." (70)

"Por su parte García Máynez (p.p. 465 y ss.), sigue la idea Aristotélica de que la justicia consiste en dar un tratamiento igual a los iguales y tratamiento desigual a los desiguales. Reconoce que en todos los hombres hay una igualdad esencial, por lo

que por justicia, todos tendrían iguales derechos en tanto seres humanos (p. 472), pero admite que hay además múltiples elementos que distinguen a unos hombres de otros, y desde este punto de vista, corresponden a los hombres tratamientos desiguales". (71)

"De todos los hombres puede afirmarse que son iguales (al menos en esencia) y que son también desiguales. El saber si en determinada relación se ha de dar a las personas relacionadas trato de iguales o de desiguales, depende de un juicio de valor en el que se aprecie si las desigualdades existentes entre ellos son jurídicamente relevantes; p.e., para decidir sobre la justicia en el cobro de los impuestos, puede afirmarse que la diferencia de capacidad económica de los contribuyentes tiene relevancia jurídica, por lo cual deben pagar más impuestos los que tienen mayor capacidad. No interesaría en este supuesto, las diferencias en cuanto a lenguaje o cultura."

"Para reconocer las diferencias jurídicamente relevantes propone García Maynez tener en cuenta los criterios de necesidad, capacidad y dignidad o mérito (p. 475). Estas diferencias se reconocen por medio de juicios objetivos de valor hechos en atención a casos concretos, cuyo alcance luego se generaliza para otros casos análogos."

"Preciado Hernández señala una vía deductiva para reconocer lo que es justo de conformidad con las exigencias objetivas de la naturaleza humana. García Maynez propone una vía inductiva (a partir de juicios de valor en casos particulares) para hacer posible la determinación de lo que es justo en relación al principio de igualdad aritmética y desigualdad proporcional. Ambas vías son posibles. Lo importante es constatar que la inteligencia humana es capaz de discernir entre lo justo y lo injusto de manera objetiva, con independencia de las influencias del poder público o de cualquier otra potencia. Negar esta capacidad es negar el derecho como ciencia (como jurisprudencia) es negar la posibilidad de la convivencia racional y armónica y es afirmar el predominio del más fuerte.

"El término equidad proviene del latín *aequitas-atis*, igualdad de ánimo. el antecedente histórico directo del concepto de equidad se encuentra en Aristóteles, quien habla de la *Epiqueya* como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al

caso concreto. La equidad era para Aristóteles, en sí, una forma de la justicia. Este concepto de Aristóteles ha perdurado a través del tiempo sin haber sido modificado en substancia. En la Edad Media los escolásticos consideraron la equidad como un correctivo del derecho, correctivo indispensable para que el derecho no perdiese su fin auténtico." (72)

"En época moderna Lumia ha definido la equidad como el juicio atemperado y conveniente que la ley confía al juez. La equidad constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al juez en algunos casos, cuando la singularidad de ciertas relaciones se presta mal a una disciplina uniforme. Lumia expone que la equidad no debe confundirse con el mero arbitrio, porque esto significaría un mal uso por parte del juez de sus poderes; en cambio cuando decide conforme a equidad, respeta aquellos principios de justicia que se encuentran recibidos por el ordenamiento jurídico positivo o que son compartidos por la conciencia común." (73)

Las anteriores definiciones que nos da el Instituto de Investigaciones Jurídicas, nos indican lo que se entiende por justicia y equidad, por ello el Estado - es decir particularmente los gobernantes, legisladores, administradores y jueces- tienen evidentemente un fin cuando decide sobre el derecho, lo promulga, lo da, pero sin duda no arbitrariamente, sino en vista de obtener un resultado determinado, tal es el caso del artículo 55 del Código Penal que de acuerdo con la iniciativa establece "Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona que hicieran notablemente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella".

La finalidad en este caso que persigue el Ejecutivo Federal al emitir esta iniciativa, y como lo señala la misma, es la de una mejor justicia penal que de acuerdo al momento actual que se vive se requieren reformas que se adecuen a los múltiples y particulares problemas que se presentan en la actualidad procurando de esta manera la aplicación eficaz de una mayor equidad en el Derecho Punitivo.

Pero podemos decir realmente si con esta iniciativa se esta impartiendo una mejor justicia, si además de no aplicar pena alguna, no se hace ninguna

72 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Págs 1904 y 1905.

73 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Idem. pág 1293 y 1924.

consideración a la víctima, donde quedaría entonces la justicia de quien sufrió el daño.

El artículo 55 del Código penal señala que no deberá aplicarse pena alguna sea restrictiva o privativa de libertad, cuando el agente hubiese sufrido un daño en su persona, que el juez considere innecesario e irracional aplicarla. La no aplicación de ninguna pena sea ésta restrictiva o privativa de libertad, nos lleva a considerar que si el agente cometió un delito este ilícito no tiene la sanción que se merece, por lo que dicha infracción quedaría impune. Si como ya lo señalamos el delito y la delincuencia son graves problemas debemos combatirlos y no tolerarlos.

Ahora bien, para considerar que la pena es innecesaria e irracional, estaríamos frente a un gran problema, pues nadie puede asegurar su permanencia o falta de su vida con toda exactitud, pues de serlo así, obviamente ya no tendría ningún caso el aplicar alguna sanción, pero que pasaría si aún con la certificación de que el agente sufrió graves daños, se recuperara, estaríamos en principio frente a una gran impunidad, pues no se hubiese sancionado al delincuente y por lo tanto el delito quedaría impune, por otra parte, el daño ocasionado también estaría fuera de toda posibilidad de que se pudiese reparar la víctima quedaría fuera de toda justicia. Por estas razones, no estamos de acuerdo con lo que establece el artículo 55 del Código Penal, pues como ya lo señala la definición de justicia, hay que darle a cada quien lo que es suyo, si el sujeto cometió un delito, hay que sancionarlo con una pena, si la víctima sufrió un daño, hay que tratar de repararlo.

Además si el delincuente es una persona considerada como peligrosa, estaríamos frente a una persona con tendencia a delinquir, y sin duda volvería a cometer delitos que dañarían no sólo a otras personas y sus bienes patrimoniales, sino también frente a una desestabilidad social al dejar sin efecto la aplicación del derecho frente a una infracción que atenta contra la seguridad y el bienestar común.

Si como principio rector la finalidad del derecho y en consecuencia del Estado es la de impartir y procurar justicia, este artículo no lo llevaría a cabo, pues existen varias razones como son la impunidad del delito cometido, la falta de reparación del daño injustamente causado y el peligro de nuevos delitos, que son sin duda razones suficientes para pensar que estaríamos al margen de toda justicia.

Posteriormente con fecha 18 de noviembre de 1991, el Poder Ejecutivo Federal emite iniciativa complementaria al artículo que nos ocupa, 55 del Código Penal

para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Con esta iniciativa el Ejecutivo Federal señala en su exposición de motivos lo siguiente: "El pueblo de México reclama una mayor eficacia en la aplicación de las leyes, basada en el absoluto respeto a los derechos humanos consagrados en las individuales y sociales previstas en nuestra Carta Magna las cuales marcan claramente el límite de las autoridades frente a las libertades de los individuos. El desarrollo del país exige la modernización de instituciones y de instrumentos legales. En materia de justicia, la sociedad mexicana tiene como principal propósito la certeza, oportunidad y celeridad en su administración y procuración."

"El Estado, dentro de sus finalidades, debe garantizar al individuo una vida plena que le permita la satisfacción de sus necesidades y provea a la organización social en su conjunto, de los medios naturales y jurídicos que consoliden la armonía y la pacífica convivencia."

"Este proceso de mejoramiento y depuración de los ordenamientos penales, debe continuar profundizando en el estudio de las realidades actuales que vive la sociedad mexicana, para ajustar las normas legales en función de una mayor justicia, y así alcanzar un orden jurídico más equilibrado. Al efecto, se debe procurar que la legislación penal en atención al delincuente tenga cada vez más, una orientación fundamentalmente preventiva y menos represiva, como lo han sostenido eminentes estudiosos de las ciencias penales; se busca lograr la humanización del Derecho Penal."

"En el campo del Derecho Penal, como en muchos otros del quehacer jurídico, se observa la ineludible resodctiva de alcanzar una justicia reparadora y benéfica. La presente iniciativa representa un avance en la modernización del Estado, ya que da una nueva óptica al derecho punitivo, para concentrar su actuación sobre aquéllas conductas que revisten mayor peligrosidad."

"Se ha partido de un criterio restrictivo y diferenciador del Derecho Penal, para considerar que del universo de conductas antisociales sólo deben sancionarse penalmente aquéllas que sean realmente graves, y que el Derecho penal debe ser empleado como último recurso, ahí donde no bastan las normas del Derecho Civil o del Administrativo."

"Este enfoque conlleva el propósito específico de permitir al Estado atender con mayor dedicación el combate a la delincuencia y a la organización criminal

en aquellos delitos más dañinos o que más aquejan a la sociedad, evitando que sus esfuerzos se distraigan en ciertas conductas que no revisten especial gravedad. La presente iniciativa, de ser aprobada por ese H. Congreso, de ninguna manera pondría en riesgo la seguridad de los individuos, ni implicaría peligro para la sociedad, ya que se puso especial cuidado en no reducir la penalidad respecto de conductas delictivas que denotan peligrosidad del sujeto activo. La propuesta de reformas se inspira en los planteamientos de la doctrina penal contemporánea que considera que la pena privativa de libertad debe ser para quienes realmente la merezcan. En consecuencia, para los diversos delitos leves cuyos autores no presentan peligrosidad social alguna o de escasa importancia, las sanciones a los ilícitos cometidos debieran ser penas diferentes a la privación de la libertad."

"Tomando en cuenta que el Derecho Penal es la más drástica reacción del Estado, su empleo debe someterse a pautas rigurosas, sobre todo en los que se refieren a la pena privativa de la libertad la cual, además de afectar uno de los bienes más apreciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables."

"En la legislación vigente existen algunas figuras delictivas poco justificables en la época actual, y hasta penas exageradas o inidóneas, que tuvieron su justificación en otros tiempos. Lo anterior se traduce, en ocasiones, en manifestaciones de la desigualdad social y sobre población carcelaria proveniente, en su abrumadora mayoría, de las clases sociales desfavorecidas. Al respecto, cabe señalar que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la finalidad de la pena; significa un gasto enorme para la sociedad, la manutención de prisiones en las que, además, el hacinamiento agrava la corrupción y favorece la promiscuidad y la indisciplina; con lo que se generan circunstancias contrarias a los fines de rehabilitación social. El discurso teórico según el cual hay que pugnar por abatir la tendencia al empleo de la prisión como pena prácticamente única, no ha rebasado aún las reiteraciones ideológicas más o menos abstractas."

"Se abusa de la privación de la libertad, no sólo cuando se ejecutan las penas sino, lo que es más grave, cuando todavía no se ha sentenciado. La prisión preventiva debe, sin duda, reservarse para los inculpados de delitos que representan los ataques más graves, a los bienes jurídicos más importantes."

"Con las reformas que se proponen, por una parte se despenalizarían o sancionarían con pena alternativa de multa, las conductas menos graves y, por la otra,

se facultaría al juzgador para que, en ejercicio de su arbitrio y con base en criterios de baja peligrosidad y otros señalados en la ley, pueda conceder substitutivos de la pena de prisión, como son el tratamiento en libertad o semilibertad, la multa o el trabajo en favor de la comunidad. Asimismo, se aumenta el número de delitos en que se exige la querrela como requisito de procedibilidad."

"La despenalización propuesta no tendrá en si misma un gran impacto en la tarea de menguar la sobrepoblación de internos en las cárceles, pero es muy importante que no se criminalice injustificadamente. Hay, por lo demás, otras vías que a continuación se describen, para lograr el propósito de reducir dicha sobrepoblación."

"En la presente iniciativa se ha considerado necesario aumentar el número de supuestos de los delitos perseguibles por querrela necesaria, ya que ello significa el reconocimiento de que los hombres podemos llegar, tratándose de ciertos bienes, a razonables fórmula de solución particular que logran un doble objetivo: por una parte, de que se repare el daño causado y, por la otra, de que no tenga que acudirse a la acción coercitiva del Estado."

"Se ha pensado razonablemente que al dictarse sentencia condenatoria, en aquellos delitos que no son los de gravedad mayor, no se constriña al juzgador en la mera aplicación de la sanción privativa de libertad y que pueda optar, tomando en cuenta las circunstancias del caso y las características del delincuente, por imponer sanciones alternativas. Las Naciones Unidas han impulsado esta tendencia, en el entendido de que tales sanciones no necesariamente son alternativas leves, puesto que incluyen una denuncia pública del ilícito e imponen apremiantes exigencias al responsable. Sobre todo, se reconoce que es posible tanto castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviarlos a la cárcel. En consecuencia, la reforma, de aprobarse, introduciría la multa como sanción alternativa, en numerosas hipótesis que hoy sólo contemplan prisión, o prisión y multa acumulativamente."

"El proyecto que se somete a su consideración va aún más allá al deber el juez preferir la multa a la pena de prisión, excepto cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial."

"Por otra parte, por motivos humanitarios, se propone facultar al juez para que, apoyado en dictámenes de peritos, pueda prescindir de la imposición de una pena privativa de libertad cuando ésta fuere notoriamente innecesaria por el precario estado de salud del sujeto activo o su senilidad. Estos supuestos se agregarían al ya existente

en el Código Penal, relativo a cuando el procesado haya sufrido consecuencias graves en su persona."

"La sociedad mexicana propugna por leyes que otorguen mayor seguridad jurídica y certeza en la correcta impartición de justicia. Reitero otra vez más, que nadie está por encima de la ley porque ésta es el mandato del pueblo, único depositario original de la soberanía."

"En México, el sentido de la modernización, método, meta y práctica política - tiene un fundamento histórico y una sólida sustentación jurídica. Un propósito central del proyecto de modernización es el bienestar de nuestra población y destacadamente la salvaguarda de sus derechos básicos."

"Por lo anteriormente expuesto, y con fundamento en lo dispuesto por la fracción I, del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito someter a la consideración de ese Honorable Congreso de la Unión, la presente iniciativa de Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones del Código penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal."

Sólo haremos referencia al artículo 55 el cual establece:

"ARTICULO 55.- Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez de oficio o a petición de parte, y apoyado en dictámenes de peritos, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad."

Reitero a ustedes CC- Secretarios las seguridades de mi atenta distinguida consideración. Palacio Nacional a los dieciocho días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Sufragio Efectivo, No Reelección. El Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Carlos Salinas de Gortari. " "

"A la Comisión de Justicia, le fue turnado para su estudio y dictamen la minuta con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que remitió el Senado de

la República a esta Cámara de Diputados, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 72, inciso a, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"En sus consideraciones generales la Cámara de Justicia señala que revisar y actualizar las disposiciones en materia de procuración y administración de justicia, son modificaciones encaminadas a una mejor rehabilitación de quien ha delinquirido. Los cambios y transformaciones de nuestra sociedad nos comprometen seriamente a realizar adecuaciones a la legislación penal orientadas a considerar medidas alternativas a la pena privativa de Libertad."

"En 1990 se aprobaron diversas reformas que permitieron obtener beneficios adicionales a los procesados y con este antecedente se considera adecuado revisar las penalidades, así como el mejoramiento sustancial en el respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales en todo proceso penal."

"Proponemos de esta manera, otorgar atribuciones al juzgador para la aplicación de penas alternativas, ya que como lo dice bien la iniciativa, la privación de la libertad, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables."

"La modernización integral del país requiere eliminar anacronismos legales que en su tiempo fueron figuras delictivas que se justificaron, pero que ahora se considera susceptibles de así forma por otras ramas del derecho."

"Respecto al análisis de la reforma propuesta, señalan:

"Artículo 55.- En la iniciativa se propone complementar este precepto que describe las consecuencias sufridas por el sujeto activo del delito a fin de exceptuarlo de la imposición de pena privativa o restrictiva de libertad con la posibilidad de extender este tratamiento especial a personas seniles o de precario estado de salud."

"De los trabajos en comisiones surgió la conveniencia de señalar específicamente en el texto del artículo la obligación que tiene el juez de motivar su resolución; así como de invariablemente precisar que en los casos de senilidad y precario estado de salud, el juez fundamentará su criterio en dictámenes de perito,

"Así, el texto de esta disposición queda como sigue:

"Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o precario estado de salud, fuere notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución podrá

prescindir de ella o substituiría por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos".

"Además en el texto de la iniciativa se propone la posibilidad de prescindir de la pena privativa o restrictiva de libertad, así como de suspender motivadamente su ejecución, sujeto a razones de primodelincuencia, modo honesto de vivir y lugar fijo de residencia. Se estimó que la remisión de la pena implícita en el texto a consideración, encuadraba dentro de la figura de suspensión motivada de ejecución de las penas a que se refiere la fracción I del artículo 90 del Código Penal, cuyos supuestos consideran de manera óptima los intereses de la sociedad y del Estado en la persecución y sanción de los delitos." (74)

Como reforma complementaria al precepto que se presentó en la iniciativa de fecha 28 de Noviembre de 1983, se estableció que además de las consecuencias graves que sufriera el agente activo del delito, bastaba con ser senil o de precario estado de salud para quedar exceptuado de pena privativa o restrictiva de libertad, ayudado el juzgador en estos casos para su determinación por dictámenes de peritos.

Volviendo al primer precepto, la pena privativa de libertad es hasta hoy la sanción más adecuada para el infractor, pues con ella se cumplen los fines que se marcaron para lograr una mejor forma de vida; así se pueden cumplir con el restablecimiento del orden que se ha quebrantado, la reparación del daño, la prevención general y especial del delito y también lograr la resocialización del delincuente. La falta de ella podría repercutir gravemente en la estabilidad social, sobre todo en casos como los que señala el precepto antes mencionado, además de las nuevas situaciones que la iniciativa complementaria establece como son el estado senil de la persona y su precario estado de salud.

Es por ello que la prisión es hasta hoy la pena que más se utiliza, por lo que Cuello Calón señala al respecto "Hablar de la abolición de la prisión es utópico, al menos en nuestros días. La prisión desempeña aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado hayan sido hasta ahora poco satisfactorias, es innegable que un tratamiento reformador sólo es aplicable bajo un régimen de prisión; además la prisión intimida a

los delincuentes y a los no delincuentes, en cantidad imposible de precisar, y es medio irremplazable para evitar al menos temporalmente, cuanto dura la reclusión en el establecimiento penal, la perpetración de nuevos delitos". (75)

La privación de la libertad y que se le designa con el nombre de prisión, es también por una parte la principal forma de reacción que prevé nuestro derecho punitivo; por la otra, es una medida provisional, de carácter precautorio, dictada por la autoridad judicial a quienes son probables responsables de la comisión de un delito que amerita la imposición de una pena privativa de libertad, a fin de evitar que el presunto infractor pueda hacer nula la pretensión punitiva estatal, mediante su sustracción, antes que se le someta a juicio y se determine si es o no culpable. Aún más, si es culpable, debe dejársele sin sanción alguna, pues entonces, si sería nula toda pretensión punitiva estatal.

Aunque la prisión no es recomendable, como lo señala Rodríguez Manzanera "en casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso. Es además una pena cara, antieconómica; cara en cuanto la inversión de instalaciones, mantenimiento, manutención y personal; antieconómica, porque el sujeto deja de ser productivo y deja en el abandono material a la familia". (76)

Podemos decir que es cierto que la prisión trae consigo complicaciones en diversos ordenes, ya sean familiares, económicos o personales, pero considero que a pesar de todos los defectos que pudiera tener, la prisión constituye la sanción más apropiada, pues cualquier pena menor quitaría seriedad a la gravedad del delito o de los delitos cometidos.

Ahora bien, también señala que las modificaciones son encaminadas a una mejor rehabilitación de quien ha delinquido, además de que se le otorgan atribuciones al juzgador para la aplicación de penas alternativas, tomando como referencia que la privación de la libertad, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables.

75 Cuello Calón, Eugenio, *La Moderna Penología*, Pág. 62.
76 Rodríguez Manzanera, Luis, *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*, pág. 13.

La rehabilitación de quien ha delinuido es uno de los grandes propósitos que el derecho tiene y al cual yo apoyo, pero desgraciadamente la rehabilitación no puede realizarse de una manera inmediata y el hecho de quitar la pena privativa de libertad no ayudaría gran cosa en ese propósito, además existen innumerables sujetos que desgraciadamente ya no pueden rehabilitarse.

García Pablos de Molina, Sergio sostiene "hay delinquentes que después de haber cometido un hecho grave no requieren readaptarse y en cambio otros tendrían una lenta resocialización tras la comisión de un delito de escasa entidad; que se pone más cuidado en la dignidad del delincuente que en la de la víctima y que no deja de caerse en las incoherencias de las teorías absolutas; pues si la pena es un mal, retribución de hecho culpable, difícilmente se puede pretender con ella la resocialización" (77).

Con el artículo 55 del Código Penal, al querer exceptuar de pena privativa o restrictiva de libertad a quien sufrió consecuencias graves en su persona por el delito que cometió, o ser el agente activo de edad senil o tener precario estado de salud, deja fuera toda posibilidad de rehabilitación pues al no aplicarse pena privativa o restrictiva de libertad, no se puede seguir un proceso de rehabilitación pues este se da en el cumplimiento de la condena; y aunque para muchos sujetos la rehabilitación no es necesaria, para otros sí lo es, aún a pesar de ser personas de edad avanzada, ancianos, pues con ello tal vez se podría evitar que cometieran otros tantos delitos.

Las atribuciones que se otorgan al juez, pueden ocasionar circunstancias que pueden considerarse como apartadas de una verdadera impartición de justicia, pues analizando el artículo que nos ocupa, la falta de aplicación de la pena privativa de libertad a quien delinquiró aún a pesar de que éste haya sufrido consecuencias graves en su persona o ser de edad senil, podría a quien sufrió el daño por el delito, no importarle y si pensar que no hay justicia, que no se le ha hecho justicia, pues no habría la posibilidad de que ese daño pudiese ser reparado ni moral ni materialmente, dándole más importancia entonces a quien delinquiró y no a quien sufrió el daño.

La falta de aplicación de la pena restrictiva o privativa de libertad no debe

seguir rigiendo en las situaciones como las que establece el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal, pues antes que se aplique debe analizarse la figura del delincuente como sujeto peligroso, al delito en su gravedad y a la víctima en la reparación del daño.

La peligrosidad deberá considerarse para sancionar con pena privativa de libertad a quien supone ser un sujeto peligroso, pues con sus acciones actuales pueden pronosticarse actitudes futuras peligrosas y dañosas.

La peligrosidad según la define Cuello Calón es "la posibilidad o la probabilidad existente en una persona en cometer un delito". (78)

Gómez Eusebio también señala al respecto "del punto de vista jurídico la peligrosidad criminal, es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal. La peligrosidad criminal, por ello, es una calificación jurídica subjetiva y entre ella y la sanción criminal existe una correlación jurídica, en cuanto el derecho vincula al hecho de la peligrosidad el efecto de la sanción criminal. La peligrosidad criminal es la causa jurídica, el título jurídico para la aplicación de la sanción criminal." (79)

Como lo señalan estos autores, el sujeto que denota peligrosidad es un ser con probabilidad de delinquir, y que una vez cometido el delito tiene como consecuencia una sanción.

Si como lo establece el artículo 55 del Código Penal el agente activo tuviere consecuencias graves en su persona fuere senil o de precario estado de salud no fuera por esas circunstancias merecedor, o mejor dicho sancionado por una pena sea esta restrictiva o privativa de libertad, estaríamos dejando libre a un sujeto que probablemente reincida, pues puede ser altamente peligroso, además sería el ejemplo a seguir por otros tantos delincuentes, así la delincuencia se vería incrementada por alicientes de este tipo.

Es por ello que la pena privativa de libertad debe seguir imponiéndose aún en los casos que señala el artículo 55 antes citado, pues aunque la prisión no es aconsejable por muchas circunstancias como el ser desintegrador del núcleo familiar o

ser una universidad para el delito, es hasta hoy la más adecuada para reprimir aunque sea en grado mínimo la delincuencia.

El artículo 55 del Código Penal debe considerar todos los factores que rodean al delincuente y al delito, por ello la individualización judicial, así la gravedad del delito es otro factor importante para determinar la sanción, pues siendo un delito considerado de mayor gravedad, la sanción deberá ser mayor. Si con el artículo 55 del Código Penal se pretende no aplicar pena privativa o restrictiva de libertad a quien cometió un delito grave como lo podría ser el homicidio, estaríamos minimizando la ley, pues es hasta hoy que con la prisión se ha tenido que sancionar a quien ha cometido un delito sobre todo de gravedad.

Ya lo señala Luis Marco del Pont "a pesar de todas las críticas señaladas, la prisión sigue siendo la pena por excelencia de las legislaciones penales. Se prevé no sólo para delitos graves, sino que su manto envuelve a delitos menores" (80)

Por eso para aplicar una pena deberá considerarse la gravedad del ilícito, así para un delito de gravedad mayor deberá sancionarse con pena privativa de libertad, como pudiera . aquel sujeto anciano que comete homicidio, o como aquel sujeto que comercia con droga, sufriendo graves daños en su persona, pero que las sufrió a consecuencia del ilícito que cometió.

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

"En los casos de los artículo 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días."

Así también el artículo 52 del mismo Código establece: "El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedente dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiera sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias del tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- 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. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres;

VI.- 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 misma."

Debiéndose tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias exteriores del delito y las personales del delincuente, así como la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente para que el juez pueda sancionar, en el artículo 55 del Código Penal debe hacerse también, sin embargo las circunstancias que establece como son la edad senil del sujeto activo, su precario estado de salud, o las lesiones sufridas en su persona a consecuencia del delito cometido, no pueden ser circunstancias que ameriten que no se aplique pena privativa de libertad, pues tratándose de un delincuente peligroso que ha causado un gran daño al cometer un delito de gravedad y siendo culpable, entendiéndose por culpable aquél sujeto que es responsable de su conducta ilícita, que su conducta se encuentra tipificada como un delito que merece sancionarse y que además haya causado un daño, no deberá ser sancionado con otra pena, que no sea la pena privativa de libertad.

En cuanto a la reparación del daño esta es una obligación a cargo del delincuente como consecuencia jurídica de la comisión de todo delito.

Gómez Eusebio nos dice "que la reparación consiste no sólo en el resarcimiento de los daños y perjuicios emergentes del delito, sino también en las restituciones que el autor está precisado a efectuar y en el pago de los gastos de justicia". (81)

Cortés Ibarra señala "que la reparación del daño es una forma mediante la cual se busca resarcir a la víctima de los daños causados por el delito cometido". (82)

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito federal establece que la Sanción Pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. El artículo 30 del mismo Código establece que "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 causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

III. - El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

El delito produce un daño pues es un acto que turba la conciencia social y alarma a la colectividad porque ataca el orden jurídico, por otra parte, también trae consigo un daño particular, individual patrimonial que obliga al resarcimiento, sobre todo cuando el hecho dañoso es un acto ilícito penal, o sea, un delito previsto y penado por el ordenamiento penal, por ello, el artículo 30 del Código Penal antes citado señala como llevar a cabo la reparación del daño.

La reparación del daño es un acto de justicia y al no haber posibilidad de realizarla estaríamos en contra de ella y de una verdad, impartición de lo que es justicia, pues sin duda alguna, la reparación del perjuicio causado a la víctima del delito es uno de los fines de la justicia social.

Ya lo señala Juan Del Rosal "reparar a quien se ha ocasionado un daño a la par que la imposición de la pena simbólicamente cumple una función de alta

81 Gómez, Eusebio, ob. cit. pág. 641.

82 Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, pág. 322.

estima social, cual es el restablecimiento del orden jurídico perturbado" (83).

Si la reparación del daño es un acto de justicia, también es justo que el delincuente sea el que se encargue en primerísimo lugar de reparar el daño, no importa que tenga edad senil, pues si la edad no lo impidió delinquir, tampoco deberá impedirle reparar el daño que ocasionó, así también el sujeto activo que sufrió consecuencias graves en su persona por cometer un delito, pues si al delinquir no se preocupó por el daño que ocasionaría; siendo entonces responsable de sus actos deberá responde por ellos y reparar el daño ocasionado.

Ya lo señala el artículo 34 del Código Penal, "la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimiento Penales".

"El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo".

"Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales".

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no pueda obtener ante el juez penal en virtud del no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente."

El artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal a que hemos hecho referencia deberá ser derogado, pues no podemos señalarlo como una de las excepciones que marca la ley para dejar de aplicar la pena privativa de libertad, ya que el agente activo que éste artículo señala no puede quedar al margen de esta pena, pues ni se encuentra en una circunstancia especial como lo podría ser alguna excusa

absolutoria, ni por supuesto se puede invocar alguna causa de exclusión del delito pues el sujeto se encuentra totalmente fuera de ellas; si es del todo culpable y responsable del ilícito es merecedor a la pena privativa de libertad, aún a pesar de que haya resultado con consecuencias graves, pues la prisión es el principal medio de reacción contra el delito en nuestro país.

Además aún a pesar de ser auxiliado el juzgador por dictámenes de peritos para determinar la senilidad o precario estado de salud del sujeto activo o tener la visión y el conocimiento para determinar la gravedad del sujeto y el poco o mucho tiempo de vida del sujeto activo, cabe la posibilidad de que pueda recuperarse y entonces ya no podrá aplicarse la pena a la que es merecedor como lo es la pena privativa de libertad, lo que ayudaría al riesgo de que vuelva a delinquir contribuyendo de esta manera a dar ejemplo a los múltiples delinquentes y no se cumpliría con lo que postula la prevención general y especial.

Por otra parte, las personas consideradas en edad senil tienen en su gran mayoría todas sus facultades mentales y hasta físicas como cualquier otro sujeto que aún no llega a esa etapa, por lo que bien podrían llevar a cabo la realización de un delito.

Ahora bien, si con el artículo 55 del Código Penal lo que se pretende es no aplicar la pena privativa de libertad a quien es culpable pero es de edad senil o sufre consecuencias graves en su persona, es la humanización en el trato de los delinquentes la innecesaria prisión, debemos pensar que son buenos objetivos, pero que existen factores más determinantes para tener que aceptar la prisión como medio de reprimir la delincuencia, pues aún en los casos que señala el artículo 55, es necesaria la pena privativa de libertad, pues al aplicar dicha pena a quien es culpable se estaría haciendo justicia, además con ella se ha contenido aunque sea en forma mínima a la delincuencia, procurando así una mejor impartición de justicia, además la pena privativa de libertad tiende a la readaptación del individuo, pues la prisión tiene fines tan elevados como evitar la conducta antisocial y propiciar que el individuo no pretenda delinquir en el futuro; en todo caso para lograr una mejor humanización para los que delinquen sería lograr mejoras en las instalaciones de las prisiones y en el personal que las maneja.

En cuanto a la pena privativa de libertad, debemos decir que esta debe seguir aplicándose a cuanta persona la merezca, pues no debemos dejar impune un delito cometido, ya que el agravio no solo lo sufre la víctima o familiares de la misma, sino toda la sociedad en sí, pues cada delito va lacrando a los hombres que conforman

la sociedad, haciendo de estos, hombres sin escrúpulos encaminados a realizar toda clase de atropellos contra sus semejantes, consecuentemente una sociedad formada por personas carentes de toda conciencia implica una sociedad sin reglas, lo que es imposible, es por ello que ante todo debemos de ejercer nuestro derecho a defendernos contra aquellos que han afectado intereses que como ya dije no sólo afectan a una sola persona o personas sino a toda una sociedad que se ve desestabilizada ante el crecimiento alarmante de delinquentes, los cuales se manifiestan en todas las edades, menores de edad, adultos, ancianos, mujeres y hombres que ante las necesidades económicas y carestías de la vida, o por el deseo de causar daño, cometen delitos que deben ser sancionados por penas, una de las cuales y la más común, la pena privativa de libertad, que aunque no ha sido la más efectiva para detener la delincuencia, es hasta el momento la más idónea. Ya lo señala Porte Petit en su libro *La Moderna Penología* "indudablemente, muchos de los argumentos que contra la pena de prisión se esgrimen son muy fundados; males físicos y morales para el recluso, pero querer resolver los arduos problemas que esta pena plantea por el medio simplista y tajante de proponer su abolición es excesivo, es esta una pretensión utópica que corre pareja con la que propugna la abolición de toda pena. La prisión a pesar de sus nocivos efectos, no ha dejado de ser un medio penal útil para grandes masas de delinquentes e insustituible para gran número de ellos".(64)

Es por ello, que ante la propuesta aceptada para no aplicar la pena privativa de libertad a personas que la merecen por la característica de tener el sujeto activo edad senil, o por sufrir este lesión grave que a consideración del juez no merezca pena privativa o restrictiva de libertad, resulta mi negativa ante dicha aceptación, pues es imposible dejar delitos que pueden ser de gravedad sin pena que los sancione, ante tal impunidad se debe analizar el porque dejar sin pena a delinquentes que aún teniendo dichas características merecen ser sancionadas, por lo que desde mi particular punto de vista debe suprimirse o derogarse las situaciones que señala el artículo 55 del Código Penal citado, y que es materia de la presente tesis.

CONCLUSIONES.

1.- El Derecho Penal es el conjunto de normas que regular la conducta de los individuos, determina las penas para sancionar a quien a infringido la ley, penas como la privativa o restrictiva de libertad y se aplican con el fin de salvaguardar los bienes jurídicos tutelados, la facultad del derecho penal de determinar las penas deriva de la soberanía y poder del Estado para sancionar los delitos.

2.- El delito es conducta antisocial que quebranta la ley penal, se encuentra constituido por elementos que lo caracterizan y que lo integran, elementos que son de gran importancia del mismo.

3.- El delito tiene como consecuencia lógica y jurídica a la pena por lo tanto es deber del Estado aplicarla para sancionar al delincuente como justa retribución al mal ocasionado y como respuesta a la seguridad pública que todo ciudadano reclama para su bienestar social.

4.- La imposición de la pena tiene como finalidad el sancionar al delincuente por el delito cometido para salvaguardar el orden público y de ésta manera poder lograr una prevención general y especial que permita el control y la no propagación de la delincuencia; así también, promete la resocialización del delincuente y es mediante una sentencia que se ha logrado mantener al delincuente el tiempo necesario en prisión para su reintegración a la sociedad.

5.- La pena es justa sanción a quien la merece por haber cometido un delito, y la más utilizada hasta hoy en día es la pena privativa de libertad, consistente en el encierro del delincuente en un establecimiento destinado exclusivamente para ello.

6.- Es la pena privativa de libertad la pena más común y también la más adecuada para sancionar a quien a cometido un delito, pues a pesar de tener deficiencias en su utilización por traer consigo lacras que afectan el núcleo familiar y corromper aún más a quien se le impone, también podremos decir que es necesaria, ya que se cumplen con ella los propósitos que se han impuesto como metas para mantener en lo más posible el orden público que la sociedad requiere para su bienestar.

7.- Ante la comisión de un delito, deberá imponerse una sanción, pues el sujeto activo del delito, al ser culpable del hecho ilícito se hace merecedor a una pena, debiendo imponerse dicha pena tomando en consideración las circunstancias personales del delincuente y las exteriores de ejecución del delito.

8.- El juez como autoridad judicial, se encuentra facultado a imponer la pena que estime justa, debiendo para ello tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias exteriores del delito, las personales del delincuente, la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, circunstancias que son primordial importancia para la imposición de un pena, PERO DEBERA DEJAR DE CONSIDERAR AQUELLAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES COMO LO PUDIERAN SER LA EDAD SENIL Y LAS CONSECUENCIAS QUE SUFRA EL DELINCUENTE EN LA COMISION DE UN DELITO, YA QUE DICHAS CIRCUNSTANCIAS NO SON DETERMINANTES PARA ESTABLECER LA CULPABILIDAD DEL AGENTE Y POR LO TANTO LA IMPOSICION DE UNA PENA.

9.- Ante el reclamo de justicia y de punibilidad de la ley, deberá derogarse el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que su aplicación traería como consecuencia la impunidad de los delitos cometidos, ya que no se impondría la pena que se merece a quien por tener edad senil o sufrir consecuencias graves en su persona en la comisión del delito, es culpable de algún delito grave, como lo pudiera ser el homicidio, y el juez decidiera no imponer la pena privativa de libertad a quien se la merece, incurriendo de esta manera en una falsa impartición de justicia.

10.- La privación de la libertad al delincuente transgresor de los bienes jurídicos, deberá ser insustituible y precisa, pues además de ser una reacción contra el delito y mantener el orden público, trata de cumplir con el fin de readaptación del individuo que ha delinquido.

11.- La sociedad requiere de una mejor impartición de justicia, para ello el legislador deberá de mano del juzgador crear leyes que sirvan para reprimir el alarmante crecimiento de la delincuencia, debiendo también quitar toda aquella ley que entorpezca la justicia y cree inseguridad en la ciudadanía, la cual sólo se vera protegida en sus bienes cuando se creen leyes justas que se impartan con eficacia y efectividad y que otorguen a cada quien lo que se merece.

N O T A

Con fecha 3 de julio de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación, fue adicionado el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reformado el artículo 21 de la misma, artículos a los que hago mención en el capítulo IV de la presente tesis, señalándose que el presente trabajo fue terminado y revisado antes de tal fecha, encontrándose para entonces en proceso de impresión, por lo que se hace el presente agregado, transcribiendo la parte reformada de los aludidos numerales.

"Artículo 16.- ...

"(párrafo doce) Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello la autoridad competente por escrito deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos carecerán de todo valor probatorio."

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36

horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente que no excederá en ningún caso de 36 horas."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abarca, Ricardo. El Derecho Penal Mexicano. Edit. Jus. México, 1941. Vol. I
- 2.- Argibay Molina, José. Derecho Penal I y II Parte Gneral. E. D. I. A. R. Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera Buenos Aires. 1972.
- 3.- Bettiol, Glussepe. Derecho Penal. Edit. Témis, Bogotá. 4a. Edición, 1965.
- 4.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Edit. Porrúa, 1984.
- 5.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II Edit. Bosch. Casa Editorial, S.A. 1961.
- 6.- Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penologia. Edit. Bosch. Casa Editorial-Urgel. Barcelona 1974.
- 7.- Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Edit. Porrúa, S. A. 1981.
- 8.- Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal Mexico. Edit. Porrúa, México. 1971.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Edit. Porrúa, S.A., 1991.
- 10.- Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Tomo VII.
- 11.- Garcia Maynes, Eduardo. Filosofia del Derecho. México, edit. Porrúa, S.A., 1974.
- 12.- Gramática, Filipo. Principios de Derecho Penal Subjetivo. España, Instituto Editorial Reus. 1941.
- 13.- Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Cia. Argentina Editores. Buenos Aires, Tomo VII.
- 14.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edit. Losada S.A. Buenos Aires Argentina, Tomo III.
- 15.- Larios Valencia, Roberto. Penitenciarista- Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1a. Edición 1991.
- 16.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Sintesis de derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas, México, D.F. 2a. Edic.
- 17.- Preciado Hernandez, Rafael. Lecciones de Filosofia del Derecho. Edit. México 5a. Edic. 1967.

- 18.- Pont, Luis Marco del. **Derecho Penitenciario.** Cardenas Editor y Distribuidor Ia. Edic. 1984.
- 19.- Porte Petit, C. Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.** Edit. Porrus, S.A., México, 1987, 11a. Edición.
- 20.- Porte Petit, C. Celestino. **Programa de la Parte General del Derecho Penal.** México, UNAM, 1958.
- 21.- Proal, Luis. **El Delito y la Pena.** Librería de Subirana Hermanos, Barcelona, Vol Y.
- 22.- Rodriguez Manzanera, Luis. **Substitutos de la Prisión. La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión.** Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. México. 1993, 2a. Edición.
- 23.- Sallieies, R. **La Individualización de la Pena.** Editores Madrid, 2a. Edición Vol. I.
- 24.- **Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación. el 13 de Enero de 1984.**
- 25.- **Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 30 de Diciembre de 1991.**