

007812
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TEORIA DE LA PUNICION

La problemática de la individualización de las sanciones penales

Tesis que presenta

ALICIA BEATRIZ AZZOLINI BINCAZ

para optar por el grado de *Doctora en Derecho*

México, Distrito Federal,

Abril de 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.

TITLE OF THE THESIS: SENTENCING THEORY (The matter of individualization of penal punishments)

AUTHOR: Alicia Beatriz Azzolini Bincaz

TUTOR: Dr. Luis de la Barrera Solórzano

The purpose of this investigation is to analyze sentencing. It focus on reflecting about the purpose and criterion by the judges are guided in the evaluation moment *par excellence*: the fixation of a concrete privation of the goods that the criminal offender should undergo.

The thesis is divided into four chapters. The first one analyzes the characteristics of the *ius puniendi* practice in the State of Right, standing out the requisites of legitimacy and legality and the distinction between the different levels of the State's authorship. It analyzes the purpose of penal practice in classical theories. After that it analyzes each level according to each one of this theories. In this way, it examines the difference between the purpose of the penal system -the protection of the juridical goods important to the society- and the varing characteristics and purposes of each level (legislative admonition, sentencing and the execution of punishment).

The second chapter discusses about sentencing, which is based, basically, on the culpability-prevention opposition. Whereas some people consider that the judge must follow preventive criteria at the moment of sentencing, others think that culpability is the parameter *par excellence*. Or at least think that it should be the maximum limit for sentencing. The concepts of culpability and prevention are analyzed, as well as their reaches. A proposal about sentencing is given for imputable people and for people with unaccusability. This proposal works as a framework for the study of legislation and jurisprudence in Mexico about this matter.

The author defends a normative concept of culpability, based on human being's free will. She affirms that the trial based on culpability encompasses the subject's existential circumstances that were significant in the execution of the crime, i.e., all those which imposed conditions on his/her freedom of choice. Likewise, she observes the difference between the purpose of the whole system and the parameter of sentencing. For this reason, she holds that the judge

should take into consideration the reproachability of the crime in order to fix sentencing, without having this give a retributive character to the whole system. The appropriate punishment for culpability is the ideal one for the protection of goods relevant to the society.

The third chapter analyzes the legal norms from the Mexican Independence until today, regarding sentencing. It stands out the changes, that influenced by the different treams of penal thought, took place into this matter. It brings up the current legislation and interprets the current text, highlighting the good and incongruent points.

It particularly focuses on the original 51 and 52 articles of the 1931 Penal Code, which according to the author, enabled us to determine the aplicable legal punishment in accordance with the criminal's culpability. Even though this was not the criterion maintained by the judge-made law. It analyzes the current articles and it points out their contradictions.

Finally, the fourth chapter approaches jurisprudence of the federal courts and of some first instance sentencing of the general jurisdiction in the Federal District (Mexico City). In this way, it contrasts the doctrinal postures from the juedge's ones. It points out that courts, before the reform of 1994, considered the criminal's dangerousness as the main criterion for sentencing. The jurisprudence previous to the reform of 1994 still has not established precise criteria for the interpretation of the new article. Likewise, it stands out the fact that first instance judges individualize based on culpability, a way which is very similar to the way they used based on dangerousness.

TITULO DE LA TESIS: *TEORIA DE LA PUNICION* (La problemática de la individualización de las sanciones penales)

AUTORA: Alicia Beatriz Azzolini Bincaz

TUTOR: Dr. Luis de la Barreda Solórzano

La investigación tiene por objeto la determinación judicial de la pena. Se centra en la reflexión sobre la finalidad y los criterios que guían a los jueces en el momento valorativo por excelencia: la fijación de la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito.

La tesis se divide en cuatro capítulos. En el primero se analizan las características del ejercicio del *ius puniendi* en el Estado de Derecho, destacándose los requisitos de legalidad y legitimidad, y la distinción entre los distintos niveles de actuación estatal. Se analiza la finalidad de la actuación penal en las teorías clásicas. Enseguida se estudia cada uno de los niveles a la luz de cada una de dichas teorías. De esta manera se diferencia la finalidad del sistema penal, que es la protección de los bienes jurídicos importantes para la sociedad, de las finalidades y características propias de cada uno de los niveles (conminación legislativa, imposición de sanciones y ejecución de penas).

El segundo capítulo está dedicado a la discusión sobre la punición, que estriba, básicamente, en la oposición culpabilidad-prevención. Mientras que para algunos el juez debe dejarse guiar por criterios preventivos al momento de decidir la pena, otros piensan que la culpabilidad es el parámetro por excelencia o, al menos, debe ser el límite máximo de la punición. Se analizan los conceptos de culpabilidad y de prevención y sus alcances y se formula una propuesta para la punición de los imputables y de los inimputables que sirve de marco para el estudio de la legislación y de la jurisprudencia mexicana sobre el tema.

La autora defiende un concepto normativo de culpabilidad, sustentado en el libre albedrío del ser humano. Afirma que el juicio de reproche abarca las circunstancias existenciales del sujeto que tuvieron relevancia en la comisión del ilícito, es decir, todo aquello que condicionó su libertad de decisión. Asimismo, distingue la finalidad de todo el sistema del parámetro

de punición. Por eso sostiene que el juez debe tomar en cuenta la reprochabilidad del ilícito para fijar la punición, sin que ello signifique otorgarle a todo el sistema un carácter retributivo. La pena adecuada a la culpabilidad es la idónea para la protección de los bienes socialmente relevantes.

En el tercer capítulo se analizan las normas, desde el México independiente hasta nuestros días, sobre aplicación de sanciones, destacándose los cambios que, por influencia de las distintas corrientes del pensamiento penal, se fueron produciendo en la materia. Posteriormente se aborda la legislación vigente. Se interpreta y critica el texto actual, señalándose los aciertos e incongruencias.

En particular se estudian los artículos 51 y 52 originales del Código Penal de 1931, los que, según la autora, permitían determinar la pena aplicable conforme a la culpabilidad del sujeto, aunque éste no fue el criterio sostenido por la jurisprudencia. Luego se analizan los artículos actuales y se señalan sus contradicciones.

Finalmente, en el cuarto capítulo se aborda la jurisprudencia de los tribunales federales y de algunas sentencias de primera instancia del fuero común en el Distrito Federal. De esta manera se contrastan las posturas doctrinarias con la de los jueces. Se señala que los tribunales, con anterioridad a la reforma de 1994, tuvieron a la *peligrosidad* del sujeto como principal criterio de punición. La jurisprudencia posterior a la reforma no ha establecido todavía criterios precisos para la interpretación del nuevo artículo. Asimismo, se destaca que los jueces de primera instancia individualizan basados en la culpabilidad de manera muy parecida a cuando lo hacían con base en la peligrosidad.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A mis padres, con agradecimiento infinito.

A Alfonso, por su paciencia, con amor.

A Diego, que es toda mi esperanza.

Agradezco a todos los que me impulsaron y ayudaron en el desarrollo de esta investigación. A quienes, con total desinterés, me facilitaron las sentencias de primera instancia y a los que colaboraron en la recolección de la jurisprudencia. Al Maestro Elpidio Ramírez, por sus agudas observaciones y al Doctor Alvaro Bunster, porque me confió el tesoro más preciado, sus libros. En especial, al Doctor Luis de la Barreda, mi tutor y mi amigo, porque robó horas a su descanso para revisar con detenimiento cada una de estas páginas y me señaló con igual rigor los muchos errores y los pocos aciertos que ellas contienen; su comprensión y su tolerancia con mis tiempos y mis obligaciones cotidianas favorecieron que esta nave arribara, por fin, a buen puerto.

INDICE

INTRODUCCION	p. 7
CAPITULO I	
LOS FINES Y LA MEDIDA DE LA PENA	
1. La problemática general de la determinación de la pena	p. 10
2. Los fines de la pena	p. 14
a) El sistema penal	p. 14
Legitimidad	p. 15
Legalidad	p. 17
b) Finalidad de la actuación penal	p. 20
Las teorías de la pena	p. 22
Retribución	p.
23	
Prevención general	p. 26
Prevención especial	p. 29
Teorías mixtas	p. 31
Otras posturas	p. 33
c) Los distintos niveles del ejercicio del <i>ius puniendi</i>	p.
35	
La conminación legislativa	p. 37
La imposición judicial	p. 40
La ejecución administrativa	p. 41
d) Las medidas de seguridad	p. 44
3. Los distintos niveles de la determinación de la pena	p. 47
a) La determinación legislativa	p. 47
b) La determinación judicial	p. 57
c) La determinación ejecutiva	p. 59

CAPITULO II
LA PUNICION: DISTINTOS CRITERIOS
PARA SU DETERMINACION

1. Culpabilidad y punición	p. 63
a) La culpabilidad en derecho penal	p. 63
La culpabilidad psicológica	p. 66
La culpabilidad normativa	p. 68
b) La discusión sobre el concepto y la función de la culpabilidad	p.
78	
c) La culpabilidad en la <i>determinación de la pena</i>	p. 87
2. Prevención y punición	p. 98
a) La prevención en derecho penal	p. 98
b) La prevención general en la determinación de la pena	p. 101
c) La prevención especial en la determinación de la pena	p. 105
3. Bases teóricas de la punición	p. 110
a) La culpabilidad: la medida de la reacción estatal	
El ser humano responsable	p. 110
Concepto y función de la culpabilidad	p. 116
b) La prevención: utilidad social de la punición	p. 120
c) La determinación de la pena en un sistema penal democrático	p. 122
La punición de los imputables	p.
122	
La punición de los inimputables	p. 125

CAPITULO III
LOS CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA PENA
EN LA LEGISLACION MEXICANA

1. La legislación anterior a 1931	p. 128
Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835	p. 130
Código Penal para el Estado de Veracruz de 1869	p. 132
Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871	p. 134
Proyecto de Reforma al Código Penal de 1871	p. 139
Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929	p. 142
2. El Código Penal para toda la República en materia del Fuero Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común de 1931	p. 147
3. Las reformas al El Código Penal para toda la República en materia del Fuero Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común de 1931 y el texto vigente	p. 156
Criterios para la punición	p. 161
La punición de los delitos culposos	p. 180
La sustitución de sanciones y la condena condicional	p. 185

CAPITULO IV
LA PRACTICA FORENSE
(ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y
DE SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA)

1. La sentencia penal	p. 188
2. La jurisprudencia sobre la determinación de la pena	p.
196	
1. El arbitrio judicial en materia de determinación de la pena	p. 197
2. El procedimiento a seguir para la determinación de la pena	p. 198

3. Los criterios de determinación de la pena	p. 201
4. El concepto de peligrosidad y su graduación	p. 205
5. La determinación de la pena en los delitos culposos	p.
208	
<i>3. La determinación de la pena en las sentencias de primera instancia del Fuero Común del Distrito Federal</i>	p. 210
CONCLUSIONES	p. 217
PROPUESTAS	p. 224
APENDICE	p. 226
BIBLIOGRAFÍA	p. 308

INTRODUCCION

La determinación de la pena es quizá uno de los temas de la teoría penal de mayor acercamiento entre lo legislativo y lo judicial. Obliga a la reflexión sobre la finalidad y los criterios que guían a los jueces en el momento valorativo por excelencia: la fijación de la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito.

La poca literatura sobre el tema -en el derecho mexicano es casi inexistente- y las reformas de 1994, que representan un cambio importante en la materia, me hicieron ver la necesidad de profundizar en el estudio de la punición, lo que además, me permitió, al menos lateralmente, abordar otro aspecto digno de interés: la relación doctrina-legislador-juez.

Si cualquier investigación requiere como punto de partida un marco teórico conceptual sólido, en este caso la cuestión era absolutamente insoslayable, no se puede reflexionar sobre la determinación de la *pena* si antes no se precisaron los límites y finalidades de la actuación penal del Estado. Por ello, el primer capítulo lo dediqué a analizar las características del ejercicio del *ius puniendi* en el Estado de Derecho, entre las que señalé los requisitos de legalidad y legitimidad y la distinción entre los distintos niveles de actuación estatal. Precisamente, uno de esos niveles es la imposición judicial, de la cual, por ser el tema de la investigación, sólo realicé algunos señalamientos básicos. La finalidad de la actuación penal fue tratada a través de las teorías clásicas y, finalmente, incorporada al análisis de cada uno de los niveles.

Es sumamente importante aclarar que hoy día la caracterización del *Estado de Derecho* no es una tarea de ciencia ficción ni se apoya en el Eclesiastés. La elaboración de estas premisas básicas se fundamentó en los preceptos constitucionales y en los principios reconocidos por la comunidad internacional. La labor del dogmático, en este caso la del penalista, consiste, precisamente, en formular una interpretación integradora de las normas que permita que su aplicación sea, en todos los casos, respetuosa de los derechos humanos.

Hechas esas precisiones pude dedicarme de lleno a la discusión sobre la punición, que estriba, básicamente, en la oposición culpabilidad-prevención. Mientras que para algunos el juez debe dejarse guiar por criterios preventivos al momento de decidir la pena aplicable, otros piensan que la culpabilidad es el parámetro por excelencia o, al menos, debe ser el límite máximo de la punición. Todo esto tiene cabida dentro de la discusión más generalizada sobre los fines del derecho penal a que hice referencia en el primer capítulo.

Para poder presentar las distintas posturas teóricas tuve que precisar los conceptos de culpabilidad -que, a su vez, es objeto de múltiples discusiones- y de prevención y sus alcances. Todo ello me permitió elaborar una propuesta coherente -el lector juzgará cuánto- sobre la punición de los imputables y de los inimputables que me sirvió de marco para el estudio de la legislación y de la jurisprudencia mexicana sobre el tema.

En el tercer capítulo analicé las normas, desde el México independiente hasta nuestros días, sobre aplicación de sanciones. De esta manera fue posible observar los cambios que, por influencia de las distintas corrientes del pensamiento penal, se fueron produciendo en la materia para detenerme en la legislación vigente. La interpretación del texto actual, que es labor propia de todo dogmático, pretende facilitar su entendimiento y aplicación, favoreciendo así a la seguridad jurídica. El señalamiento de incongruencias o de criterios no compartidos no está hecho con el afán de descalificar sino de invitar a la discusión enriquecedora.

Finalmente, me dediqué al análisis de la jurisprudencia de los tribunales federales y de algunas sentencias de primera instancia del Fuero Común en el Distrito Federal. Esto me permitió contrastar las posturas doctrinarias con la de los jueces, quienes, como se verá, siguieron su propio camino. Así se explica la reciente reforma en la que el legislador trató de imponer los criterios vigentes en el ámbito de la punición.

Para que el lector cuente con mayores elementos de análisis incluí un apéndice en el que hay un breve resumen, de la parte dedicada a la

individualización de las sanciones, de las sentencias consultadas. Además, señalé las características de la individualización en cada uno de los juzgados.

La principal motivación de este trabajo fue acercar la reflexión doctrinaria y la práctica forense para romper el aislamiento en que cada una se ha desarrollado. La justicia penal en nuestro país requiere de cambios profundos que sólo podrán llevarse a cabo con la participación y el acercamiento de todos los integrantes del sistema. Esta investigación pretende ser una invitación a romper las barreras y a construir en conjunto el sistema penal que satisfaga los ideales de justicia con que soñó el Constituyente.

CAPITULO I

LOS FINES Y LA MEDIDA DE LA PENA

1. La problemática general de la determinación de la pena

La dogmática penal de las últimas dos décadas le ha restado espacios a la teoría del delito para dedicárselos a otros aspectos de lo punitivo, entre ellos el relacionado con los fines y los límites del *ius puniendi* estatal. La reflexión sobre la actuación penal del Estado ha llevado a los autores a revisar y reformular las *teorías de la pena*: se retoman, fundamentalmente, las corrientes preventivas y se interpretan en el marco del Estado del Derecho¹.

El amplio campo de estudio que se fue abriendo en torno a la pena permitió detectar problemáticas específicas, claramente delimitadas, una de ellas es la de la *determinación de la pena*².

La doctrina penal contemporánea denomina *determinación de la pena* a la fijación, que hace el juez en la sentencia, de la sanción penal aplicable al autor de un delito³. Anteriormente se hablaba de individualización judicial de la pena⁴ o, tal como lo hace el Código Penal para el Distrito Federal, de aplicación de la pena. Al respecto, es interesante la definición dada por Jescheck:

Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una

¹ Así, por ejemplo, ver el ya clásico artículo de Claus Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal". En *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid, Reus, 1976, pp. 11 a 36, y el texto de Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1982, p. 60 y ss.

² Uno de los trabajos precursores sobre el tema fue el de Spindel, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt a.M., 1954, citado por Dolcini en su texto *La commisurazione della pena*. Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979, p. 1. Como bien señala éste último, al texto de Spindel le siguieron un gran número de obras relacionadas con el tema que se publicaron en Alemania durante la década de los 70's.

³ Ver, por ejemplo, a Mercedes García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982 o a Gonzalo Quintero Olivares, "Política criminal y determinación de la pena", en *Doctrina Penal*, año 1, nos. 1 a 4, Buenos Aires, 1978, pp. 41 a 69.

⁴ Esta es la voz utilizada por el *Seminario Judicial de la Federación* para clasificar a la jurisprudencia sobre el tema.

*de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena,...la imposición de medidas de seguridad...etcétera*⁵

Por su parte, Olga Islas y Elpidio Ramírez han contribuido a la delimitación de este tema al diferenciar claramente los distintos niveles del universo penal⁶. Ellos distinguen la *punibilidad*, que es la conminación de privación o restricción de bienes formulada por el legislador en la norma penal, de la *punición*, que es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito realizada por el juez en la sentencia, y de la *pena*, que es la real privación o restricción de bienes del autor del delito que lleva a cabo el órgano ejecutivo⁷.

La punición es, en nuestro sistema penal, una tarea reservada al órgano jurisdiccional, según lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, esta facultad está limitada por el contenido de la norma penal. En efecto, el principio de legalidad penal, contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, obliga a aplicar la pena contenida en la ley aplicable al caso de que se trate. El juez debe moverse dentro del marco que cuantitativa y cualitativamente le fija el legislador. La punibilidad delimita el espacio de la punición.

Como acertadamente señala Ferrajoli *el problema de la determinación de la pena por parte del juez se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial*⁸.

⁵ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal; Parte General*, Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1189.

⁶ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, México, 1991, *passim* y Ramírez Hernández, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, no. 1, vol. I, México, enero-marzo, 1983, pp. 23 a 36.

⁷ Islas, Olga, *op. cit.*, pp. 24 a 26. Los mismos conceptos son utilizados por Luis de la Barrera en su artículo "Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, no. 1, vol. I, México, enero-marzo, 1983, pp. 87 a 120.

⁸ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 402.

En el derecho penal anterior a la ilustración estos espacios fueron amplísimos. En el derecho romano del periodo imperial el sistema de las *cognitiones extraordinariae* permitió el desarrollo de las *poenae extraordinariae* encomendadas a la valoración del juez. Este sistema fue frenado por Justiniano y por las minuciosas escalas penales de la Alta Edad Media bárbara; pero se impuso después del siglo IX: desde entonces hasta las codificaciones, también por la ausencia de una legislación penal sistemática, todas las penas, incluida la de muerte, acabaron por quedar al arbitrio de los jueces⁹.

Fue precisamente la polémica contra el despotismo de los jueces lo que constituyó el principal motivo inspirador de la reforma penal. Beccaria se opuso tajantemente a que los jueces decretaran a su voluntad penas, fue categórico al decir que *...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos...ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien publico, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente*¹⁰; la tarea del juez debía limitarse a la aplicación estricta de la ley creada por el legislador.

Ello dio lugar a la idea de la necesidad de una absoluta predeterminación legal de la pena y de la supresión de cualquier discrecionalidad judicial en la valoración de la gravedad del delito y, por consiguiente, en la medida de la pena aplicable. Ejemplo de ello es el código penal francés de 1791 que preveía penas fijas e invariable para cada tipo de delito, sin permitirle al juez ninguna facultad valorativa para su graduación¹¹. Esto desvirtuaba, sin duda, la esencia misma de la punición: es labor del juez fijar la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito.

Pero los jueces, además de moverse dentro del marco punitivo fijado por el legislador, deben fundar en criterios legales las razones que motiven la determinación de la pena aplicable. El legislador, en los ordenamientos inscritos dentro del modelo continental europeo, establece directrices para la punición¹². Es frecuente que, tal como estaba regulado en el antiguo artículo

⁹ *Ibidem*, pp. 402-403.

¹⁰ Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1990. p. 12.

¹¹ Ferrajoli, *Derecho...*, p. 403.

¹² En el derecho anglosajón el sistema es diferente, existe mayor indeterminación de las penas, tanto en la ley como en las sentencias. Las decisiones judiciales, en muchas ocasiones, deben ser completadas por la

52 del Código Penal para el Distrito Federal, se enuncien una serie de circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por el juez, sin que se establezca un criterio único y claro de individualización.

Por ello, los penalistas, al abordar la problemática de la punición, analizan los criterios que deben orientar al juzgador al momento de decidir la clase y la medida de la pena aplicable al sujeto culpable de haber cometido un delito¹³. Es así que se discute si el juez, al fijar la pena aplicable, debe apoyarse en criterios preventivos -generales o especiales- o retributivos. En caso de que se acepte la concurrencia todos ellos, la interrogante es cuál debe prevalecer. De esta manera el tema queda comprendido dentro de los fines de la actuación penal del Estado.

Sin embargo, es común que se omita diferenciar los contenidos de la punición, de la punibilidad y de la pena. No se precisan qué situaciones debe considerar el legislador para determinar la sanción prevista en la norma, cuáles debe atender el juez para fijar la pena aplicable al caso concreto y cuáles deben ser consideradas durante la ejecución de la condena.

Ambas cuestiones, finalidad y contenido, deben ser estudiadas en detalle para elaborar un teoría consistente sobre la punición.

autoridad administrativa encargada de supervisar la ejecución Sin embargo, esta situación ha ido cambiando durante la última década, la tendencia es hacia una mayor determinación legislativa y judicial de la pena. Al respecto ver Morris, Norval, "Punishment and sentencing reform in the United States", en *Revue Internationale de Droit Penal*, nouvelle série, 53e année, no. 3-4, 1982, Pau, France, pp. 727 a 748. En el derecho español, la corriente correccionalista, representada por Dorado Montero y defendida por Jiménez de Asúa en sus primeras publicaciones, era partidaria de la indeterminación legislativa para que el juez pudiera establecer con toda libertad el tiempo y la clase de pena de acuerdo con la individualidad del caso y del criminal. Cfr. García Arán, Mercedes, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹³ Sobre la delimitación del tema ver Dolcini, *op. cit.*, p.4.

2. Los fines de la pena

a) El sistema penal

El sistema jurídico penal comprende normas y conductas que se articulan en los respectivos niveles conceptuales y fácticos¹⁴. Las normas delimitan los hechos que quedan comprendidos en el ámbito penal. Sin embargo, la extensión del sistema no está librada, en un Estado de Derecho, a la voluntad arbitraria del gobernante en turno, ni tampoco a las exigencias de imperiosas "razones de Estado". La base axiomática¹⁵ del sistema penal se forma con las normas constitucionales que regulan la actuación estatal y con las normas de derecho internacional debidamente reconocidas. Estas normas contienen los principios constitutivos del estado democrático, las garantías penales reconocidas constitucionalmente y los demás derechos humanos consagrados en las normas internacionales.

Todas las leyes, todas las sentencias, todos los actos encaminados a hacer ejecutar las penas deben apegarse a estas normas básicas. De lo contrario se incurriría en una absurda incongruencia entre los fines del Estado legalmente reconocidos y sus acciones concretas.

A partir de esta base normativa se derivan los principios directrices para la interpretación y aplicación del derecho penal¹⁶.

¹⁴ Ver Olga Islas, *op. cit.*, pp. 15 a 18. La autora distingue entre normas penales, delitos, puniciones y penas. Las normas y las puniciones pertenecen al mundo conceptual mientras que los delitos y las penas integran el mundo fáctico.

¹⁵ Ver el texto de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 84 a 89 y 110 a 130 *passim*. En él se analizan los sistemas deductivos y, en particular, el sistema jurídico. Corresponde al jurista identificar la base axiomática del sistema a través de criterios de identificación que comprendan reglas de admisión y de rechazo de enunciados de derecho. La base del ordenamiento debe estar formada por: 1. enunciados de derecho válidos y 2. debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida.

¹⁶ Una magnífica exposición de los principios penales fundamentales la encontramos en "La democratización del derecho penal" de Luis de la Barreda Solórzano, publicado en el volumen compilado por el propio Luis de la Barreda y Zulita Fellini, *Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios*. México, Porrúa-Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco, México, 1985, pp. 153-159.

La actuación del Estado de Derecho en el ámbito penal se apoya en dos pilares fundamentales: la legalidad y la legitimidad.

Legitimidad.

La legitimidad está dada por el consenso de los individuos para la creación de la sociedad política con la única finalidad de defender el bienestar y el interés general¹⁷. Ella está expresamente reconocida en el artículo 39 constitucional que establece que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. En este contexto, la actuación represiva del Estado debe limitarse a garantizar a los gobernados la salvaguarda de condiciones mínimas para vivir pacíficamente. Una intervención estatal represiva que excediera estos límites no podría ser nunca beneficiosa para los gobernados.

La actuación penal del Estado deberá, en concordancia con la legitimidad, atenerse a los siguientes principios:

1. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho penal es el instrumento de control social con mayor contenido represivo. En efecto, las sanciones penales son las más severas con que cuenta el Estado para amenazar a los posibles infractores. Si las consecuencias jurídicas previstas son las más graves, las hipótesis a las que se apliquen también deben serlo. Las normas penales deben contemplar las conductas con un alto contenido antisocial.

La *dañosidad* social¹⁸ de una conducta se establece en relación con el valor del bien jurídico lesionado. Es decir que una conducta no se considera dañosa por ser en sí misma reprobable -inmoral-, sino por sus consecuencias sociales lesivas. Será lesiva una conducta que lesione o, por lo menos, ponga en peligro bienes jurídicos.

¹⁷ Cfr. Alejandro del Palacio, *op. cit.*, p. 27. También ver Alicia Azzolini, "Sentencia penal y sistema penal democrático". En *Hacia el derecho penal de nuevo milenio*. México, Inacipe, 1991, p. 57.

¹⁸ Cfr. Claus Roxin, Gunther Arz y Klaus Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Barcelona, Ariel, 1989, pp. 21-22.

Los bienes jurídicos que protege el derecho penal son los intereses individuales o colectivos, de orden social, que son necesarios para hacer soportable la convivencia social, o bien para preservar la subsistencia misma de la sociedad¹⁹.

Las normas penales tienen la finalidad de proteger solamente esos bienes que son los más valiosos para la sociedad.

2. En segundo término, hay que agregar que no todas las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos le interesan al derecho penal, sino sólo aquellas que sean dolosas y, eventualmente, culposas.

De ahí el denominado carácter *fragmentario* del derecho penal²⁰. Del universo de conductas humanas, el derecho penal se ocupa sólo de aquellas que constituyen ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes²¹.

3. Una tercera limitación se refiere al carácter de último recurso que guarda el derecho penal. Este debe intervenir sólo en aquellos casos en que ya se han agotado otras instancias de actuación menos represivas. El Estado debe recurrir a la vía penal en aquellos supuestos en donde no basten los medios del derecho civil o del derecho público no punitivo, y sólo cuando hayan fracasado todos los demás intentos de prevención no penal²². Un actuación

¹⁹ Cfr. Olga Islas, *op. cit.*, p. 32 y el artículo de Elpidio Ramírez Hernández, "Fuentes reales de las normas penales". En *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. I, México, Procuraduría General de la República - Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal - Instituto Nacional de Ciencias Penales, enero-marzo 1983, p. 25.

²⁰ Cfr. Luis de la Barreda Solórzano, *op. cit.*, p.153. El autor aclara, acertadamente, que el concepto "fragmentariedad" fue introducido por Binding en 1902.

²¹ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos prohíbe, en su artículo 11, que una persona sea encarcelada por el sólo hecho de no poder cumplir con una obligación contractual. Sobre el tema, ver Elpidio Ramírez Hernández, *op. cit.*, pp. 23 - 25. Según el autor las únicas actividades o inactividades que racionalmente pueden ser materia de prohibición penal, son aquellas que intencionalmente o por descuido, y sin necesidad, infieren un daño a los seres humanos y poseen, además, la propiedad de ser antisociales. Cabe destacar que Elpidio Ramírez cuando habla de necesidad no contempla la problemática del valor de los bienes en conflicto, es decir, que para él actúa por necesidad el sujeto que sacrifica un bien para salvar otro siempre que no tenga una alternativa menos lesiva de actuación, sin importar que el bien salvado sea de igual o menor valor al sacrificado. No compartimos esta última posición ya que, si el bien sacrificado es de un valor considerablemente mayor al salvado, no es posible que se esté frente a una situación "objetiva" de necesidad, tal como pretende este autor.

²² Cfr. el ya clásico artículo de Claus Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal". En *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid, Reus, 1976, pp. 21-22. También Elpidio Ramírez Hernández, *op. cit.*, pp. 27-29.

distinta por parte del Estado, anteponiendo la amenaza penal a otras alternativas de actuación menos represivas, es incompatible con la actuación beneficiosa para el pueblo que ordena nuestra Constitución. Roxin habla, en este caso, del carácter *subsidiario* del derecho penal²³, aunque hay quienes prefieren aludir a la *racionalidad* del ejercicio del *ius puniendi*²⁴.

Legalidad.

La legalidad es el aspecto formal de la legitimación. La ley delimita el ámbito de actuación estatal garantizando simultáneamente la esfera de libertad de los gobernados. La legalidad en materia penal se enuncia a través del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*: sólo la comisión de una conducta delictiva (prevista en la ley) da lugar a la imposición de una pena o de una medida de seguridad (que igualmente deben estar previstas en la ley)²⁵.

El principio de legalidad penal está expresamente reconocido en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y también en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15, número 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La actuación penal del estado, en concordancia con la legalidad, deberá ajustarse a las siguientes directrices²⁶ :

1. Prohibición de la analogía (*Lex stricta*). Se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto²⁷.

²³ *Ibidem*, p. 27.

²⁴ Cfr. Elpidio Ramírez, *op. cit.*, pp. 27 - 28.

²⁵ Cfr. Luis de la Barreda, *op. cit.*, p.153.

²⁶ Sobre este tema ver el magnífico trabajo de Claus Roxin, "*Nullum crimen nulla poena sine lege*". En *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 96 a 114, *passim*. Asimismo, ver el texto de Enrique Bacigalupo, *Principios de derecho penal*. Madrid, Akal, 1990, pp. 36 a 43.

²⁷ Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 38 - 39.

El tercer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe textualmente imponer penas ... *por simple analogía y aun por mayoría de razón*. La mayoría de razón alude a las razones que tuvo en cuenta el legislador para elaborar la norma penal, hace referencia al sentido de la norma.

El alcance de la prohibición de la analogía es discutido por la doctrina ya que, en principio, toda interpretación requiere analogía. De ahí que la prohibición de la analogía se debe entender como la exclusión de la analogía con el fin de creación de un nuevo derecho²⁸.

2. Prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del inculpado (*Lex praevia*). Esto significa que no podrá aplicarse una ley posterior a la comisión del hecho delictivo que perjudique al acusado.

Se discute si las disposiciones referentes a la prescripción están incluidas en la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de ésta. La cuestión es muy debatida y su solución depende, según Bacigalupo, de la postura que se adopte en cuanto a la prescripción. Si se la considera materia del derecho penal material, -tal como hace el Código Penal mexicano-, entonces habrá que reconocer la vigencia de la garantía de irretroactividad en relación con ella. Por el contrario, si se entiende que las reglas de la prescripción son ajenas al derecho penal material, entonces será posible admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción²⁹.

Esta distinción entre normas procesales y normas sustantivas no es trascendente para el derecho mexicano donde, explícitamente, el primer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe la aplicación retroactiva de cualquier ley -léase del ámbito procesal o del derecho de fondo- en perjuicio de persona alguna.

En cambio, sí es obligatorio en nuestro derecho la aplicación de una ley penal posterior que favorezca al indiciado, acusado o sentenciado, tal como lo dispone el artículo 56 del Código Penal Federal.

²⁸ *Ibidem*, p. 39.

²⁹ *Ibidem*, p. 43. Por su parte Roxin se inclina por aceptar la retroactividad en los plazos de prescripción en su texto "*Nullum crimen nulla poena*" ya citado.

3. Prohibición del derecho consuetudinario (*Lex scripta*). Los casos penales no pueden resolverse mediante la aplicación de los usos o costumbres jurídicas. Sin embargo, hay quienes sostienen que la aplicación *in bonam partem* del derecho consuetudinario es legítima³⁰.

4. Mandato de certeza (*Lex certa*). El legislador debe elaborar los tipos penales con claridad, evitando el uso de conceptos vagos o ambiguos. Son vagos aquellos términos a los que es muy difícil fijar un límite preciso -bueno, malo, grande-; son ambiguos aquellos que tienen más de un significado -casa, pata-.

Ello no significa que se deba recurrir a un casuismo estricto, propio de legislaciones anglosajonas, sino que la generalización necesaria del texto legal permita identificar con precisión los supuestos que en él quedan incluidos.

³⁰ Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 41.

b) Finalidad de la actuación penal

La actuación penal en el estado contemporáneo debe tener por finalidad primordial la protección de los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad.

Esta afirmación excluye la tutela estatal de la moral individual, aunque no significa despojar de contenidos ético valorativos a las normas penales³¹.

Welzel ha defendido la función ético-social del derecho penal:

...es misión del derecho penal la protección de los valores ético sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales³². Asimismo, explica que: Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo³³.

Comenta Mir Puig que Welzel, al afirmar que la misión del derecho penal es influir en la conciencia ético social del ciudadano y en su actitud interna frente al Estado, amplía el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el derecho penal³⁴. Esto implica pensar que a través de la intimidación o represión se favorece la internalización de los valores ético sociales.

La formación ética de los individuos no es misión del derecho penal ni de ninguna otra rama del derecho. En particular, el ámbito penal, más allá de sus fines, tiene un alto contenido represivo que se manifiesta en lo riguroso de las sanciones impuestas; las penas constituyen la reacción más grave del

³¹ Carlos Nino aborda la problemática de la protección de la moral a través del derecho. Reforzando lo que se sostiene en este trabajo Nino asume el principio anti-perfeccionista que estable que las leyes penales deben estar dirigidas a prevenir el daño que la gente pueda causar a terceros y no a prevenir la autodegradación moral, imponiendo ideales de excelencia humana y determinados planes de vida. Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 350.

³² Cfr. Hans Welzel, *Derecho Penal*. Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 5.

³³ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 3.

³⁴ Cfr. Santiago Mir Puig, "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1986, p. 52.

Estado contra los gobernados. Por eso mismo, no es verdad que a través de amenazas e imposiciones de penas se refuerza la conciencia ética ciudadana, lo que sucede, en todo caso, es que las personas son compelidas a acatar el mandato normativo.

Precisamente, por la magnitud de la reacción estatal a través del derecho penal, es necesario limitar la actuación penal a su mínima expresión, a la protección de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad. Si esta protección ayuda a reforzar los valores éticos que los ciudadanos incorporaron a través de la educación -formal e informal-, bienvenido sea. Pero invertir los términos de la ecuación, tal como hace Welzel, da lugar, primero, a perder de vista la meta que se pretende alcanzar a través de la actuación penal y, segundo, como consecuencia de lo anterior, a convertir al Estado en generador y protector de la moralidad social³⁵.

El Estado, tal como se dijo, debe actuar para la salvaguarda de los bienes jurídicos más relevantes. Para ello, el legislador deberá hacer una valoración previa de la realidad social para crear las normas penales, pero sólo podrá incluir en ellas las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de carácter social objetivo.

No es misión de un Estado laico erigirse en adalid de la moralidad y las buenas costumbres de sus integrantes³⁶.

Frente a este objetivo general, en un nivel de análisis diferente, se han elaborado a través de los años distintas propuestas teóricas acerca de la finalidad de la *pena*.

³⁵ Esta postura de Welzel ha dado lugar a que algunos de sus seguidores hayan restado todo valor a la protección de bienes jurídicos. Así, para Jakobs, la única meta del derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas. Cfr. Mir, *op. cit.*, p. 53. Este punto se retomará cuando se analice la teoría de la prevención general positiva.

³⁶ Cfr. Roxin, "Sentido y límites...", pp. 23-24. Este autor cita a Gallas quien afirma que martirizar a los animales es una conducta merecedora de pena aunque no se lesiona un bien jurídico. Roxin argumenta que aquí podría tratarse de la protección del bien jurídico sentimiento de dolor de los animales. Por nuestra parte consideramos primero, que no estamos ante una conducta merecedora de pena y, segundo, la conducta se relaciona con la protección administrativa del medio ambiente que tiende a propiciar una relación armónica entre los seres humanos y el medio ambiente.

Las teorías de la pena

Las *teorías de la pena* se han clasificado tradicionalmente en dos grandes grupos, las de carácter absoluto y las relativas.

Las teorías absolutas deben su nombre a que han justificado a la pena por sí misma. La pena no tiene una finalidad que la exceda, sino que en su propia naturaleza está contenida su justificación.

Por su parte, las teorías relativas explican la pena a partir de una finalidad ulterior. Las penas se aplican para lograr un objetivo determinado, sirven para la consecución de fines sociales.

Integran el grupo de las teorías absolutas las diferentes versiones de la concepción retributiva de la pena. Las teorías relativas comprenden a la concepción preventivo general -o social- y a la preventivo especial³⁷.

Hassemer prefiere referirse a las teorías modernas en contraposición con las clásicas. Las teorías modernas de la pena son aquellas que admiten la idea de que el derecho penal se tiene que ocupar sistemáticamente no sólo de encontrar una decisión justa, sino también una buena solución para los casos. Las teorías clásicas -por eso también llamadas absolutas- se entienden independientemente de un fin real, no buscan una salida del asunto, se apoyan en sí mismas y no se ocupan, como las modernas, de los efectos empíricos de la pena (éxito de la resocialización, efectiva intimidación)³⁸.

³⁷ Baratta completa esta calificación subdividiendo cada una de las teorías preventivas en positivas y negativas. Asimismo, hace una distinción entre teorías ideológicas y teorías tecnocráticas de la pena. Las teorías ideológicas se fundamentan en funciones cuya existencia no está empíricamente demostrada, producen en la generalidad de los ciudadanos y en el aparato del sistema penal un consenso en torno a una imagen ideal y mistificadora de su funcionamiento. Por su parte, las teorías tecnocráticas se basan en funciones cuya existencia debe considerarse probada, producen conocimiento acerca de los verdaderos mecanismos puestos en movimiento por el sistema penal; estos conocimientos sirven principalmente al poder y a sus funcionarios. Baratta, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal". En *Poder y Control*, número 0, Barcelona, 1986, pp. 83-84.

³⁸ Hassemer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1984, p.349

Retribución

Las teorías retributivas ven en la pena la concreción de la justicia. Al imponérsele un castigo al delincuente se le retribuye el mal cometido. Dentro de la corriente retributiva se distinguen diversas vertientes, dependiendo cada una de ellas del momento histórico y de la perspectiva filosófica desde la que fue formulada. Se puede hablar así de retribución divina, retribución estética, retribución moral y retribución jurídica.

Stahl, que es uno de los más destacados representantes de la retribución divina, sostiene que el Estado, al ser el orden externo de Dios sobre la tierra, o sea, la voluntad divina que se realiza en el tiempo, recibe de Él, como una delegación, el derecho de castigar y debe preservarlo, venciendo la voluntad antijurídica mediante su anulación o haciéndole padecer³⁹.

La idea de retribución estética se remonta a Leibniz, pero fue desarrollada sobre todo por Herbart y continuada por Geyer. Este último dice que la justicia no es una ley de la conducta sino un criterio para juzgar la conducta; no es una regla ética sino un principio estético, que, como principio, tiene un valor teórico, no práctico, y como estético, un valor subjetivo, no objetivo. Esto hace que el desequilibrio moral producido por una acción nociva exija la debida sanción, y, por ende, la idea estética de la justicia compensadora exige la pena como una necesidad estética⁴⁰.

Kant fue quien sostuvo la concepción moral de la retribución. Para él es obligación de todos los miembros de la sociedad el que se sancione al delincuente para que impere la justicia; en caso que esto no se haga, todos serían culpables por esa omisión. La imposición de la pena al delincuente es una obligación moral insoslayable⁴¹.

Hegel representa la versión jurídica de la retribución; el castigo no era precisamente un mal sino que *El castigo es la superación del delito, pues*

³⁹ Cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 20 - 21.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁴¹ Cfr. Roxin, "Sentido y límites...", p. 12.

*según su concepto es vulneración de la vulneración, y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra tal*⁴². La pena, en tanto negación del delito, se convierte en la afirmación del derecho.

La concepción retributiva, en cualquiera de sus vertientes, descansa en la aceptación del libre albedrío. La pena como castigo sólo tiene razón de ser si el delincuente tuvo la posibilidad de decidir con libertad la comisión del delito. Quien tuvo la posibilidad de elegir libremente actuar en forma antijurídica es culpable y, por lo tanto, merece un castigo.

Para Welzel *la pena se justifica como retribución con arreglo a la medida de la culpabilidad*⁴³.

La retribución como fundamento de la pena ha sido objeto de diversas y reiteradas críticas. Una de ellas se centra en la indemostrabilidad científica del libre albedrío, con lo que se derrumba el concepto de culpabilidad. La pregunta que se formula es si los hombres tienen capacidad de decidir libremente entre diversas opciones posibles. Aunque no se ha podido demostrar que exista una determinación biológica, o de otra naturaleza, en los hombres, tampoco se ha demostrado lo contrario. En todo caso, la cuestión radica en si ese hombre determinado pudo, en el caso concreto, haber actuado de otro modo⁴⁴. La teoría retributiva sólo es concebible en el supuesto que se reconozca la existencia del libre albedrío⁴⁵.

En segundo lugar se argumenta que la idea de una retribución compensadora sólo es actualizable mediante un acto de fe. Racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido añadiendo un segundo mal, la pena⁴⁶.

⁴² Hegel, *Filosofía del derecho*. México, UNAM, 1985, p. 109-110.

⁴³ Citado por Armin Kaufmann, "La misión del derecho penal". *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá, Temis, 1982, p.122.

⁴⁴ Sobre este punto se volverá en el capítulo en que se aborde la culpabilidad. Por el momento se expondrán solamente los distintos puntos de vista.

⁴⁵ Cfr. Roxin, "Sentido y límites...", pp. 13 - 14. Varios autores contemporáneos comparten esta crítica, por ejemplo, Gimbernat.

⁴⁶ Roxin, "Sentido y límites..." p. 14.

Estas críticas han sido objetadas por Ángel Torio López, quien señala que, en el caso de Kant, no se está haciendo referencia al hombre real, empírico, sino al racional. La pena propuesta por Kant se aplica al sujeto racional *que sin motivo empírico -diríamos que con independencia de carácter, móvil o pasión- decide contrariar el imperativo categórico*⁴⁷. Recuerda este autor que Cattaneo no ha dejado de sugerir que en la teoría penal kantiana están contenidas las premisas para una superación ideal de la pena⁴⁸.

Las críticas a la teoría hegeliana pueden descalificarse de igual modo. El delincuente no es para Hegel un fenómeno natural, un hombre singular, sino la personificación de la voluntad injusta. En el delincuente está presente el autor arbitrario, la voluntad particular que se manifiesta como delito; pero se halla presente, también, el carácter de ser racional del sujeto. Como infractor, su acción representa la negación del derecho, pero como ser racional, no puede dejar de subsumir su comportamiento en la voluntad general, y la pena es para él un derecho⁴⁹.

Las observaciones de Torio López son acertadas y coinciden con lo expresado por Hassemmer sobre la diferencia entre las teorías clásicas y las teorías modernas de la pena. La mayoría de las críticas formuladas en contra de la concepción retributiva de Kant y Hegel no son lógicamente válidas en tanto se ubican en niveles conceptuales diferentes. Sin embargo, esto nos conduce una objeción de fondo. ¿Es posible que el Estado moderno se proponga fines a partir de una concepción racional del hombre, o quizá deba actuar en función del hombre real, de carne y hueso?

Está claro que no se trata aquí de la descripción empírica de la actuación estatal, nos mantenemos en el nivel teórico. Pero, aún así, surge la pregunta de si puede el Estado conceptualizar su actuación a partir de postulados ideales, o si debe orientar su política criminal en función de

⁴⁷ Torio López, Ángel, "El sustrato antropológico de las teorías penales", p. 675.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 675.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 676.

postulados aplicables al hombre singular. Sobre esta pregunta se volverá más adelante⁵⁰.

La teoría retributiva nos conduce, a su vez, a otra interrogante: ¿Es válido que el Estado moderno actúe solamente con el objetivo de alcanzar o, cuando menos, acercarse a la justicia? Si somos coherentes con la concepción de un Estado de Derecho orientado hacia el bienestar social, es evidente que la sola retribución no puede fundamentar el ejercicio del *ius puniendi*. Se requiere que la actuación estatal esté orientada a beneficiar al conjunto social y no sólo a calmar su sed de justicia.

Prevención general

La versión más antigua de esta corriente se remonta al siglo XVII con el iusnaturalismo clásico y la idea de contrato social de Grocio⁵¹. Pero las primeras formulaciones claras de la finalidad preventivo general de las penas aparecen en el siglo XIX con el utilitarismo. Jeremías Bentham, principal representante de esta corriente, defiende la fundamentación de la legitimidad de todo gobierno en la satisfacción de las necesidades de los súbditos. La utilidad justifica a las normas, las normas penales deben perseguir la evitación de delitos como máxima utilidad para la comunidad⁵². La evitación de los delitos se efectúa por medio de la publicación y aplicación de la pena que sirve de ejemplo, *porque la pena padecida por el delincuente ofrece a cada uno un ejemplo de lo que él tendría que padecer haciéndose reo del mismo delito*⁵³.

Mientras Bentham situaba la finalidad preventiva en la etapa ejecutiva, Feuerbach formuló su teoría de la coacción psicológica orientada al momento conminativo. La pena se configura primordialmente como amenaza dirigida a la colectividad para que sus miembros se abstengan de delinquir. *El objetivo*

⁵⁰ Este cuestionamiento será retomado en el capítulo segundo al abordarse el tema de la culpabilidad.

⁵¹ Cfr. Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p. 25.

⁵² Cfr. Mercedes García Arán, *op. cit.*, 1982, pp. 100-101.

⁵³ Bentham, *Teoría de las penas legales*, T. I., Imprenta de J. Smith, París, 1825, pp. 16-17; citado por Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, pp. 25-26.

*de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas*⁵⁴.

Contra esta teoría se argumenta que en muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. *Se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales*⁵⁵. Esta crítica se centra en la eficacia preventivo general del derecho penal. Una vez más se oponen argumentos de contenido empírico a la propuesta teórica sobre la finalidad de la pena.

Pero hay una segunda crítica más importante, que fue la que motivó a Kant a sostener la idea de la retribución moral como necesaria a la dignidad humana. No es posible justificar que se castigue a un individuo, no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros⁵⁶.

Siguiendo la lógica preventivo general deberían verse penas más altas para los delitos más frecuentes, y, más bajas, para aquellos cuya comisión no es tan común. De esta manera, un robo debería ser proporcionalmente más sancionado que un homicidio en razón del parentesco.

Por último, de la prevención general intimidatoria, llevada a sus últimas consecuencias, conduce fácilmente a la instauración del terror.

En los últimos años se matiza el concepto de prevención general y se comienza a entender en su forma positiva, esto es, como fortalecimiento de la conciencia jurídica general con la satisfacción del sentimiento jurídico. A esta nueva corriente se le ha dado el nombre de prevención general integradora o prevención general positiva⁵⁷.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 16; citado por Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁵ Roxin, "Sentido y límites...", p. 18.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁷ Hassemer habla de prevención general-general en contra de la anterior versión intimidatoria a la que se le da el nombre de "especial prevención general". Ver García Arán, *op. cit.*, p. 101, nota 127 y Armin Kaufmann, *op. cit.*, p. 127. La teoría de la prevención general positiva pertenece, según Baratta, a las teorías tecnológicas. Baratta, "Viejas y nuevas estrategias...", p.85

Pérez Manzano nos explica con claridad las diferencias entre unos y otro enfoque de la prevención general:

...hay que decir que prevención general positiva y negativa se distinguen en función de varios criterios: el primer y principal criterio es la forma de explicar la relación pena-inhibición de delitos. Si la prevención general de intimidación la explica como una relación lineal estímulo-respuesta, la prevención general positiva alude a la incidencia de la pena en la conciencia jurídica, a la activación de los mecanismos de autocontrol valorativos. El segundo criterio de distinción es que la prevención general positiva alude a efectos no resaltados por la prevención de intimidación, como la defensa del ordenamiento jurídico o la pacificación del sentimiento jurídico. El tercer criterio se refiere al destinatario del efecto pretendido: si la intimidación se dirige a la colectividad social en cuanto delincuentes potenciales, la prevención general positiva se proyecta sobre la comunidad social, pero como cuerpo organizado con conciencia jurídica propia o como víctima potencial o difusa a satisfacer⁵⁸.

La teoría de la prevención general positiva, en la versión sistémica de Jakobs⁵⁹, sostiene que el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. Se retoma la idea de Welzel de que el derecho penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el desvalor de los actos, esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de fidelidad al derecho⁶⁰.

⁵⁸ Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 20. Mir Puig distingue dos vertientes entre los seguidores de la prevención general. La primera de ellas define a la prevención general como fundamentadora, y en su caso ampliatoria, de la intervención del derecho penal. El punto de partida de este pensamiento se encuentra en Welzel y es desarrollado por Jakobs. El otro sector doctrinal que define la prevención general positiva en un sentido limitador de la intervención penal, está representado por Hassemer, Zipf y Roxin. Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 51-54 *passim*.

⁵⁹ Fue Luhmann uno de los primeros en incursionar en el campo del derecho con el método sistémico. Jakobs sigue la concepción de Luhmann de derecho como conjunto de normas que crean expectativas de conducta. En particular, las normas penales crean expectativas normativas que se estabilizan contrafácticamente, por lo que la pena como sanción jurídico-penal contribuye a la estabilización de esas expectativas. Cfr. Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁰ Cfr. Alessandro Baratta, "Integración prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *CPC*, núm. 24, 1984, p. 542.

Esta concepción ha sido objeto de duras críticas, aunque se le reconoce un gran rigor teórico. Baratta sostiene que al atender sólo las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales, como el bien jurídico, la teoría de la prevención integración es funcional al movimiento de expansión del sistema y de incremento de la respuesta penal⁶¹. Apunta, asimismo, que la teoría omite tomar en cuenta los efectos negativos del sistema penal, como son los efectos disgregantes de la pena privativa de la libertad para el detenido o la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal⁶².

Se critica, básicamente, el excesivo formalismo de la teoría, ya que la noción de sistema funcional y eficaz admite diversos contenidos. Se afirma que la prevención general positiva cumple una función legitimadora del *statu quo* e impide la valoración crítica del sistema penal⁶³.

Prevención especial

El pensamiento de la prevención especial, aunque no carece de antecedentes más remotos, surge en forma clara ya muy avanzado el siglo XIX. La finalidad preventiva orientada a evitar que el delincuente reincida toma cuerpo, fundamentalmente, en el pensamiento de la Scuola positiva italiana encabezada por Ferri.

Esta postura se genera apartir del cuestionamiento del *libre albedrío*. Efectivamente, el determinismo imperante en la ciencias empíricas, que representaban el modelo de ciencia de la época, influyó en el ámbito penal. De esta manera se reemplaza la culpabilidad por la peligrosidad. Las penas deben actuar como mecanismos de defensa social evitando nuevos delitos por parte del individuo peligroso⁶⁴.

⁶¹ *Ibidem*, p. 544. Igualmente Mir, *op. cit.*, p.57.

⁶² *Ibidem*, p. 546.

⁶³ Están fundidas en este párrafo las críticas de Baratta, Luzón Peña y Muñoz Conde. Cfr. Pérez Manzano, *op. cit.*, pp. 52-53; Mir Puig, *op. cit.*, pp. 5758, y Baratta, *op. cit.*, pp. 547-550, *passim*.

⁶⁴ Cfr. García Arán, *op. cit.*, p. 102.

En Alemania, von Liszt combina la prevención especial como corrección del delincuente con la orientación de esta finalidad a la más general de protección de bienes jurídicos⁶⁵. Para este autor la pena justa es la pena necesaria para proteger el universo de bienes jurídicos⁶⁶. Esta finalidad se logrará: corrigiendo a los delincuentes capaces y necesitados de corrección, intimidando a los criminales no necesitados de corrección, y mediante la innocuización de los criminales incapaces de corrección⁶⁷.

La postura de protección de bienes jurídicos, tal como hemos visto, es recogida en la actualidad; sin embargo, el resto de la teoría de la prevención especial ha sido objeto de diversas críticas.

También en este caso es posible subdividir las posturas en negativas y positivas. Las primeras afirman la función de neutralización del transgresor: custodia en lugares separados, aislamiento. Las segundas, en cambio, afirman la función del tratamiento del condenado para su reeducación y readaptación a la vida social⁶⁸.

Una primera observación apunta a destacar que en aquellos casos, aun de delitos graves, en los que existe la seguridad de que el sujeto no volverá a delinquir no debería, según esta teoría, aplicarse pena alguna⁶⁹. Esta solución es, fuera de toda duda, inaceptable. Pero la teoría de la prevención especial no puede fundamentar, con rigor, la necesidad de pena en estos supuestos.

Una segunda cuestión, más importante todavía, se refiere a la eficacia y a la legitimidad de la corrección. En efecto, se ha aludido con insistencia a la imposibilidad de readaptar a un sujeto a través de la pena y, más aún, se ha cuestionado de raíz la idea misma de la readaptación. *La prisión no puede*

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 102-103.

⁶⁶ Franz von Liszt, *La idea del fin en el derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990, p. 56.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁸ Cfr. Baratta, "Viejas y nuevas estrategias...", p.83. Según este autor la teoría de la prevención especial negativa formaría parte de las teorías tecnológicas y la de la prevención especial positiva pertenecería a las ideológicas.

⁶⁹ Esta crítica es formulada por Roxin, quien pone como ejemplo el caso de los criminales nazis; según este autor, una vez acabada la guerra y vencido el Tercer Reich, no existía ninguna posibilidad de que los criminales de guerra reincidieran. Roxin, "Sentido y límites...", p. 16.

dejar de fabricar delincuentes, dice Foucault⁷⁰, y esa afirmación es respaldada por un número importante de autores contemporáneos⁷¹. Baratta reconoce que la discusión actual parece dominada por dos polos: por un lado, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar, con lo que se configura la prevención especial negativa. Por el otro, la postura que sostiene la afirmación voluntarista de una norma contrafáctica según la cual la cárcel debe ser considerada, pese a todo, como lugar y medio de resocialización. Esto con el objeto de no dar cabida a los defensores de las teorías neoclásicas y neoliberales de la retribución y de la neutralización⁷².

Autores menos radicales, como Muñoz Conde, prefieren hablar de evitar la desocialización o procurar perjudicar con la ejecución de la pena privativa de la libertad lo menos posible al recluso en su futura reinserción social⁷³.

La teoría de la prevención especial, sobre todo en su formulación positiva de "resocialización", ha sufrido reiterados fracasos en el mundo fáctico. Por su parte, el aspecto negativo neutralizador no parece suficiente para fundamentar el *ius puniendi* estatal.

A lo dicho hasta el momento, debe agregarse la cuestión de si es legítimo obligar a una persona o a un grupo a adoptar los valores de los demás. Está claro que el tratamiento de rehabilitación sólo podrá aplicarse con alguna probabilidad de éxito a aquellos que voluntariamente lo acepten. Pero, además, no sería legítimo imponerlo obligatoriamente, ello significaría exceder los límites la privación de bienes establecida en la ley.

La teoría de la prevención especial negativa interpretada en forma aislada y llevada a sus últimas consecuencias, justificaría intervenciones

⁷⁰ Michel Foucault, *Vigila y castigar*. México, Siglo XXI, 1987, p. 270.

⁷¹ Ver, por ejemplo, el texto de Melossi y Pavarini, *Cárcel y fábrica; Los orígenes del sistema penitenciario*. México, Siglo XXI, 1980.

⁷² Alessandro Baratta, "¿Resocialización o control social?", en *El sistema penitenciario: Entre el temor y la esperanza*. Irapuato, Orlando Cárdenas Editor, 1991, p. 75.

⁷³ Muñoz Conde, "La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad". Citado por Hassemer, *op. cit.*, p.357.

quirúrgicas, aplicación de drogas y otros métodos de modificación de la conducta que atentan directamente contra la integridad del individuo.

Teorías mixtas

De lo expuesto hasta el momento se desprende con claridad que cada una de las teorías tradicionales es, por sí sola, insuficiente para explicar la finalidad de la actuación penal del Estado contemporáneo. Ello es consecuencia de que esas teorías sólo abordan aspectos parciales de la compleja actuación estatal. Todas ellas pueden aplicarse con éxito en algún nivel del ejercicio del *ius puniendi* y fracasan en otros.

Una característica común de las propuestas es la vaguedad conceptual en la que se desarrollan; es así que se habla indistintamente de la pena, de la actuación penal de estado... Pero más aún, por pena se entiende la amenaza de privación de bienes contemplada en la ley, la determinación hecha por el juez así como la efectiva ejecución de la sanción penal. Es evidente que las llamadas *teorías de la pena* fueron elaboradas al margen de una concepción de sistema penal integrado en un Estado de Derecho y de una teoría semántica adecuada.

Para salvar esas deficiencias se propusieron soluciones eclécticas que son, hoy en día, las dominantes. Estas teorías mixtas tienen sus antecedentes en el siglo pasado. Para Rossi, por ejemplo, la pena cumple a la vez un fin de justicia moral que remunera el mal con el mal y otro de conservación y protección del orden social, como enseñanza moral dirigida al pueblo acerca del significado de ciertos actos y como aviso a todos los individuos para lograr que se abstengan de perpetrarlos⁷⁴.

En la actualidad la formulación de las teorías mixtas es más elaborada, pero en ellas se siguen combinando la prevención y la retribución. La sanción debe ser suficiente como para prevenir delitos, en relación al hecho cometido; así se concibe a la retribución como el medio necesario para la prevención,

⁷⁴ Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p. 28.

perdiendo su carácter absoluto y sirviendo a la vez de límite a los fines preventivos⁷⁵. Actualmente, se inscriben en esta corriente, con especial énfasis en la esencia retributiva de la pena Maurach, Cerezo Quintano y Rodríguez Mourullo, entre otros.

El acuerdo llega hasta la retribución como parte de la prevención, de ahí en más hay discrepancias en cuanto al alcance de estos conceptos y a la relación entre ellos. Sin embargo, la tendencia en casi todos los autores contemporáneos es enmarcar las finalidades retributiva y preventiva en cada uno de los niveles de actuación estatal, tal como se verá en el apartado siguiente. Y es, precisamente, en el momento de la determinación judicial de la pena en el que prevención y retribución se entrelazan dando origen a distintas corrientes interpretativas.

Roxin es el creador de la *teoría dialéctica de la unión*, quizá una de las más acabadas propuestas sobre el tema. Este autor centra la finalidad preventivo-general en la etapa conminativa, con el objetivo de protección de bienes jurídicos, mientras que en el momento de la aplicación se confirma la prevención general sin que se sobrepase el límite de la culpabilidad, y, en la ejecución prevalece la prevención especial⁷⁶.

Otras posturas

En los últimos años se han elaborado distintas perspectivas sobre la función del derecho penal a partir del cuestionamiento de la culpabilidad y, por ende, de la retribución.

Gimbernat, retoma la discusión entre deterministas e indeterministas y argumenta que el libre albedrío es indemostrable, de ahí que la culpabilidad no pueda fundamentar la imposición de la pena. La necesidad de la pena para proteger bienes jurídicos mediante la motivación a los ciudadanos puede proporcionar fundamento a la sanción sin necesidad de acudir a la retribución de la culpabilidad⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. García Arán, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁶ Roxin, "Sentido y límites...", pp. 20-36.

⁷⁷ Citado por García Arán, *op. cit.*, p. 105.

Luzón Peña retoma lo dicho por Hassemer en relación con las antinomias de los fines de la pena. Hassemer destaca que el sistema penal es disfuncional, la retribución imperante al momento de la determinación de la pena no se corresponde con la finalidad preventivo especial de la ejecución; así, por ejemplo, mientras razones de proporcionalidad pueden obligar al juez a imponer una pena privativa de libertad alta, criterios de prevención especial podrían aconsejar una de corta duración⁷⁸. Luzón Peña rechaza la noción de culpabilidad con los mismos argumentos que lo hace Gimbernat⁷⁹. Para él, las antinomias en las fases de imposición y determinación de la pena y la de ejecución deberán tolerarse, únicamente, cuando haya exigencias de prevención general absolutamente contrapuestas e incompatibles con exigencias de prevención especial. La pena tiene fundamentalmente un fin de prevención general aunque también le reconoce finalidades preventivo especiales. Si hay incompatibilidad entre las exigencias de ambos fines, debe prevalecer la prevención general: porque dejar de lado la prevención especial afecta sólo a al delincuente, en cambio, si se desechan las exigencias de prevención general, se crearán conflictos en relación con muchos potenciales delincuentes⁸⁰.

Mir Puig, por su parte, sostiene que el Estado social y democrático de derecho determina la concepción de la pena como orientada a la prevención general, aunque reconoce también finalidades preventivo especiales⁸¹.

Carlos Nino justifica la pena combinando el principio de protección prudencial de la sociedad con el principio de asunción de la pena. La prudencia en la protección social determina que es condición para justificar la prescripción y aplicación de sanciones penales que ellas constituyan un medio necesario y efectivo de proteger a la sociedad de males mayores a los que ellas implican. A su vez, el principio de asunción de la pena estipula que

⁷⁸ Luzón Peña cita el texto de Hassemer *Medición de la pena, ejecución de la pena y ciencia global del derecho penal*, en su artículo "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina Penal*, año 2, Nos. 5 a 8, Buenos Aires, 1979, pp. 590-593 *passim*.

⁷⁹ Cfr. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 595.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 624.

⁸¹ Cfr. García Arán, *op. cit.*, p. 106.

nadie puede legítimamente ser penado sin que haya consentido en contraer la respectiva responsabilidad penal⁸².

⁸² Carlos Nino, *op. cit.*, pp. 225-350 *passim*.

c) Los distintos niveles del ejercicio del *ius puniendi*

El rápido repaso que se llevó a cabo en la sección anterior sobre las distintas teorías de la pena deja entrever incongruencias entre las teorías y sus críticas.

Las teorías de la pena son enunciadas más como programas de acción estatal que como descripción de la realidad fáctica. Con excepción de las denominadas teorías tecnológicas -prevención general positiva y prevención especial negativa- las demás propuestas no resisten airoosamente la contrastación de sus afirmaciones. Cuando se argumenta en favor o en contra de alguna de ellas se entremezclan prescripciones con aserciones, se confunden modelos de justificación con esquemas de explicación⁸³. Ello está estrechamente relacionado con la supuesta de neutralidad de los estudios dogmáticos⁸⁴; en contra de lo que dicen, los juristas no se limitan a exponer el derecho vigente sino que lo reformulan a partir de sus propias postulaciones valorativas.

Las teorías de la pena son proposiciones de actuación estatal, tratan de incidir en la política criminal estatal. Sin embargo, como ya se dijo, ello no autoriza a descalificar o ignorar la realidad sobre la que se pretende incidir. Es válido proponer finalidades de actuación siempre y cuando sean viables. De lo contrario, representarían una expresión de deseo detrás de la cual cabrían otros fines reales a perseguir.

Una observación que Roxin reitera sobre todas las teorías tradicionales es que no ponen límite a la actuación estatal, no dicen en qué casos ni hasta dónde el Estado está autorizado a intervenir para sancionar. Ello se debe a que, sobre todo en las formulaciones más antiguas, las teorías no se ocupaban de la actuación penal del Estado, sino que se limitaban a la "pena". Paulatinamente los penalistas fueron ampliando su perspectiva de análisis y tomaron como marco de referencia al Estado de Derecho. Es innegable la influencia que las posturas sistémicas han ejercido en este punto. La concepción del derecho penal como un subsistema del sistema jurídico

⁸³ Ferrajoli, "El derecho penal mínimo". En *Poder y Control*, número 0, Barcelona, 1986, pp. 26-28.

⁸⁴ Ver Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, UNAM, 1989, *passim*.

permite deducir reglas de interpretación y aplicación coherentes y mucho más precisas.

Pero, quizá el mayor obstáculo de las construcciones teóricas a las que hemos hecho referencia es que carecen de rigor conceptual. Mientras algunos autores al referirse a la pena aluden a la punibilidad prevista en la norma, otros se remiten a ejecución de ella. No se ha elaborado un concepto de pena, aunque pareciera que hay un acuerdo implícito sobre lo que el vocablo connota, no sucede lo mismo con su denotación.

Roxin mismo incurre en esta falta de rigor cuando critica las limitaciones de las teorías tradicionales. Es evidente que el cuándo y el cuánto no forman parte de la *pena*, sino, en todo caso, tienen que ver con el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Esto queda claro en su propia exposición del problema en donde aborda los distintos niveles de actuación estatal⁸⁵.

Hasta aquí se ha puesto en evidencia que las teorías tradicionales no proporcionan una explicación satisfactoria de la pena y, lo que es peor, se carece del rigor conceptual adecuado para lograr una buena comunicación. Es por ello que intentaré exponer con claridad las bases teóricas que me permitirán avanzar en la investigación.

El marco de referencia es, como ya se dijo, el Estado de derecho y, en particular, el Estado mexicano. Retomado las consideraciones ya expresadas es posible afirmar que la justificación de la actuación penal del Estado está dada por la protección de bienes jurídicos. La pena no se justifica por razones de prevención general o especial, en todo caso ellas puede ser útiles para la consecución de la función penal. Nino prefiere justificar la pena sobre la base de la protección social⁸⁶ lo que hace más difusa la actuación estatal. Es preferible reducir aún más el ámbito penal y apegarlo a la protección de bienes.

⁸⁵ "Sentido y límites...", *passim*.

⁸⁶ *Los límites de...*, pp. 197-268, *passim*.

El Estado ha de actuar dentro de los límites fijados por la legitimidad y por la legalidad con todo lo que éstos abarcan. En este contexto se hace necesario distinguir los diferentes niveles de actuación penal del Estado.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace referencia en el párrafo tercero del artículo 14 a las penas previstas en la ley. A su vez establece en el artículo 21 que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. En el artículo 18 menciona que los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. De esta manera quedan claramente diferenciados el nivel de la norma penal, el de la sentencia y el de la ejecución o, como prefiere Roxin, conminación, imposición y ejecución⁸⁷.

La conminación legislativa

El legislador elabora los tipos penales con las limitaciones ya señaladas, sólo puede incluir aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos más importantes siempre que hayan fracasado las medidas de prevención no penal.

A esa descripción le asocia una amenaza de privación de bienes dirigida a todos los que normativamente tengan la posibilidad de concretizar el contenido del tipo. Islas y Ramírez proponen denominar a la amenaza normativa *punibilidad*:

La "punibilidad" es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste⁸⁸.

La finalidad preventivo general en la etapa conminativa es evidente. El legislador dirige un mensaje a un grupo de personas a las que le comunica que

⁸⁷ "Sentido y límites...", pp. 20-36 *passim*.

⁸⁸ Islas, *op. cit.*, p. 24. En el mismo sentido ver Elpidio Ramírez, *op. cit.*, pp. 30-34.

en caso de que incurran en el supuesto descrito en la ley se les aplicará una sanción.

El nivel legislativo es el que menos polémica ha generado. La norma sirve para prevenir a la sociedad. Estamos en presencia de la versión negativa de la prevención general. Las críticas se han dirigido, en todo caso, a la efectividad de la prevención general normativa.

Aunque pueda cuestionarse el mayor o menor grado de eficacia de la amenaza penal, nadie puede sostener con seriedad que es irrelevante que una conducta esté o no contenida en una ley penal. Habrá algunos sectores de la población que no se dejen intimidar, pero no es la mayoría. De lo contrario sería mucho más frecuente, ya no digamos conductas como el homicidio, pero sí la falsificación de documentos o la ocupación de inmuebles que no están habitados, la venta fraudulenta de bienes... Cuando se presenta el caso de normas penales que son sistemáticamente violadas por la gran mayoría de la población tiene que cuestionarse la legitimidad de las propias normas o, en todo caso, los fundamentos mismos del sistema penal.

La punibilidad debe amenazar con un intervalo de privación de bienes para permitir que el juez determine la pena aplicable al caso concreto.

Para que la amenaza tenga alguna posibilidad de ser efectiva debe ser racional. Debe responder a postulados valorativos aceptados socialmente. De ahí el criterio de proporcionalidad entre el bien jurídico que se quiere proteger y la clase y cantidad de pena a imponer.

Asimismo, el legislador debe tener en cuenta la magnitud del ataque, no es igual una conducta dolosa a una culposa. Se requiere una amenaza mayor para intimidar a todos aquellos que estuvieran resueltos a lesionar un bien jurídico que la que se necesita para disuadir a quienes actúan sin el cuidado posible y adecuado a las circunstancias.

En caso de que no se siguieran estos parámetros y se previeran punibilidades absolutamente desproporcionadas se violarían los principios básicos de un sistema penal democrático y, en consecuencia, los derechos

humanos de los gobernados, pero, además, se restaría efectividad a la amenaza. Una multa de 10 días de salario mínimo no es una amenaza proporcionada para una violación o un homicidio, ni 40 años de cárcel son adecuados para un robo.

El constituyente y los tratados internacionales contienen limitaciones explícitas en relación con el contenido de las punibilidades. El artículo 22 de la Constitución prohíbe las penas de mutilación y de infamia, el tormento y cualquier pena *inusitada y trascendental*. En igual sentido se pronuncian el artículo 5 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y el artículo 7 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*.

Una interpretación rigurosa de estos preceptos impide la previsión de la pena de muerte y de penas restrictivas de la libertad de muy larga duración.

Aunque nuestra Carta Magna prevé la pena de muerte para determinados supuestos -traidor a la patria en guerra extranjera, parricida...- ello se contradice con los principios del Estado de Derecho reconocidos en la propia Constitución.

El Estado debe actuar en beneficio de la sociedad -artículo 39 constitucional-, en consecuencia, las penas deben ocasionar a la sociedad un mal menor al que se pretende evitar. Contra esto puede argumentarse que es menos lesiva la muerte de un individuo que el número mayor de muertes que podría ocasionar el sujeto en caso de seguir vivo. También podría aludirse a los efectos disuasivos de la amenaza de muerte.

Sin embargo, la pena capital atenta contra la dignidad y la integridad del ser humano que son derechos humanos insoslayables. Nada hay más lesivo para una sociedad que el Estado actúe, a semejanza de como podría hacerlo un particular, movido por el deseo de venganza.

La pena de muerte podrá tener efectos disuasorios pero no brinda posibilidades de reinserción social al delincuente. Como ya mencionamos, la actuación estatal no se limita a la conminación e imposición, incluye también a la ejecución de las penas. Veremos en su momento que la etapa ejecutiva

está orientada fundamentalmente a la reinserción del sujeto, lo que no se cumple en el caso de la pena de muerte.

Por último, el que pueda tener efectos intimidatorios no la habilita, por sí solo, para integrar el catálogo de penas aplicables. Con el mismo criterio la amenaza de tortura, de castración, de muerte de los hijos pueden ser muy efectivas para efectos de la intimidación.

Por su parte, la pena privativa de libertad cuya duración sea tan larga que en todos los casos impida la reinserción social del sujeto atenta contra la dignidad humana. En ningún supuesto esta pena debería exceder los 30 años de prisión. El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal atenta contra los derechos humanos y contra las bases del Estado de Derecho al prever penas de prisión de 50 años de duración.

El legislador deberá partir de la realidad social para la elaboración de los tipos y sus respectivas punibilidades. En la medida en que se tomen en consideración las necesidades de la sociedad, se hará posible el logro del objetivo principal, la protección de bienes jurídicos.

La imposición judicial⁸⁹

Una vez que se ha comprobado que un sujeto cometió un delito le corresponde al juez imponer la pena aplicable al caso. Olga Islas, con mayor rigor conceptual, denomina a esta segunda etapa *punición*.

"Punición" es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad⁹⁰.

⁸⁹ En vista de que este es el tema central de la investigación será abordado con detenimiento en los capítulos siguientes, sin embargo, caben en este espacio algunas precisiones.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 25.

La finalidad que orienta la punición, o si se prefiere la determinación de la pena, ha sido objeto de largas controversias.

Aunque la Constitución no se ocupa expresamente de la punición, menciona en el artículo 17 que los tribunales serán expeditos para la impartición de la justicia. Asimismo, el Código Penal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, establece en el artículo 52 que:

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...

Esta nueva disposición significa un cambio importante en relación con la anterior redacción del artículo en el que se hacía referencia a la *mayor o menor temibilidad* del autor del delito.

Aclarado el marco legal aplicable falta aún precisar su sentido y sus alcances. Se entremezclan en este punto los cuestionamientos sobre la culpabilidad y el libre albedrío, la finalidades de prevención general y especial que puedan o no complementar a la culpabilidad. Todo ello se complica con las contradicciones que, como veremos, contiene la propia ley.

Por el momento lo que importa es dejar en claro que la punición es una etapa distinta a la punibilidad, con alcances más restringidos, ya que la sentencia es una norma penal individual. Esto explica que la finalidad propia de esta etapa no coincida exactamente con la de la anterior, sin que ello implique necesariamente disfuncionalidades en el sistema⁹¹.

La ejecución administrativa

El momento ejecutivo difiere claramente de los dos anteriores. Mientras la conminación y la imposición de penas se dan en el mundo conceptual,

⁹¹ Hassemer es quien plantea el problema de las antinomias de los fines de la pena aludiendo a las disfuncionalidades dentro del sistema penal. *Fundamentos* pp. 359-363

forman parte normas generales o individuales, la ejecución es un hecho que acontece en el mundo fáctico. Olga Islas llama a este momento *pena*.

*La "pena" es real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización*⁹².

La definición propuesta coincide con lo que la Constitución indica como finalidad de esta etapa: la readaptación social del delincuente, aceptando explícitamente la prevención especial positiva. En el mismo sentido se pronuncia el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* que en el artículo 10, sección 3, establece: *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...* Las Normas Mínimas dictadas por la ONU y la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social del sentenciado, dictada en México, adhieren ampliamente a esta corriente.

Las teorías de la prevención especial se formularon en consideración con el momento ejecutivo, de ahí su incapacidad para justificar los otros niveles.

Se plantean en la etapa ejecutiva los fines más humanitarios y al mismo tiempo los más cuestionados para el sistema penal. La crítica más reiterada apunta al fracaso que han demostrado en los hechos los intentos de readaptación a través de la pena. Sin embargo, la objeción más seria se centra en el concepto mismo de readaptación, rehabilitación, reintegración, o cualquier otro nombre similar que quiera adoptarse.

Se cuestiona que se suponga al resto de la sociedad como portadora de valores positivos y al criminal como el detentador de valores negativos, equivocados. Asimismo, se asegura que el delincuente no está desintegrado de la sociedad, en todo caso es la pena la que lo aísla y desintegra. Precisamente, resulta inconsecuente que se lo quiera reintegrar aislándolo en una prisión.

⁹² Islas, *op. cit.*, p. 26.

Ante todos estos cuestionamientos, y dada la imposibilidad actual de prescindir del derecho penal para la protección de los bienes, gran parte de la doctrina ha redefinido los alcances de la prevención especial.

Se exige que el concepto de *reinserción social* sea reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado social de derecho, y, en particular, de los principios de igualdad y dignidad del hombre. En este contexto, reinserción no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación⁹³.

Hassemer prefiere hablar de una *terapia social emancipadora* que requiere la libre decisión del individuo para aceptar, continuar y conformar la terapia⁹⁴.

Finalmente, hay quienes, frente a las dificultades teóricas y prácticas del concepto de resocialización, prefirieron reducir su ámbito a evitar la desocialización o a procurar perjudicar con la ejecución de la pena privativa de la libertad lo menos posible al recluso en su futura reinserción social⁹⁵.

Esta última propuesta parece muy pobre como expectativa de actuación estatal. El Estado de derecho debe ofrecer al que cometió un delito la posibilidad de vivir dignamente sin tener que volver a delinquir. Para ello debe ofrecerle capacitación, tratamiento, educación..., pero también debe ocuparse de analizar, en un nivel más general, las causas que favorecen la comisión de delitos e intentar removerlas. Quien que está cumpliendo la pena tiene el derecho de aceptar o no la oferta estatal.

Antes de finalizar este apartado es preciso volver sobre la definición que Olga Islas propone para la pena. En ella se afirma que el límite mínimo de la pena está dado por la *repersonalización del individuo*.

⁹³ Baratta, "Integración-prevención...", p. 547.

⁹⁴ Hassemer, *Fundamentos...* p. 364 y ss.

⁹⁵ Muñoz Conde, citado por Hassemer, *Fundamentos...*, p. 357

Una primera objeción apunta al concepto de *repersonalización*. Si con ello se alude a una transformación en la personalidad del individuo no parece ser el más acertado. Tal como se dijo, la finalidad de la pena es mucho más limitada o mucho más amplia. Con la pena se persigue tan sólo que el sujeto viva en libertad sin cometer delitos.

Pero más aún, aunque esta supuesta repersonalización influye para la obtención de beneficios penales la ley fija límites precisos. Es decir que aunque un sujeto condenado a 40 años de prisión se "repersonalice" a los dos años, ello no le permitiría obtener la libertad.

Esto nos lleva a una nueva reflexión en el sentido de que en la etapa ejecutoria la reinserción social es lo más importante pero no es lo único. El legislador, por razones de prevención general, ha decidido que el sentenciado cumpla en los casos de delitos graves con una porción importante de la pena impuesta. En cambio, en los supuestos de delitos no tan graves -menos de cuatro años de prisión- admite la suspensión de la condena.

De esta manera la ejecución también refuerza la prevención general.

d) Las medidas de seguridad

Un tratamiento aparte merecen las llamadas *medidas de seguridad*. Las teorías de la pena y la discusión actual sobre la finalidad del *ius puniendi* estatal han dejado de lado, salvo contadas excepciones⁹⁶, la problemática de las medidas aplicables a los sujetos inimputables y a algunos imputables que requieren algún tratamiento especial (adictos a drogas enervantes).

La mayoría de la doctrina coincide en que la función de las medidas de seguridad es la *prevención* de delitos frente a un sujeto peligroso⁹⁷.

⁹⁶ Una de ellas es la Santiago Mir Puig, quien aborda esta cuestión en su texto *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 79 a 82.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 79.

El derecho penal contemporáneo puede dividirse en derecho penal de imputables y derecho penal de inimputables⁹⁸. Esta distinción es aplicable en los distintos niveles de actuación estatal.

Las normas penales tienen una estructura hipotética en la que se distingue el presupuesto y la consecuencia jurídica. En las normas penales para imputables el presupuesto es el evento antisocial descrito en el tipo y la consecuencia jurídica es la *punibilidad*. En las normas penales para inimputables el presupuesto es el mismo, pero la consecuencia jurídica es la medida de seguridad⁹⁹.

Tanto unas como otras tienen carácter imperativo, pero mientras las normas para imputables contienen un mandato o una prohibición dirigida al gobernado, las de inimputables contienen un mandato dirigido al juez. En el lenguaje de Kelsen, las normas para imputables corresponden a la *norma primaria* y las normas para inimputables a la *norma secundaria*¹⁰⁰. Esto es así ya que el legislador penal no puede enviar un mensaje a sujetos que no tienen la capacidad de valorar o que, en todo caso, no tienen la capacidad de conducirse conforme a esa valoración. Lo contrario sería tanto como llamar por un altavoz a un sordo.

En el caso de los inimputables el legislador ordena al juez aplicarles una medida de seguridad para evitar que el sujeto vuelva a cometer hechos típicos.

En el ámbito de imposición de sanciones el parámetro principal que debe tener en cuenta el juez para la fijación de la medida será, ya no la culpabilidad, sino la peligrosidad del sujeto.

⁹⁸ Zaffaroni considera que lo correcto sería que las medidas para los inimputables no dependieran de la potestad punitiva, sin embargo, reconoce que para ello se requeriría una legislación psiquiátrica ordenada y con garantías judicialmente controladas. Al respecto, ver el texto de este autor "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina", en *Revista mexicana de justicia* 86, N° 2, vol. IV, México, abril-junio 1986, pp. 68 y ss.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 29-60, *passim*.

¹⁰⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho...* En el ámbito penal el tema de las normas fue abordado detenidamente por Binding y por Mayer. Al respecto ver el texto de Mir Puig ya citado, pp. 32 a 34.

En el nivel ejecutivo la medida de seguridad representa una privación de bienes al autor del hecho típico injustificado y peligroso, cuya duración depende de la disminución de la peligrosidad del sujeto.

En la duración de la medida interviene, también, el criterio de proporcionalidad, que se funda en principios retributivos. El artículo 69 del Código Penal para el Distrito Federal establece que:

En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito...

La medida se extingue al cumplirse el término señalado aunque subsista la peligrosidad del sujeto, en este último caso se lo remitirá a la autoridad sanitaria.

La finalidad del derecho penal de inimputables es, como se mencionó, la prevención especial.

Elpidio Ramírez, en cambio, sostiene que la finalidad de la medida de seguridad, en la etapa judicial y en la ejecutiva, se limita a la protección de bienes jurídicos. Seguramente este autor está considerando que parte de los inimputables no son susceptibles de ser sometidos a un tratamiento que disminuya su peligrosidad¹⁰¹. Sin embargo, ello no impide que el Estado, dentro de los límites que marcan la dignidad y la integridad del ser humano, intente influir en el sujeto inimputable para que éste no vuelva a lesionar bienes jurídicos.

¹⁰¹ Elpidio Ramírez, *op. cit.*, p. 35. En este trabajo consideramos que la protección de bienes jurídicos es la función primordial del derecho penal, lo que no impide que en cada uno de los niveles de actuación estatal se persigan finalidades específicas.

3. Los distintos niveles de la determinación de la pena

En los apartados anteriores se demostró la conveniencia de distinguir los distintos niveles de actuación penal del Estado para abordar la problemática de los fines de la pena. Esta misma metodología es necesaria para analizar los distintos ámbitos de la determinación.

Es cierto que por *determinación de la pena* la mayoría de la doctrina entiende a la individualización judicial, pero, sin embargo, también en el ámbito legislativo se lleva a cabo una tarea similar. En la etapa ejecutiva, dependiendo del sistema adoptado, habrá lugar o no para la determinación de la pena.

a) La determinación legislativa

La adopción del principio de legalidad penal como una de las bases de los sistemas penales contemporáneos obliga al legislador a precisar, cuando menos, el máximo de pena aplicable a cada delito.

Beccaria expresó al respecto que:

*...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social*¹⁰².

Sin embargo, algunas corrientes del pensamiento penal de principio de este siglo propusieron, en aras de la prevención especial, la libertad del juez para fijar las sanciones de acuerdo a cada caso concreto, lo que se traducía, necesariamente, en la indeterminación legislativa de la pena.

Para el *correccionalismo* las penas estaban orientadas a la enmienda moral del condenado, para la cual consideraba necesario que el juez pudiera establecer con toda libertad el tiempo y la clase de pena, de acuerdo con la individualidad del caso y del criminal¹⁰³. Tanto Dorado Montero como

¹⁰² Beccaria, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰³ Mercedes Arán, *op. cit.*, p. 68.

Jiménez de Asúa en sus primeros años de producción científica se oponen al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porque pensaban que imposibilita la individualización correcta de la pena ¹⁰⁴.

El *positivismo* italiano también puso el énfasis en la prevención especial. Para Ferri la medida de la pena debe adecuarse al grado de peligrosidad del sujeto, evaluado sobre sus características personales y la categoría antropológica a la que pertenece. La segregación del sujeto peligroso, en aras de la defensa social, *no puede tener un término fijo de antemano sino que debe durar todo el tiempo que sea necesario para que el individuo se adapte a la vida libre; y cuando se trate de un sujeto incorregible, debe ser por tiempo absolutamente indeterminado*¹⁰⁵.

Pero la indeterminación legislativa no fue acogida en ningún ordenamiento penal perteneciente al sistema continental europeo.

El sistema anglosajón, por su parte, sin llegar a la indeterminación absoluta, contiene márgenes legales muy amplios estableciendo, por ejemplo, que en un determinado caso no se puede imponer una pena de prisión superior a los 20 años, lo que permite al juez un amplio margen de movilidad para individualizar la pena¹⁰⁶.

Ahora bien, en un sistema penal enmarcado en un Estado de Derecho, la determinación legislativa no puede ser absoluta. En el nivel normativo debe preverse un intervalo de pena que permita al juez adecuar la sanción al caso concreto. De lo contrario, el legislador estaría arrogándose una tarea que es propia de la función jurisdiccional, la de valorar el caso particular y decidir la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito.

Si le ley previera una pena determinada estaría impidiendo al juez cumplir con la obligación de juzgar cada caso y de emitir una decisión justa. El principio de igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 69. Posteriormente Jiménez de Asúa cambia de parecer y sostiene la necesidad de defender, por encima de todo, el principio de legalidad.

¹⁰⁵ Ferri, E., *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933, p. 574.

¹⁰⁶ Norval Morris, *op. cit.*, p.730.

desiguales; ello impide imponer igual sanción, aunque se trate del mismo delito, si las circunstancias del hecho y la situación personal de los sujetos son distintas.

El derecho penal mexicano respeta este principio, que está consagrado en el artículo 1 constitucional, ya que las punibilidades establecidas consisten en un intervalo que va de un mínimo a un máximo de pena aplicable.

Sin embargo, las virtudes de este sistema se pierden si los intervalos previstos en la ley son excesivamente amplios; ello se traduce en una suerte de indeterminación legal, que propicia que por un mismo delito se impongan penas cuyas duraciones sean, comparativamente, muy distintas. El legislador debe fijar un intervalo de pena que sea suficiente para la prevención general y que sea proporcional a los valores protegidos en la norma. En este sentido Silva Sánchez habla del principio de *taxatividad* para indicar que *el abanico de sanciones aplicables a una infracción no debería ser tan amplio que no diera a los tribunales indicaciones sobre su gravedad relativa*¹⁰⁷.

La desmesurada amplitud es, según Silva Sánchez, una de las características de los marcos penales del Código Penal del Distrito Federal¹⁰⁸. Ejemplo de ello es el caso del robo contemplado en el artículo 381 bis del Código Penal que, en uno de los supuestos, puede ir desde 4 años 3 días hasta 20 años de prisión. Esta indeterminación disimulada se explica, según el mismo autor, por la influencia que ejerció el positivismo criminológico en nuestro sistema penal.

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de precisar aquello que el legislador debe tener en cuenta para fijar la punibilidad.

Bentham consideraba que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena; si no fuera así, efectivamente, la pena sería más bien

¹⁰⁷ Jesús-María Silva Sánchez, *Novedades en relación con la determinación de la pena: "La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros relativa a la coherencia en el pronunciamiento de penas"*. Conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en junio de 1994, mimeo.

¹⁰⁸ *Loc. cit.*

una *tasa*, y no cumpliría ninguna función disuasoria¹⁰⁹. Este criterio, que serviría para establecer el mínimo de pena aplicable, vale, según Ferrajoli, para las penas pecuniarias *por la relativa facilidad de valorar su coste y por consiguiente, la eventual insuficiencia en relación con el provecho obtenido con el delito...*¹¹⁰. Pero más difícil sería medir el costo de las penas privativas de la libertad ya que una pena leve podría, aunque sólo sea por su carácter deshonesto, procurar una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves¹¹¹. Esto que se demuestra que el criterio de Bentham no es suficiente para determinar la punibilidad.

Ferrajoli, en el marco de su teoría garantista, propone que la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas¹¹². Pero tampoco este es un criterio confiable, es muy difícil establecer un parámetro *standar* de reacción por parte de las víctimas, lo que lo convierte en demasiado vago.

Es conveniente entonces recurrir a criterios objetivos que permitan establecer punibilidades lo suficientemente disuasivas.

En primer lugar debe tener en cuenta la finalidad del derecho penal y, en particular, la de la norma penal. Por ello, el valor del bien jurídico que se quiere proteger es el elemento clave para fijar la punibilidad.

El valor del bien debe entenderse en el sentido de su utilidad social. El ordenamiento jurídico, si es legítimo, reconoce los valores sociales más importantes, los jerarquiza e intenta protegerlos. La jerarquía de los bienes no coincide necesariamente con su valoración económica¹¹³.

¹⁰⁹ Bentham, J., *Teoría de las penas*, citado por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón*, pp. 399-400.

¹¹⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 400.

¹¹¹ *Loc. cit.*

¹¹² *Ibidem*, p. 401.

¹¹³ El caso de las punibilidades acordes al monto de lo robado o de lo defraudado, como se establecen en el Código Penal para el Distrito Federal, se explican debido a que se trata de bienes patrimoniales. Sin embargo, la mayoría de los códigos penales prefiere adoptar una punibilidad única para el robo, con independencia del monto. De esta manera se protege por igual todo bien de carácter patrimonial.

El intervalo de privación de bienes con que se amenaza a todos los sujetos que estén en condiciones de concretizar el contenido del tipo penal debe ser proporcional al bien o bienes jurídicos que se quiere proteger.

Pero al mismo tiempo deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos del tipo: el dolo y la culpa. Una vez fijada la punibilidad correspondiente al respectivo bien jurídico para la conducta dolosa, debe preverse la de la conducta culposa, en caso que sea considerada digna de atención penal. Los sistemas penales contemporáneos, entre ellos el mexicano, en concordancia con el principio de fragmentariedad y de mínima intervención, siguen el sistema de *numerus clausus* para los tipos culposos: sólo se incluyen como tales aquellos que el legislador especifica.

Otros contenidos del tipo, como son las modalidades (medios, referencia temporal, referencia espacial y referencia de ocasión) o las calidades del sujeto activo o del pasivo, también pueden considerarse en la punibilidad. Sin embargo, no todos los tipos incluyen estos elementos; el legislador sólo los tiene en cuenta en aquellos casos en que, por los datos empíricos o por tratarse de situaciones detectables apriorísticamente, los considera relevantes para todo el universo de los eventos antisociales comprendidos en el tipo penal.

Si ello no es así, si el legislador no prevé esta o aquella modalidad en la descripción típica, entonces el juez podrá tenerla en cuenta, si la considera relevante, en el momento de la punición. Lo que no es válido es que un mismo elemento -el bien jurídico o la referencia espacial- sea valorado por el legislador para establecer la punibilidad y por el juez para fijar la punición¹¹⁴. Ello afectaría la articulación de los distintos niveles del sistema penal y distorsionaría la individualización judicial.

¹¹⁴ Al respecto existe tesis jurisprudencial: *El juzgador natural recalifica la conducta del reo si se toma en cuenta las calificativas concurrentes en la comisión del delito, cuando éstas por sí mismas ya implican una pena mayor al considerarse tipo agravado el ilícito; de suerte tal que invocarlas también como dato revelador de peligrosidad superior en el sentenciado, devienen en un doble reproche de un solo comportamiento penal, y por ende, es violación de garantías constitucionales.* (Instancia: Primera Sala, Fuente: Informe 1984, Epoca: 8A, Número: 38, Página 30). Actualmente, existe jurisprudencia vigente sobre la recalificación, ver capítulo IV.

La inclusión de alguno de los elementos mencionados da lugar, en ocasiones, a la creación de tipos complementarios, que podrán ser agravados o atenuados.

La punibilidad de los tipos agravados varía según se afecten más de un bien jurídico -homicidio con ventaja: la vida y el derecho de defensa- o exista mayor riesgo para el bien, ya sea por la situación en que éste se encuentra -robo en ocasión de catástrofe o desorden público- o porque la calidad del sujeto activo facilite el ataque al bien -violación cometida por quien desempeña un cargo o empleo público o ejerce su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionan-.

La punibilidad de los tipos atenuados obedece a situaciones que significan una desvalorización del bien jurídico protegido -consentimiento del pasivo en la riña o en el duelo- o a una lesión menor del bien -robo *de uso*-.

La ausencia de lesión del bien jurídico es lo que da lugar a una punibilidad menor para el tipo de tentativa¹¹⁵.

El legislador mexicano, además, fija punibilidades específicas para los casos de concurso de delitos, de delito continuado, de error vencible, de imputabilidad disminuida, de exceso en las justificantes, y del grado de participación del sujeto en la ejecución del delito.

La menor punibilidad para el error que elimina el dolo vencible -*error de tipo*- obedece a que se trata una conducta culposa y no dolosa.

La complicidad también da lugar a una punibilidad más baja que la autoría o la instigación. En este caso la gravedad del ilícito se considera menor, es menos lesiva la conducta de quien ayuda a cometer un delito que la

¹¹⁵ La doctrina discute si la tentativa constituye un delito incompleto o es, desde el nivel normativo, un tipo independiente. Un defensor de la primera postura está Zaffaroni y de la senda son Olga Islas y Elpidio Ramírez. Cfr. Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1986, p.640 y Olga Islas y Elpidio Ramírez, "La tentativa en el derecho penal mexicano", separata de la *Revista mexicana de ciencias penales*, año III, no. 3, México, julio 1979-junio 1980, p. 201 a 212 *passim*.

de aquél que directamente lo realiza¹¹⁶. Esta afirmación no fue siempre compartida por el legislador; hasta 1994 el Código Penal para el Distrito Federal preveía igual punibilidad para el autor que para el cómplice. Actualmente, el artículo 64 bis establece que al cómplice le corresponden hasta las tres cuartas partes de la pena correspondiente al delito cometido.

La mayor punibilidad para los supuestos de concurso de delitos y de delito continuado se justifica porque se cometen más de un delito, por lo que se lesiona o se pone en peligro más de un bien jurídico.

Es interesante destacar que los supuestos de imputabilidad disminuida, exceso en las justificantes y error de prohibición vencible son tenidos en cuenta por el legislador del Distrito Federal para disminuir la punibilidad, a pesar de que según gran parte de la doctrina -que parece ser la inspiradora de las recientes reformas al código- son cuestiones relativas a la culpabilidad, y ésta se prevé como parámetro a ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia.

El exceso en las justificantes comprende los casos en que el sujeto emplea una defensa desproporcionada al ataque, o causa un daño mayor al necesario para salvar a un bien o no exista necesidad racional del medio empleado para el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho... En todos los casos es claro que el sujeto no debe saber que se está excediendo, de lo contrario saldría del campo de las justificantes. El sujeto actúa creyendo que su conducta está justificada cuando no lo está. Se trata de un error de prohibición indirecto que afecta al conocimiento de la antijuridicidad, el cual, según gran parte de la doctrina, es uno de los elementos del juicio de reproche de la culpabilidad¹¹⁷. Si el error es invencible no hay delito, si es vencible, disminuye el grado del reproche. Sin embargo, el código del Distrito Federal, prevé que, en todos los casos, el exceso se castigue como delito culposo; lo

¹¹⁶ Hay quienes piensan que la complicidad constituye un tipo autónomo respecto del que se ayudó a concretizar; en este sentido, ver Elpidio Ramírez, "Autoría y participación", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, no. 2, vol. III, México, abril-junio de 1985, pp. 245 a 251 y Olga Islas, *op. cit.*, pp. 33 a 36.

¹¹⁷ Por ejemplo, ver Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 559 a 653 y Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: Una introducción a la doctrina finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 85 a 131.

que se justifica en la orientación original del código que incluía al conocimiento de la antijuridicidad dentro del dolo.

El error de prohibición vencible, como se acaba de explicar, se relaciona con uno de los elementos de la culpabilidad. El legislador prefirió fijar una punibilidad más baja para estos casos, seguramente para equiparar la situación con el error que elimina el dolo: en el *error de tipo* vencible la conducta es culposa, con una punibilidad menor; por su parte, en el error de prohibición vencible la conducta sigue siendo dolosa, por lo que la punibilidad no variaría. Por ello, el legislador prefirió tomar en cuenta el grado de reproche en la norma y fijar una punibilidad menor.

La imputabilidad es otro de los elementos sobre el que recae el juicio de reproche¹¹⁸. Aunque hay autores que no coinciden con esta afirmación, hay acuerdo de que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad¹¹⁹. El Código Penal del Distrito Federal prevé una disminución de la pena para los casos de *imputabilidad disminuida* que se presentan cuando la *...capacidad de comprender el carácter ilícito (del hecho típico) o de conducirse de acuerdo con esa comprensión ...se encuentre considerablemente disminuida*. La punibilidad prevista es de las dos terceras partes de la pena que corresponda al delito cometido, o la medida de seguridad aplicable a los inimputables o, en caso de ser necesario, ambas, según el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

De esta manera es necesario aclarar que, aunque la punibilidad se gradúa teniendo en cuenta principalmente el valor del bien jurídico protegido y la magnitud del ataque -dolo o culpa-, el legislador también tiene en cuenta situaciones que, consideradas en abstracto, afectan de tal manera al injusto o a la culpabilidad que hacen necesaria una punibilidad especial.

Cuando el legislador prevé una punibilidad específica para una situación que disminuye la culpabilidad, como por ejemplo el error de prohibición vencible, no lo hace teniendo en cuenta los elementos del tipo (como en la tentativa o cuando se presentan determinadas modalidades), sino

¹¹⁸ Jescheck, *op. cit.*, p. 595.

¹¹⁹ Islas, Olga, *op. cit.*, p. 37.

porque necesariamente en todos los casos en que ella se presente la culpabilidad será menor y no parece *justo* que a quien actúa en esas circunstancias se le aplique la punibilidad prevista para el tipo en cuestión. El legislador entonces decide no arriesgarse a dejarle al juez esa valoración, sino que le impone el intervalo menor.

Esto nos lleva al tema de la finalidad. Como ya se dijo, en la etapa legislativa es la prevención general (negativa) el objetivo perseguido; el legislador al crear los tipos penales y asociar a su ejecución una sanción pretende intimidar a los potenciales delincuentes para que se abstengan de cometer el ilícito. Esta finalidad, sin duda, influye en el *quantum* de la punibilidad.

En principio, una punibilidad proporcional al valor del bien y a la magnitud del ataque debe ser suficiente para efectos de la prevención general, sin embargo, aparte de las excepciones mencionadas, hay ocasiones en que el legislador ante el incremento o la frecuencia con que se cometen algunos delitos establece punibilidades desproporcionadas, es el caso del robo de vehículo en la vía pública, contemplado en el artículo 381 bis del C.P., para el que se prevé una pena de prisión que puede alcanzar los 20 años.

Los casos en que el legislador establece una punibilidad excesiva para efectos preventivo generales son aquellos en los que no se ha cumplido con el mandato del principio de subsidiariedad, o sea que no se han tomado las medidas preventivas adecuadas, las que consisten tanto en contar con cuerpos policíacos debidamente capacitados como con una política económica que facilite el acceso al trabajo y a la seguridad social para la mayoría de la población. Es inadmisibles que para intimidar se prevean sanciones por encima del valor del bien, además de que, por existir problemas previos no resueltos, éstas siempre son ineficaces.

Tampoco es recomendable que sólo por tratarse de un delito poco frecuente se previera una punibilidad por debajo del valor del bien, ello significaría desprotegerlo.

Además de la prevención general, consideraciones preventivo especiales -y en algún caso la retributiva (culpabilidad)- son tenidas en cuenta por el legislador, en forma indirecta, para delimitar adecuadamente las respectivas punibilidades.

Al determinar la duración de las penas no se puede olvidar el efecto de ella sobre la persona del delincuente, esto ha hecho que en los últimos años se tienda a evitar penas que impidan la reinserción social de aquel¹²⁰. Es evidente que el legislador debe tener esta situación presente al momento de fijar los distintos rangos de punibilidad.

Asimismo, está claro que en el supuestos del error de prohibición vencible la menor punibilidad obedece a razones de justicia, o sea que impera la finalidad retributiva.

En el caso de las medidas de seguridad el principio, que se deriva de su propia naturaleza, es que el legislador no les ponga límites y solamente mencione las distintas clases de medida aplicable. Sin embargo, en razón de que así pueden darse supuestos de medidas absolutamente desproporcionadas al valor del bien afectado, en el Código Penal para el Distrito Federal se ha puesto un límite consistente en el máximo de pena previsto para el delito cometido. Con ello se aparta de la finalidad preventivo especial que impera en el derecho penal de medidas y se da cabida a fines retributivos.

Cabe, por último, preguntarse ya no por la medida de la punibilidad ,sino por el tipo de pena prevista. Los diferentes ordenamientos penales occidentales prevén como pena por excelencia la privación de libertad. En algunos casos, sobre todo cuando el bien afectado es de tipo patrimonial, se prevé la sanción pecuniaria. Otras sanciones posibles, como el decomiso de instrumentos y objetos del delito o la suspensión o privación de derechos, son penas accesorias o alternativas.

El Código del Distrito Federal ha incorporado en los últimos años el trabajo en favor de la comunidad (artículo 340) o el tratamiento en libertad o

¹²⁰ Este principio se desprende de la Recomendación nº R (92) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de octubre de 1992. Al respecto ver Silva Sánchez, *op. cit.*

semilibertad (artículo 261) como penas principales en muy contadas excepciones. Esto permite afirmar que la determinación del tipo de sanción aplicable no ha sido una cuestión que ha preocupado mayormente al legislador, en todo caso la regla es la prisión y por la clase de bien protegido, o por la menor gravedad del ilícito (340) o por consideraciones de prevención especial (261) se prevén excepcionalmente otras sanciones.

El valor y la clase del bien jurídico protegido en el tipo debe tener relación con el valor y la clase de bienes de los que pueda ser privado el sujeto en caso de la comisión del delito.

b) La determinación judicial

Este tema, como ya se dijo, será abordado en detalle en los capítulos siguientes. Sin embargo, cabe en este apartado analizar algunas cuestiones generales que permitan, posteriormente, una mayor profundización.

Mencionamos que en la mayoría de los ordenamientos penales contemporáneos la facultad del juez para determinar la pena aplicable al caso concreto está limitada por la punibilidad prevista en la norma. Dentro de esta regla general, lo que varía en cada sistema es la amplitud del campo de movilidad del juez para fijar la sanción.

El sistema anglosajón es el que otorga al juez facultades más amplias para la individualización, sin embargo, en los últimos años, al menos en los Estados Unidos, ha habido una clara tendencia a reducirlas. Esto es resultado de algunas reformas legislativas y, fundamentalmente, de la actuación de la *Unites States Sentencing Comission*, a nivel federal, y de comisiones similares a ella, a nivel estatal¹²¹. Esta comisión publica guías (*guidelines*) que orientan a los jueces sobre la sentencia aplicable según las posibles particularidades de cada delito¹²². Estos lineamientos no son obligatorios, pero

¹²¹ Cfr. Morris, Norval, *op. cit.*, pp. 738 a 741. California y Main son estados en los que la reforma se basó en cambios legislativos, mientras que Minnesota y Pennsylvania, siguiendo el modelo de la justicia federal, establecieron *Sentencing Commissions*.

¹²² El sistema es sumamente complicado, así, por ejemplo, en el caso de delitos contra la seguridad pública el nivel básico es el 6, pero si se usaron explosivos la pena puede incrementarse hasta 6 niveles más. United

si el juez se aparta de ellos debe justificarlo y, en su caso, sus argumentos pueden ser revisados en la apelación¹²³. De esta manera se ha tratado de impedir la enorme desigualdad que, por casos similares, se presentaba en las sentencias.

En los ordenamientos que se inscriben en el modelo continental europeo es posible distinguir entre los que prevén un listado de circunstancias atenuantes y agravantes y los que simplemente mencionan las situaciones que debe considerar el juez, pero sin darles un carácter determinado.

Un ejemplo de los primeros es el derecho penal español, en donde se prevén circunstancias atenuantes y agravantes y la incidencia que ellas tienen al momento de la individualización. El marco penal se divide en grados, según la gravedad del hecho¹²⁴.

El otro sistema es el seguido por el derecho alemán y el mexicano, en los que se establecen criterios generales de medición de pena, entre ellos la culpabilidad, que es el fundamento de dicha medición. En el Código Penal del Distrito Federal, las reglas de la punición están contenidas, principalmente en los artículos 51 y 52, los que en su momento serán debidamente analizados.

Una primera consideración general sobre el tema es la relativa a la prohibición de la doble valoración.

*El "esquema valorativo anticipado" que ...proporciona el legislador, tiene como consecuencia relevante para esa coordinación de funciones entre el legislador y el juez, la prohibición de doble estimación de los elementos típicos a través de la cual, la ley detrae de la competencia del juez la posibilidad de estimar las circunstancias del hecho que ella ya ha tenido en cuenta*¹²⁵.

States Sentencing Commissions, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1988, p.115.

¹²³ Morris, *op. cit.*, p. 741.

¹²⁴ García Arán, *op. cit.*, p. 94. Este sistema se mantiene en el nuevo Código Penal, que entra en vigencia en 1996.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 90.

En el derecho mexicano existen tesis jurisprudenciales que sostienen esta prohibición¹²⁶, pero, a pesar de ello, en muchas ocasiones los jueces al momento de la individualización de la sanción tienen en cuenta, por ejemplo, que se trata de una conducta dolosa, lo que ya fue considerado por el legislador al establecer la punibilidad. Ello sólo sería válido si el juez hiciera referencia a la clase de dolo en particular -directo o eventual- pero no como referencia genérica. Pero este punto se abordará al analizar las sentencias de primera instancia del Fuero Común del Distrito Federal (capítulo IV).

En la punición sólo deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares del delito que no hayan sido valoradas, de manera abstracta, por el legislador.

En la legislación mexicana el juez debe, en principio, fijar el *quantum* de pena aplicable. En aquellos casos, los menos, en que se prevé pena alternativa, deberá, previamente, escoger la clase de pena a imponer.

Una vez establecida la cantidad de pena, el juez, si el monto lo permite, deberá valorar la imposición de sustitutivos penales o de condena condicional. De acuerdo a lo establecido en el artículo 70, los sustitutivos son aplicables en penas de hasta 4 años de prisión y, conforme al artículo 90, la condena condicional podrá imponerse en casos de penas que no excedan de 4 años¹²⁷.

La finalidad que orienta la etapa judicial de la determinación de la pena ha sido objeto de controversias. Mientras que gran parte de la doctrina coincide que en la etapa legislativa se persigue la prevención general y en la ejecutiva, la prevención especial, en relación con el nivel judicial hay muchas más disidencias. Es aquí donde se presentan mayores dificultades para articular los tres niveles del sistema y evitar las *disfuncionalidades* a que alude Hassemer. Todo ello se tratará en el siguiente capítulo.

¹²⁶ Ver nota 113.

¹²⁷ En comparación con otros ordenamientos el límite de pena sustituible o pendiente de ejecución es muy alto, pero también debe tenerse en cuenta que son elevadas las punibilidades contenidas en el código.

En relación con la imposición de medidas de seguridad el juez deberá decidir, teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, el tipo de medida imponible; si deberá ser con internamiento o en libertad. La peligrosidad del sujeto inimputable deberá inferirla de los dictámenes periciales y de las características del evento antisocial cometido.

c) La determinación ejecutiva

De acuerdo con los postulados del principio de legalidad al sujeto no puede imponérsele más pena que la que el juez haya fijado dentro de los límites legales. Pero las corrientes correccionalistas y positivistas promovieron que la sanción se determinara definitivamente al momento de la ejecución, de acuerdo a la mayor o menor readaptación del sujeto.

En Estados Unidos, que fue uno de los países donde tuvo mayor arraigo la ideología correccionalista¹²⁸, el tiempo mínimo de ejecución de la pena privativa de libertad depende de la decisión del *Board of Prison Terms and Paroles*, el que valora si el sujeto se ha *rehabilitado*, y, en su caso, ordena la liberación¹²⁹.

En los países de derecho escrito el principio es que el sujeto debe cumplir la pena impuesta por el juez, sin embargo, las influencias de las corrientes preventivo especiales han permitido la entrada del criterio rehabilitador para decidir la liberación del sujeto.

En México, el Código Penal de 1931 preveía la *retención*, según la cual el sujeto que habiendo cumplido la condena fijada por el juez no estaba rehabilitado a criterio de la autoridad encargada de la ejecución, podía ser retenido por más tiempo en la prisión. Esta figura, que era violatoria de la

¹²⁸ Cfr. Sandoval Huertas, Emilio, *Penología; Parte general*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, p. 85 y ss.

¹²⁹ Meyerson, Jack, "The Board of Prison Terms and Paroles and Indeterminate Sentencing: a Critique", en *Washington Law Review*, vol. 51:607, 1976, p. 617 y ss. Este autor critica el modelo porque, según él, permite que queden en libertad personas que no están rehabilitadas, sino que solamente fingen para poder salir.

división de poderes consagrada en la Constitución, ya que el Poder Ejecutivo se arrogaba la función de imponer penas, fue derogada en 1984.

En cambio, de conformidad con las normas internacionales, lo que persiste es la posibilidad del ejecutivo de liberar a una persona antes de cumplir el término de la punición, siempre que satisfaga determinados requisitos. La *Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*, que sigue los lineamientos de las normas dictadas por la ONU, establece la remisión parcial de la pena: por cada dos días de trabajo se hace la remisión de uno de prisión¹³⁰.

A su vez, el Código Penal del Distrito Federal regula la figura de la *libertad preparatoria* (artículo 84), que se concede al condenado que haya cumplido tres quintas partes de su condena -si el delito fue doloso- o la mitad de ella -si fue culposo-; haya observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia; esté, de acuerdo con los resultados del examen de personalidad, socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir y haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado.

La autoridad ejecutiva es la encargada, en México, de la ejecución de las sanciones y, por ende, de decidir sobre la concesión de estos beneficios¹³¹.

La liberación anticipada de un condenado en virtud de su *rehabilitación* nos lleva al tema de la finalidad preventivo especial que impera en esta etapa. Pero, como ya mencionamos, se cuelan razones de prevención general que limitan a la anterior. El sujeto no es puesto en libertad en el momento en que se lo considera rehabilitado, sino que debe cumplir un mínimo establecido de la pena impuesta.

Lo anterior se confirma con la prohibición, contenida en el artículo 85, de conceder la libertad preparatoria por delitos graves como narcotráfico, violación, robo con violencia, en casa habitación... Aunque podría

¹³⁰ Ferrajoli se opone rotundamente al *acortamiento de la pena en sede de ejecución*. Según este autor un programa de minimización del derecho penal exige la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y jurisdiccional. *Derecho...*, pp. 408-409.

¹³¹ En otros países, como en España, existen jueces que controlan la ejecución. Hay quienes han propuesto un sistema similar para México, pero todavía no ha prosperado.

argumentarse que en estos casos es muy difícil rehabilitar a los delincuentes, lo cierto es que ello no es imposible, por lo que no puede ser razón de la prohibición generalizada de conceder este beneficio.

Esta intromisión de consideraciones de prevención general en la etapa ejecutiva no es privativa de México, en España, el código penal de reciente aprobación (1995) aumentó los requisitos para la concesión de beneficios de liberación anticipada, atendiendo al reclamo social de mayor rigor en el sistema punitivo¹³².

En el ámbito de la ejecución, al igual que en los dos anteriores, no se puede hablar de una finalidad excluyente, sino de una prevaleciente. La ejecución de las sanciones penales tiene como fin la reinserción social del delincuente, pero este fin está limitado por razones de prevención general, positiva y negativa, que obligan a que el sujeto cumpla un tiempo preestablecido de pena. De esta manera el resto de la sociedad se intimidará ante la posibilidad de sufrir una pena y, además, al ver que los delincuentes son efectivamente castigados se reforzará su credibilidad en el sistema.

La duración de las medidas de seguridad no tiene un mínimo preestablecido, ellas deben extinguirse en el momento en que el sujeto deje de necesitar tratamiento. En caso de que se cumpla el tiempo máximo de pena previsto para el delito cometido, ya dijimos que se imponen criterios de *justicia*, por lo que debe cesar la medida impuesta. Pero, según el artículo 67 del Código Penal del Distrito Federal, si la autoridad ejecutora considera que el sujeto sigue necesitando tratamiento, debe ponerlo a disposición de las autoridades de salud.

¹³² García Arán, Mercedes, "El cumplimiento íntegro de las penas y la reforma penal", en *El País*, Madrid, 30 de noviembre de 1995.

CAPITULO II

LA PUNICION: DISTINTOS CRITERIOS PARA SU DETERMINACION

1. Culpabilidad y punición

a) La culpabilidad en derecho penal

El principio *no hay pena sin culpabilidad -nulla actio sine culpa-* es, al igual que otras garantías, una conquista del derecho penal moderno, que fue ignorado por la mayoría de los ordenamientos primitivos. El principio de culpabilidad, complemento inseparable del de legalidad, fue aceptado definitivamente en el marco del pensamiento liberal del siglo XIX. Su incorporación a los sistemas jurídico penales significó la *subjetivización de la responsabilidad penal centrada en la exclusión de la responsabilidad objetiva*¹³³. En la fase arcaica del derecho penal, cuando la pena era considerada como venganza de sangre encomendada como derecho-deber al ofendido y a su familia, los parientes del ofensor eran solidariamente responsables por la falta cometida, porque se atendía al elemento objetivo de la lesión y no a la imputación directa a su autor ni, mucho menos, a sus intenciones. Tanto en el derecho griego como en el hebreo se extendía la responsabilidad a los parientes y no se distinguía entre delitos intencionales y accidentales. También en el antiguo derecho germánico la venganza recaía en el ofensor y su grupo familiar. En ocasiones, tanto en la antigüedad como en el medioevo, se llegó a responsabilizar a animales u objetos inanimados¹³⁴. Es decir que no se tenía en cuenta ni la imputación objetiva -relación causal- ni la subjetiva -intención-.

¹³³ M. Pérez Manzano, *op. cit.*, p.56.

¹³⁴ Ferrajoli, *Derecho...*, pp.487-488. El autor cita, en la nota 197, como ejemplo de la atribución de responsabilidad penal a sujetos no humanos pasajes del *Exodo* (21,28-30) y del *Levítico* (20,15-16) y un pasaje de *Las leyes* de Platón, que, a su vez, fueron mencionados por diversos autores como Carrara, Kelsen, Manzini, etcétera.

El desarrollo histórico del principio de culpabilidad no fue lineal, el derecho romano lo consagró por una ley de Numa Pompilio pero fue dejado de lado con la caída del Imperio para, posteriormente, ser retomado en el derecho italiano de la Baja Edad Media. Dentro del pensamiento del Derecho Natural, Samuel Pufendorf (1634-1696) aportó, con el concepto de imputación *-imputatio-*, las bases para su desarrollo: la imputabilidad implicó que la acción libre se reputara perteneciente al autor y, por lo tanto, base de su responsabilidad. Siglos después, Hegel consideró al delito como una separación *-elegida libremente por la voluntad particular-* respecto de la voluntad general, puesta de manifiesto en la norma legal y consideró, en consecuencia, que todo el sistema del derecho penal tenía su base en la imputación subjetiva. Karl Binding, por su parte, trasladó estos conceptos a la dogmática jurídico-penal: definió al delito como la acción culpable¹³⁵. En resumen, el principio de culpabilidad fue *traspasado de la tradición romana a la cristiana, fue teorizado por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos*¹³⁶. Pero esta incorporación no fue del todo pacífica y aún hoy se sigue discutiendo sobre el contenido y los alcances de la culpabilidad penal, aunque es indudable que ella constituye un pilar fundamental de los sistemas penales occidentales.

La subjetivización de la responsabilidad penal aceptada en el siglo XIX implicó: que la pena sólo puede imponerse a personas físicas (excluyéndose animales, objetos inanimados, y, aunque media alguna discusión al respecto, personas morales); que la pena sólo puede imponerse si entre el sujeto y el resultado media un nexo psicológico consistente en dolo o culpa (excluyéndose el caso fortuito), y que la pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto (excluyéndose la responsabilidad por razón del parentesco, dependencia o inimputabilidad)¹³⁷. A su vez, la incorporación de la responsabilidad subjetiva fue un factor decisivo para que la culpabilidad fuera considerada como elemento del delito. El principio de culpabilidad deja de referirse únicamente a la exclusión de la responsabilidad objetiva y remite a la

¹³⁵ Cfr. la ponencia de Rafael Márquez Piñero "La problemática de la culpabilidad" presentada para su ingreso al Academia Mexicana de Derecho Penal (*mimeo*).

¹³⁶ *Ibidem*, p. 488.

¹³⁷ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 56.

culpabilidad como categoría dogmática; de esta manera se amplían los requisitos para la imposición de la pena. Pero el contenido y el alcance de la culpabilidad en este segundo sentido ha sido mucho más controvertido; la definición del elemento culpabilidad ha variado entre los diversos autores en relación con la concepción que cada uno de ellos tenga sobre la conducta (acción), el tipo y el injusto. La culpabilidad como elemento del delito ha sido definida desde la perspectiva psicológica, normativa y de la imputación subjetiva.

La culpabilidad psicológica

Esta concepción se desarrolla bajo la influencia del positivismo científico del siglo XIX, que puso en duda la teoría de la libertad de la voluntad, por lo que fue imposible el mantenimiento del concepto de culpabilidad jusnaturalista, basado en el abuso de libertad. En su lugar, se desarrolla la noción psicológica de la culpabilidad que, acorde con el pensamiento positivista, se orienta a lo fáctico, a lo empírico. La culpabilidad es considerada como la totalidad de las relaciones psíquicas del autor con los efectos de su acción, prescindiéndose de la aprehensión de su contenido material. Se debe a von Liszt la articulación entre el concepto de acción causal y el de culpabilidad: Si el acto es la conducta voluntaria que produce un resultado en el mundo exterior, entre esa manifestación de voluntad y el resultado hay dos tipos de relaciones, una objetiva cuando el resultado es causado por la conducta, y una subjetiva cuando culpablemente se ha causado o no impedido el resultado; la culpabilidad es, precisamente, esta segunda relación subjetiva entre el acto y el actor, *relación que sólo puede ser de carácter psicológico*¹³⁸. Esta relación psicológica se identifica en los delitos dolosos con el dolo y en los delitos culposos con la culpa; la culpabilidad es igual a dolo o a culpa, no admite otro contenido¹³⁹.

¹³⁸ Franz von Liszt, *Tratado de derecho penal*, tomo 2, Reus, Madrid, s/a, pp. 300-302; citado por Alicia Azzolini en su artículo "La culpabilidad", publicado en *Alegatos*, No. 11, México, enero-abril 1989, p. 3.

¹³⁹ Algunos autores, principalmente italianos, reconocen una tercera especie de culpabilidad: la preterintencionalidad. Bettiol afirma que se trata de una hipótesis donde el dolo se mezcla con la culpa, en donde el dolo aparece relacionado con el delito menos grave, que ha sido previsto y querido por el agente, y la culpa en el resultado más grave que se realiza. En México, la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad ha sido sostenida por Celestino Porte Petit, para quien *en el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido*. Al

La concepción de la culpabilidad como el género del que son especies el dolo y la culpa es el común denominador de todos los autores psicólogos, pero en torno a ella se fueron desarrollando distintas posturas, entre las que prevaleció la elaboración de von Liszt, que reduce la culpabilidad a elementos psicológicos descriptivos, lo que permite que la culpabilidad pueda ser constatada *en forma general objetiva por el juez*¹⁴⁰. De esta manera, el juez se limitaría a comprobar que el sujeto hubiera actuado dolosa o culposamente sin emitir ningún juicio de valor sobre su actuación. La actividad del juez se reduciría a la formulación del silogismo propuesto por Beccaria. Sin embargo, así como no se puede hablar de una única teoría psicológica tampoco se puede hablar de un psicologismo puro. Radbruch, que llegó a formular un concepto de culpabilidad radicalmente psicológico, encontró dificultades para definir la imprudencia con criterios estrictamente psicológicos, por lo que debió añadir un elemento normativo en su teoría: la desviación del autor respecto del cuidado debido del hombre medio¹⁴¹.

En México, la culpabilidad como nexo psicológico ha sido sostenida por Villalobos y Castellanos Tena. Para el primero :

*La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirle y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa*¹⁴².

Por su parte, Castellanos Tena afirma que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto¹⁴³. Es indudable que, al menos en la definición de Villalobos, se entremezclan elementos de contenido ético con los meramente descriptivos dolo y culpa. Para este autor el Código Penal Mexicano incorpora, o mejor dicho incorporaba, un concepto

respecto, ver el libro de Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Trillas, México, 1990, pp. 261-264.

¹⁴⁰ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 74. Esta autora destaca otra importante vertiente del psicologismo encabezada por Merkel, quien entiende a la culpabilidad como un juicio de atribución al que se une la imposición de una pena, de manera que la medida de ésta depende de las condiciones bajo las cuales puede la pena cumplir su fin de la forma menos dañina posible respecto de los intereses de la sociedad.

¹⁴¹ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴² Comentario por Olga Islas y Elpidio Ramírez en el artículo "El error en el modelo...", p.16.

¹⁴³ *Loc. cit.*

psicologista de la culpabilidad, y, aunque esto es discutible, lo cierto es que la teoría psicológica ha sido la más aceptada en el ámbito forense mexicano.

Los contenidos de la teoría psicológica se explican dentro del afán de las corrientes científicas de la época de utilizar únicamente conceptos empíricamente constatables y de la creencia de que es posible separar *limpiamente* los aspectos objetivos del delito de los subjetivos. El paulatino abandono del positivismo y el consiguiente auge de la filosofía de los valores y de la ética kantiana influyen en la labor de los penalistas y favorecen el reconocimiento de la actividad valorativa del juez -y de los propios dogmáticos¹⁴⁴-. A su vez, la dificultad de la teoría psicológica para explicar una de las dos especies de culpabilidad, la imprudencia -sobre todo la culpa inconsciente o sin representación, en la que el nexo psicológico no existe- y su incapacidad para explicar por qué en casos como el estado de necesidad, en que persiste el dolo o la culpa, procede la exculpación, favorecieron que se desarrollara una nueva concepción sobre la culpabilidad que, poco a poco, se impone entre la mayoría de los penalistas. El tránsito de la teoría psicológica a la normativa se produce con la introducción de componentes valorativos -normativos- en la culpabilidad¹⁴⁵.

La culpabilidad normativa

La teoría normativa de la culpabilidad fue elaborada, en primer lugar, por Reinhard Frank, quien la dio a conocer en 1907. En vista de que la teoría psicológica no podía establecer un nexo entre dolo y culpa, por lo que no era apta para elaborar la idea general de culpabilidad penal, busca superar esa dificultad a través de un elemento normativo común: *la reprochabilidad. Culpabilidad es el juicio de reprobación que recae sobre el sujeto por el hecho cometido*¹⁴⁶. La culpabilidad deja de ser una relación subjetiva entre delincuente y resultado y pasa a ser un reproche. Hay culpabilidad no cuando el sujeto sabe una cosa que ocurre en el mundo externo, sino cuando ese saber

¹⁴⁴ Al respecto ver Nino, *Consideraciones sobre...*, *passim*.

¹⁴⁵ Cfr. Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁶ Citado por Olga Islas y Elpidio Ramírez en su artículo "El error en el modelo...".

le es reprochable¹⁴⁷. La reprochabilidad como sinónimo de culpabilidad significa la elaboración de un supraconcepto, cuyos contenidos van variando conforme evolucionan los demás contenidos del delito.

Teoría normativa mixta de la culpabilidad: Para Frank, la culpabilidad se compone de tres elementos: la imputabilidad, el dolo y la culpa y la normalidad de las circunstancias del hecho en las que el autor ha actuado. La reprochabilidad es el componente aglutinante de todos estos elementos. Al consistir la culpabilidad en *algo más* que el dolo y la culpa, es posible explicar los casos de las acciones dolosas que no son culpables. A su vez, la imputabilidad deja de considerarse un presupuesto de la culpabilidad para pasar a formar parte de ella, encontrando así una ubicación sistemática más clara dentro de la teoría del delito. Las circunstancias de normal motivación, que después sustituiría por la libertad¹⁴⁸, se refieren a que el sujeto estuviera en condiciones de dejarse motivar por el deber jurídico.

Goldschmidt es otro de los autores más representativos de esta teoría¹⁴⁹. Para él, la imputabilidad, el dolo y la culpa -que son grados de la culpabilidad- y la normal motivación no son elementos de la culpabilidad sino sus presupuestos. La culpabilidad es el puro juicio de reproche, que se funda en una norma de deber distinta a la norma de derecho. La norma de derecho exige al sujeto una determinada conducta *externa*, la norma de deber -no declarada expresamente pero que existe junto a la norma de derecho- impone al individuo el conformar su conducta *interna* a lo que exige la norma de derecho respecto a su conducta exterior. De esta manera una conducta tiene frente a la ley penal dos aspectos: el de su legitimidad -conformidad o no conformidad con la norma de derecho- y el de su exigibilidad -si la norma de deber obliga o no al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico-. Para evitar toda confusión con las normas morales, Goldschmidt aclara que la norma de deber exige al individuo que se motive por la

¹⁴⁷ Cfr. Sebastián Soler, "La naturaleza de la culpabilidad", en *Derecho penal contemporáneo*, no. 10, UNAM, México, noviembre de 1965, p. 88.

¹⁴⁸ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁹ Pérez Manzano distingue dos corrientes dentro de la teoría normativa, una encabezada por Goldschmidt a la que denomina la *teoría del elemento normativo de la culpabilidad* y otra, cuyo fundador es Frank, a la que llama *teoría del carácter normativo de la culpabilidad*. En la primera se otorga un contenido ético al elemento normativo: *contrariedad al deber*; en la segunda, se rompe el dogma de las especies de culpabilidad, el dolo y la culpa pasan a ser elementos del juicio de reproche. Ver *op. cit.*, pp.78-80.

representación del deber jurídico únicamente si no está decidido a obedecer la ley por otros motivos, o sea que el fin de la norma de deber no es la pureza interior de los sentimientos, sino la determinación de la conducta exterior de los individuos¹⁵⁰.

Freudenthal es quien relaciona la exigibilidad con el poder actuar de otro modo: la culpabilidad expresa *la desvalorización de que el autor ha actuado así, mientras que habría podido y debido actuar de otra forma*¹⁵¹. Para este autor no habrá reproche ni culpabilidad si al sujeto no le era exigible la no realización del delito. La inexigibilidad de conducta adecuada a la norma es, además de fundamento de las causas legales de exculpación, una causa suprallegal de exculpación.

Las distintas ideas de los autores normativistas son sistematizadas por Edmundo Mezger. La culpabilidad es un concepto complejo que abarca dos niveles: a) Una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (*situación fáctica de la culpabilidad*), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consecuentemente, la pena que se le debe aplicar, y b) Un juicio valorativo sobre la situación fáctica de la culpabilidad (*concepción normativa de la culpabilidad*)¹⁵². La culpabilidad es la situación de hecho y el reproche: *La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica de la culpabilidad, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de la culpabilidad. En una palabra culpabilidad es reprochabilidad*¹⁵³. En congruencia con lo anterior, para Mezger actúa culpablemente: 1) el imputable; 2) que actúa dolosa o culposamente, y 3) en cuyo favor no existe ninguna causa de exclusión de culpabilidad. El *juicio de culpabilidad* se integra con el acto de voluntad del autor - partes integrantes psicológicas de la culpabilidad: dolo y culpa-; los motivos del autor -partes integrantes motivadora de la culpabilidad: fundamentos de las causas de exclusión de la culpabilidad-, y las referencias de la acción a la total personalidad del autor -partes integrantes caracteriológicas de la culpabilidad: la imputabilidad-.

¹⁵⁰ Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, citado por Olga Islas y Elpidio Ramírez en "El error en el...".

¹⁵¹ Freudenthal, , *B. Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, citado por Pérez Manzano, *op cit.*, p. 80.

¹⁵² Mezger, E., *Tratado de derecho penal*, tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, pp. 12-13.

¹⁵³ *Loc. cit.*

En México, Sergio Vela Treviño es, quizá, el autor más representativo de esta teoría, la cual, aunque hay alguna jurisprudencia que parece adoptarla, no ha reclutado muchos adeptos en el ámbito forense¹⁵⁴.

La formulación más acabada de la teoría, la de Mezger, fue, precisamente, la que puso en evidencia las incongruencias que dieron lugar a un nuevo concepto de culpabilidad normativa. En primer término, se señaló la naturaleza heterogénea de los componentes de la culpabilidad: el dolo y la culpa son elementos psicológicos que no pueden confundirse con los elementos normativos que conforman el reproche. Asimismo, se criticó que el dolo fuera parte del juicio de reproche y, a su vez, fuera objeto del mismo juicio. Finalmente, la elaboración del concepto finalista de acción, que permitió la incorporación de los elementos psicológicos a la estructura del tipo, es la que abre las puertas a la concepción normativa pura de la culpabilidad.

Teoría normativa pura de la culpabilidad: Para Welzel, creador de la teoría finalista,

*...la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción humana es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines...*¹⁵⁵.

Esto le permite incluir en la acción y, por lo tanto, en el juicio de antijuridicidad de la conducta parte del contenido tradicional del dolo, que pasa a ser un dolo *neutro*, que no exige el conocimiento de la antijuridicidad. De esta forma se eliminan de la culpabilidad los elementos no normativos: el dolo y la culpa dejan de ser elementos del juicio de reproche para integrar el tipo penal y, en consecuencia, formar parte del ilícito. El dolo deja de tener la doble función, criticada por Graf zu Dhona, de ser objeto y elemento del

¹⁵⁴ Sergio Vela Treviño, *op. cit., passim*.

¹⁵⁵ Welzel, H., *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 25.

reproche, y pasa a ser solamente objeto del mismo. La culpabilidad es el juicio de valor sobre la realización de los contenidos del tipo, especialmente sobre sus contenidos psicológicos. El reproche del proceso volitivo es, en la teoría normativa pura, la esencia de la culpabilidad. Los elementos del juicio de reproche son la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad -que es el componente normativo del dolo de las teorías causalistas que permanece en la culpabilidad- y la exigibilidad de conducta adecuada a la norma¹⁵⁶.

Maurach afirma que se debe fundamentalmente al finalismo el haber logrado la primera construcción *normativa* de la culpabilidad, pero, a su vez, considera que la teoría debe completarse. Parte de la premisa de que la pena no es el único recurso del juez penal. La pena alcanza al sujeto al que es posible y necesario formular un juicio personal de reproche, mas no al que, sin cumplir los presupuestos de culpabilidad, ha exhibido, por la comisión del injusto típico, su peligrosidad objetiva. Contra éste sólo procede una medida de seguridad. Pero para imponer esta medida se debe, también, exigir a este sujeto un determinado grado de responsabilidad; no basta el injusto típico, hace falta poder atribuirle personalmente este injusto¹⁵⁷. Para ello, construye un supraconcepto la *atribuibilidad*, al que define como *aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal*¹⁵⁸. Dentro de la atribuibilidad distingue dos niveles: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. La responsabilidad por el hecho significa que el autor -imputable o inimputable- responde por el hecho porque le era exigible haber actuado de otro modo, exigibilidad que se funda en el poder del *término medio* presumido por el derecho; o sea: el autor se ha comportado, en la situación concreta, peor a como los demás lo hubieran hecho. El segundo nivel, la *culpabilidad*, se basa en las cualidades personales del autor, quien, en el momento decisivo, fue distinto a lo que él mismo (sobre la base de su capacidad de enjuiciamiento y dirección) podía ser; este juicio descansa en la imputabilidad y en el conocimiento de la antijuridicidad. Para imponer una medida de seguridad el autor debe ser responsable por el hecho, para imponer

¹⁵⁶ Welzel, *Derecho penal...*, pp. 181-219.

¹⁵⁷ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pp. 24-25.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 34.

una pena el sujeto debe ser, además de responsable por el hecho, culpable. A la responsabilidad por el hecho corresponde la desaprobación , y a la culpabilidad el reproche¹⁵⁹.

Por su parte, Jescheck, difundiendo una tesis sustentada por Arthur Kaufmann¹⁶⁰, reconoce que el reproche de culpabilidad no puede fundarse en el *poder* individual para actuar, ya que es imposible comprobar la existencia de la libertad de la voluntad para un hecho individual determinado y concreto. El derecho penal le demanda lo que otro podía haber hecho en la misma situación; el juicio de culpabilidad se basa en el poder medio, que no es un poder estadístico, sino el poder que la comunidad jurídica espera en circunstancias normales¹⁶¹. De esta manera intenta hacer frente a las críticas que, como veremos en el siguiente apartado, se formularon en contra de esta teoría.

La teoría normativa pura de la culpabilidad es acogida en la jurisprudencia y, posteriormente, en la legislación alemana; la culpabilidad es entendida como el juicio de reproche que se hace al autor de un hecho típico y antijurídico por haberse comportado de forma contraria a derecho, pudiendo haber actuado de otro modo, con independencia de la estructura del delito y de la culpabilidad que se defiende. En México, en cambio, la teoría normativa pura fue ignorada durante mucho tiempo por la mayoría de los doctrinarios y de los jueces. Si bien, como se mencionó, Sergio Vela fue un defensor de la teoría normativa y menciona en su libro jurisprudencia que la avala, tanto él como los autores de los mencionados fallos judiciales adoptan la formulación mixta: consideran al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad e incluyen dentro del dolo el conocimiento de la antijuridicidad¹⁶². En la última década fue consolidándose un grupo de penalistas, entre ellos Luis de la Barreda Solórzano, Moisés Moreno Hernández y los creadores de la teoría lógica del derecho penal, Olga Islas y Elpidio Ramírez, partidarios del normativismo

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp.31-34.

¹⁶⁰ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶¹ Jescheck, *op. cit.*, pp. 384-386.

¹⁶² Vela Treviño, S, *op. cit.*, pp. 203-260 *passim*. Este autor, además, menciona al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, lo que deja ver en él una fuerte influencia del psicologismo.

puro¹⁶³ que influyeron indudablemente en las reformas de 1994 al Código Penal Federal y para el Distrito Federal y a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal¹⁶⁴.

Los fundadores de la teoría lógica sostienen que:

El núcleo de la culpabilidad reside en el ejercicio de la libertad valorada (psicológica), el cual, obviamente, es distinto del ejercicio de la libertad como derecho, esto es, del ejercicio de la libertad como facultad derivada de la norma jurídica. La libertad valorada (psicológica) y su ejercicio son algo connatural al ser humano, algo que no está dado por el orden jurídico. En cambio, el ejercicio de la libertad entendido como facultad, sí se deriva del derecho¹⁶⁵.

La libertad de decisión en que se funda la culpabilidad se ve afectada cuando el sujeto desconoce que con su conducta viola el deber jurídico penal a su cargo, lo que sucede en caso del error de prohibición. La culpabilidad es, para estos autores, el reproche a que se hace acreedor el autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal que, a pesar de que conoce que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación menos lesiva, decide realizar la conducta (acción u omisión) prohibida¹⁶⁶. A pesar de la diferencia de los lógicos con los

¹⁶³ Esta postura se desprende de distintas publicaciones de los autores mencionados. Así, por ejemplo, en el artículo "Punición, culpabilidad y reincidencia" de Luis de la Barreda, publicado en la *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1985; en el artículo de Moisés Moreno "Consideraciones dogmáticas y politocriminales en torno a la culpabilidad", publicado en *Boletín Informativo*, No. 7, Xalapa Veracruz, enero-febrero 1984 y en el ya citado artículo de Olga Islas y Eldipio Ramírez "El error en el modelo lógico de derecho penal".

¹⁶⁴ Esto se desprende de que tanto en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales como en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se menciona al dolo y a la culpa como elementos del tipo; a su vez, el artículo 15 fracción IX del Código Penal contempla la *inexigibilidad de otra conducta*¹⁶⁴. Y, aunque el nuevo artículo 52, como ya se verá, parece inspirarse en concepciones mixtas de la culpabilidad (Goldschmidt) al hablar de *grados de culpabilidad*, esto no es suficiente para desvirtuar la afirmación anterior. Seguramente, a partir de esta reforma, los penalistas mexicanos replantean el concepto de culpabilidad apoyándose en la nueva legislación.

¹⁶⁵ Islas y Ramírez, "El error...", p. 464.

¹⁶⁶ Cfr. Islas, Olga, *Análisis lógico...* Es interesante observar el desarrollo que ha tenido la culpabilidad en el pensamiento de los lógicos. En el artículo ya mencionado "El error..." hablaban de dos reductores del ejercicio de la libertad valorada: el error y la no exigibilidad de otra conducta. En cambio, en el libro de Olga Islas se menciona como único aspecto negativo de la culpabilidad al error de prohibición. Aunque ya no se la menciona expresamente, es indudable que la libertad de decisión del sujeto sigue siendo la base de la culpabilidad y que el reproche no es, como dice en el libro, *por el conocimiento que tiene (el sujeto) de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva* sino porque, a pesar de ese conocimiento, el sujeto realiza la conducta prohibida. Lo

defensores de la teoría normativa pura, todos ellos tienen en común el eliminar de la culpabilidad al dolo y a la culpa, reduciendo el contenido del reproche a aspectos puramente normativos.

Persisten, sin embargo, imprecisiones en algunos de los conceptos básicos, el más importante, quizá, es el de la inexigibilidad de otra conducta. Mientras que para algunos normativistas este es un concepto supralegal (Goldschmidt), para otros alude a todas las excluyentes de culpabilidad (Zaffaroni¹⁶⁷) y, finalmente, para otros se refiere a aquellas causas de inculpabilidad que están previstas en la ley, exceptuando la inimputabilidad y el error de prohibición (Welzel, Maurach y, para el derecho mexicano, Righi¹⁶⁸); para estos últimos el rubro *no exigibilidad* es un nombre genérico similar al de *causas de justificación*. Por su parte, los creadores de la teoría lógica, que en un primer momento incluyeron la exigibilidad de otra conducta como elemento de la culpabilidad, en su versión más reciente solamente mencionan a la reprochabilidad por el conocimiento de la antijuridicidad, porque consideran que el fundamento de los casos de no exigibilidad es similar al de las causas de justificación: la necesidad de salvar bienes jurídicos. Estas discrepancias no hacen más que poner en evidencia que el contenido de este elemento del juicio de reproche es poco claro. Si, en su aspecto positivo, consiste en que al sujeto le era exigible haberse comportado de acuerdo a la norma, se confunde con el concepto de la culpabilidad. En todo caso, cumple la función de elemento aglutinante de aquellos aspectos negativos diferentes a la imputabilidad y al error de prohibición.

Otro aspecto fundamental y, en ocasiones, no tratado suficientemente por los representantes de la teoría normativa, es el del objeto del reproche. Al respecto pueden distinguirse dos posturas: según la primera, al autor se le reprocha su acto típico y antijurídico (injusto); según la segunda, como su

anterior pone en evidencia que el tema de la culpabilidad es uno de los menos elaborados por los autores de la teoría.

¹⁶⁷ Cfr. Zaffaroni, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p 553. Este autor considera que *Todos los umbrales mínimos de libertad son supuestos en que al autor no se le puede exigir una conducta diferente de la efectivamente realizada. De allí que todas las causas de inculpabilidad sean supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, pero la no exigibilidad no es "una" causa de inculpabilidad, sino el común denominador de todas.*

¹⁶⁸ Cfr. Welzel, *El nuevo sistema de...*; Maurach, *Tratado...* y "La teoría de la culpabilidad en el derecho penal alemán", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VI, No. 3, Bogotá, diciembre de 1965, y Righi, E., "La inexigibilidad como base del juicio de culpabilidad", en *Revista Jurídica Veracruzana*, tomo XXVIII, No. 2, Xalapa, Veracruz, abril-junio de 1977.

acto es manifestación de su personalidad, el reproche se extiende a ésta. Zaffaroni, quien fue representante de la primera postura, también denominada *culpabilidad de acto o culpabilidad por el hecho*, sostuvo que la medida del reproche de culpabilidad se limita a la *medida del ámbito de libertad que el sujeto ha tenido en el caso concreto para elegir una conducta jurídicamente adecuada*¹⁶⁹: a mayor ámbito de libertad mayor reproche. La segunda postura *-culpabilidad de autor-* encuentra sus antecedentes más remotos en el pensamiento de Aristóteles, para quien el hombre que se apartaba de la virtud iba cayendo por una vertiente, en modo tal, que, en un momento, ya no era libre para ser virtuoso; su situación era similar a la de aquél que arroja una piedra y después ya no la puede detener. La llamada culpabilidad de autor no deja de lado el hecho culpable; la culpabilidad por la conducta de vida y la culpabilidad por el carácter *-variantes ambas de la culpabilidad de autor-* se contraponen a la culpabilidad por el hecho no porque nieguen que el hecho en sí deba ser objeto del juicio de reproche, sino porque extienden el reproche a la personalidad. La teoría de la culpabilidad de autor mantiene el fundamento de la pena en el hecho culpable: *el hecho en su relación con el carácter del agente, el hecho como manifestación de la personalidad*¹⁷⁰. Decir que el hecho será más culpable en tanto más se adecúe a la personalidad del agente equivale a penalizar también los comportamientos anteriores, que contribuyeron a formar una personalidad contraria al derecho o bien a penalizar el propio carácter antisocial del agente, pero no significa sustituir el hecho por la conducta anterior y por el carácter como objetos exclusivos del reproche¹⁷¹. Para quienes defienden el concepto de la *culpabilidad de carácter*: la culpabilidad es la carencia de actitud social que el autor expresa en la realización del hecho (Kolraus, Exner), por lo que la culpabilidad será más grave cuanto más grave sea la peligrosidad del autor (Eb. Schmidt)¹⁷². Al respecto, Welzel considera que hay casos, como el del delincuente habitual, en los que la culpabilidad del hecho individual *tiene su raíz en un elemento permanente: la estructura defectuosa de la capa de la personalidad: es decir,*

¹⁶⁹ Zaffaroni, *Teoría del...*, p. 536.

¹⁷⁰ Mezger, Edmund, *Strafrecht*, Berlin-München, 1949, p. 259, citado por Dolcini, *op. cit.*, p.288.

¹⁷¹ *Loc. cit.*

¹⁷² Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en la compilación elaborada por Roberto Bergalli y Juan Bustos, *El poder penal del Estado; Homenaje a Hilde Faufmann*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 385 a 417. (Biblioteca de Ciencias Penales).

*en un defecto reprochable al carácter*¹⁷³. Por otra parte, para quienes se inclinan por la *culpabilidad por la conducción de la vida*: el delito es el resultado del modo en el que el sujeto condujo su vida, y la culpabilidad es el reproche a esta conducción de la vida del individuo. Parten del supuesto de que cualquier comportamiento del hombre, sea penalmente relevante o no, no es independiente de aquellos realizados en el pasado ni de la personalidad del agente en su totalidad: la culpabilidad será mayor cuando mayor sea la adecuación del hecho a la personalidad del agente. En relación con este punto, cabe adelantar que para los que concebimos la actuación del sistema penal dentro de los principios señalados en el primer capítulo de este trabajo, la única culpabilidad aceptable es aquella que se basa en el reproche por el acto realizado y que sólo tiene en cuenta el carácter o la personalidad del sujeto en tanto se vean expresados en el hecho reprochable. El reproche dirigido a la personalidad es de carácter ético y no jurídico, se interna más en el campo de la moral que en el del derecho.

En el otro extremo se ubican posturas, como la de Bustos Ramírez y Zaffaroni, que incluyen en el reproche consideraciones de tipo social que exceden a la persona del autor. Para Bustos, la culpabilidad más que un reproche es responsabilidad, lo que implica que el hombre es actor en tanto desempeña un papel en la sociedad y alcanza conciencia de él; el hombre responde entonces por su comportamiento; *por la conciencia que tenga de él, ése es el fundamento y límite de la reacción social que se tenga sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por eso también responde la sociedad*¹⁷⁴.

En el mismo sentido, Zaffaroni menciona la *co-culpabilidad* que corresponde a la sociedad en la limitación del ámbito de libertad del sujeto¹⁷⁵. Sin embargo, aunque representa una aportación importante porque señala un elemento a tener en cuenta al momento del reproche, la *co-culpabilidad* es un dato más para delimitar las posibilidades de actuación del sujeto en el caso concreto, o sea, que forma parte de las condiciones en las que el sujeto

¹⁷³ Welzel, *El nuevo sistema...*

¹⁷⁴ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español; Parte General*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 375-376.

¹⁷⁵ Zaffaroni, *Teoría del...*, p.541.

actuó. En escritos posteriores, Zaffaroni rechaza la culpabilidad por el injusto para legitimar la pena y niega que el *aparato judicial* esté en situación de reprocharle al sujeto su conducta. Su punto de partida, similar al de los abolicionistas, es la falta de legitimación de la actuación penal del Estado, que no representa los intereses de la víctima y que actúa solamente en muy pocos casos de comisión de ilícitos. El sistema penal selecciona a una persona cuando ésta se coloca en situación de vulnerabilidad, es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección, y no la comisión del injusto. *El nivel de vulnerabilidad está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto...*¹⁷⁶. La situación de vulnerabilidad se produce por dos factores, uno de carácter social, *la posición o estado de vulnerabilidad*, que consiste en grado o riesgo que la persona corre por su sola pertenencia a un grupo o estrato social, y otro de carácter individual, *el esfuerzo personal por la vulnerabilidad*, que consiste en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento. La realización del injusto, en la medida en que se haya decidido autónomamente, es parte del es fuerza personal por la vulnerabilidad. Es por ello que Zaffaroni afirma que: *La culpabilidad por la vulnerabilidad contiene, como parte del esfuerzo personal por la vulnerabilidad, la culpabilidad por el injusto, que cumple su función negativa o limitadora de la total culpabilidad por la vulnerabilidad, hasta el punto de que, en caso de no haber culpabilidad por el injusto, tampoco la hay por la vulnerabilidad*¹⁷⁷. A su vez, la culpabilidad por la vulnerabilidad opera como límite máximo de la violencia tolerada, o sea, de la pena que se puede imponer al sujeto. Pero, aunque los fundamentos que se argumentan son diversos, esta nueva postura no hace más que sistematizar la incorporación de los condicionamientos sociales del sujeto dentro del concepto de la culpabilidad.

El concepto de inexigibilidad y el contenido del reproche son dos puntos controvertidos de la teoría, pero no son los únicos, los contenidos éticos del reproche también han sido duramente criticados por quienes se oponen a que el Estado se comporte como juez moral. En las últimas décadas se han formulado duras críticas, ya no sólo contra la teoría normativa sino

¹⁷⁶ Zaffaroni, *En búsqueda de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 276.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 283.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

contra el fundamento mismo de la culpabilidad, las que no hacen más que reflejar la discusión sobre la fines del sistema penal. Se hace necesario, entonces, analizar las distintas posturas para poder delimitar la función de la culpabilidad al momento de la punición.

b) La discusión sobre el concepto y la función de la culpabilidad

El fundamento de la culpabilidad fue entendido desde la escuela clásica como *libre albedrío*, o sea como la libertad de elección voluntaria. La primera crítica a esta concepción provino del positivismo italiano. Esta escuela, altamente influenciada, como se dijo, por el paradigma científico imperante a mediados del siglo XIX, propuso un modelo de ciencia penal a imagen de las ciencias de la naturaleza, en el que reemplazó al libre albedrío por el determinismo. En este esquema, el delincuente es un ser determinado al delito frente al cual el Estado debe actuar en *defensa de la sociedad*. La justicia penal no se funda ya en la retribución sino en la defensa de la sociedad frente a individuos que ya no serán culpables sino *peligrosos*. El binomio retribución-culpabilidad es reemplazado, entonces, por el de defensa social-peligrosidad¹⁷⁸.

Las propuestas del positivismo no tuvieron una influencia directa en la doctrina alemana, y, aunque von Liszt propuso un sistema penal orientado a la prevención especial de delitos, consideró a la culpabilidad como presupuesto necesario de la pena. Por su parte, la teoría normativa, en sus diversas vertientes, se funda en el *libre albedrío*. Welzel afirma que *libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido y, respondiendo a las críticas que a continuación señalaremos, agrega que no es -como cree el indeterminismo- libertad de poder actuar de otro modo (por consiguiente, también mal o de un modo absurdo), sino para poder actuar conforme a sentido*¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Cfr. Ferri, *op. cit.*, pp. 194 y ss.

¹⁷⁹ Welzel, *El nuevo sistema de...*

Las críticas en contra del libre albedrío fueron retomadas por Engisch y Gimbernat Ordeig, entre otros, ya no para retornar al determinismo (peligrosidad) sino para sustituir la culpabilidad por otro concepto. Karl Engisch cuestiona que la base del juicio de reproche, el poder actuar de modo distinto, sea demostrable empíricamente, con independencia de la polémica de carácter general *determinismo-libre albedrío*. Para este autor, demostrar que una causa A tiene como consecuencia B es factible en el mundo científico de forma experimental, pero no se puede demostrar si una persona concreta en una determinada situación habría podido actuar de otra forma, pues la base del experimento, colocar a la misma persona en la misma situación, es imposible¹⁸⁰. En el mismo sentido, Gimbernat afirma:

*Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito... La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto*¹⁸¹.

Fueron estas críticas, precisamente, las que llevaron a Jescheck a elaborar su postura del poder medio: el reproche no se basa en que ese sujeto concreto estuvo en posibilidades de obrar de otro modo sino en lo que otro -con características similares al sujeto en cuestión- podría haber realizado. De esta manera se soslaya la imposibilidad de probar algo que no sucedió.

Sin embargo, aunque Engisch y Gimbernat lo nieguen, sus posturas se sustentan en la negación o, al menos, en la duda sobre la demostrabilidad del libre albedrío, de otro modo no se entiende su oposición al concepto de culpabilidad. El argumento de que es imposible demostrar lo que no sucedió es, en todo caso, aplicable a otras cuestiones penales: así, por ejemplo, en los casos de omisión impropia se atribuye el resultado al garante aunque no hay la certeza absoluta de que, en caso de haber actuado, se hubiera evitado el resultado; en la tentativa se considera que hubo peligro para el bien jurídico aunque éste no haya sido lesionado, siendo que, en tanto que no hubo lesión,

¹⁸⁰ Karl Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1970, p. 118; citado por Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 93 y por Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 364.

¹⁸¹ Gimbernat Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1981, pp. 61-62.

la conducta en concreto no era idónea para lesionarlo. Además, la imposibilidad de reproducir los hechos a que se refiere Engisch es extensible a todo el ámbito jurídico, del mismo modo que la prueba de los elementos subjetivos, como el dolo, es *científicamente* -en el sentido de las ciencias experimentales tomadas como modelo por este autor- imposible. Esto pone en evidencia que detrás de estos argumentos *probatorios* lo que se está poniendo en duda es el libre albedrío, entendido como la capacidad de libre decisión del ser humano. No se trata de saber si un individuo actuó libre de condicionamientos externos -libertad de acción- sino si fue capaz de elegir libremente entre dos o más opciones -libertad de decisión-. Sobre esta controversia volveremos en la última sección de este capítulo. Lo que interesa en este momento es destacar que, en virtud de las dudas que suscita entre los penalistas el libre albedrío, se han generado diversas corrientes relacionadas con la culpabilidad: las que sustituyen el concepto de culpabilidad, las que analizan la culpabilidad desde los fines de la pena (criterio extrínseco de determinación) y las que reelaboran el concepto de culpabilidad (criterio intrínseco de determinación)¹⁸²:

a) Entre lo que se inclinan por suprimir el concepto mismo de culpabilidad se encuentra Enrique Gimbernat, quien, a partir de la crítica a la teoría normativa de la culpabilidad -indemostrabilidad del libre albedrío, carácter ético del reproche, el hecho de que el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales afecta a la antijuridicidad y no a la culpabilidad¹⁸³, etcétera- intenta reconstruir el sistema de derecho penal basándose en el principio de *necesidad de pena* y en la *función de motivación de la conminación penal*¹⁸⁴. La necesidad de la pena se apoya en los fines de prevención general y prevención especial. El fundamento científico de su postura lo encuentra en el psicoanálisis; el mismo procedimiento de educación de los padres con sus hijos, mediante estímulos y castigos, utiliza el derecho penal en la sociedad para conseguir que se respeten las normas elementales de convivencia. La pena es una *amarga necesidad* a la que se recurre para reforzar las prohibiciones cuya observancia es absolutamente

¹⁸² Cfr. Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 365-371.

¹⁸³ En este punto coincide con los representantes de la teoría lógica, quienes consideran que los supuestos que, tradicionalmente, se incluyen en la *no exhibibilidad*, tienen el mismo fundamento que las causas de justificación.

¹⁸⁴ Gimbernat, *op. cit.*

necesaria para la subsistencia de la sociedad¹⁸⁵. Pero este sistema penal que ya no se basa en la culpabilidad no es por ello menos respetuoso de las garantías individuales: por un lado, la magnitud de la pena se relaciona con el bien jurídico protegido y con la lesión dolosa o culposa de ese bien y, por otro, los supuestos tradicionales de ausencia de culpabilidad no serán penados sino que la no imposición de la sanción se funda en criterios preventivos¹⁸⁶. A su vez, considera que, en términos generales, todos las personas normales son motivables -el castigo supone un estímulo inhibitorio- y todos los inimputables no lo son. La ausencia de motivabilidad por desconocimiento explica la diferencia, en el caso del error de prohibición, entre error vencible e invencible.

Pero, como bien señala Bustos, aunque la tesis de Gimbernat es atractiva en tanto pretende *racionalizar* la pena, es difícil que el concepto de *necesidad de pena* logre ese cometido. La necesidad de pena nos remite, inevitablemente, al sentido de la pena, lo que, a su vez, nos conducirá a los criterios de prevención general y especial, cuyos límites no son precisos. Asimismo, la utilización de conceptos vagos no favorece el respeto a las garantías individuales por parte del Estado¹⁸⁷.

b) Entre quienes no eliminan el principio de culpabilidad pero sí lo reinterpretan a la luz de los fines de la pena, se encuentran Roxin y Jakobs. Para Roxin, la culpabilidad, tal como se entiende en derecho penal, sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, aunque se habría podido comportar lícitamente. Sin embargo, considera que para fundamentar la pena *lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación*¹⁸⁸, por lo que prefiere hablar de responsabilidad. Considera que el libre albedrío es una imposición normativa a la que, en los hechos, no se puede dar una respuesta concluyente, por ello adopta el criterio de la responsabilidad que se funda, principalmente en necesidades preventivas. Afirma que el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 125-126.

¹⁸⁷ Sobre la vaguedad del concepto de *necesidad de pena*, ver Bustos Ramírez, *op cit.*, p. 366.

¹⁸⁸ Roxin, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 71.

insuficiente y debe ser abandonado, pero que el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose¹⁸⁹. Posteriormente, este autor profundiza en el contenido de la responsabilidad como fundamento de la pena e integra en ella a la culpabilidad y a la prevención. Reconoce la necesidad de incluir la culpabilidad porque considera que en los casos error de prohibición invencible e inimputabilidad no se puede excluir la responsabilidad con fundamento únicamente en razones preventivas, pues el principio de *versari in re illicita* puede ser preventivamente más eficaz que el principio de responsabilidad subjetiva. Pero como, al mismo tiempo, sigue sosteniendo que la culpabilidad entendida como poder actuar de otro modo no es empíricamente demostrable y, en consecuencia, no sirve para limitar las necesidades preventivas, propone otro contenido. El elemento definitorio de la culpabilidad es para Roxin la capacidad de reaccionar a las exigencias normativas, que se funda en el conocimiento socio-psicológico de que los hombres dejan determinar su conducta mediante normas y valores, de modo que se crea la expectativa de que los hombres normales van a actuar de forma fiel al derecho. La capacidad de reaccionar al estímulo normativo se integra en la responsabilidad limitando las necesidades preventivas; a su vez, las necesidades preventivas limitan la culpabilidad, afirmada la capacidad de reaccionar a las exigencias normativas, todavía hay que tener en cuenta otro requisito más para afirmar la responsabilidad, la necesidad preventiva de pena¹⁹⁰.

Por su parte, Jakobs considera que el fin del derecho penal es la estabilización del ordenamiento penal y que la unión pena-culpabilidad es un medio para la consecución de ese fin. La culpabilidad es un concepto formal que se construye funcionalmente, pues sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad. Este fin no es otro que la estabilización de la confianza en el ordenamiento, lesionada a través de la conducta delictiva. La pena será, frente a la sociedad, símbolo de seriedad de la imputación e impedirá que la conducta delictiva sea aprendida como alternativa de conducta posible. En este contexto, para imputar culpabilidad será necesario demostrar que no es posible asimilar el conflicto de otra manera sin que sufra merma la garantía de

¹⁸⁹ Roxin, "Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención...*, p. 43.

¹⁹⁰ Cfr. Pérez Manzano, *op. cit.*, pp. 193-196.

seguridad de la expectativa frustrada y, en consecuencia, la vigencia del ordenamiento lesionado¹⁹¹. La diferencia con la postura de Roxin radica en que Jakobs desecha la distinción entre culpabilidad y responsabilidad, reduce la culpabilidad a una categoría formal mantenida, más bien, por razones tradicionales. Y por eso, aplica la determinación desde el fin a la culpabilidad misma, con el objeto de darle algún contenido material. Ese fin es el de prevención general *no en el sentido de intimidación, sino del ejercicio de fidelidad al derecho*¹⁹². Contra esta postura se ha criticado su excesivo formalismo porque, como se dijo, la culpabilidad carece de sustrato material, ya que el criterio definitivo es la posibilidad de absorber el conflicto de otra manera sin que sufra merma la conciencia social normativa; y ello es un criterio absolutamente vago, porque no se sabe qué es lo necesario para estabilizar la validez de la norma¹⁹³. Además, la prevención general positiva no exculpa convenientemente todos los supuestos de exculpación: *La vaguedad del criterio, la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera sin que sufra merma el ordenamiento lesionado*, hace que se pueda pensar que la imposición de la pena a los inimputables, a sujetos que actúan en error de prohibición invencible o en situación de inexigibilidad podría ayudar a mantener la confianza en el funcionamiento del sistema como mecanismo de control social¹⁹⁴. Por último, la prevención general positiva no sirve para una culpabilidad que pretende individualizar la responsabilidad penal, como acertadamente afirma Pérez Manzano:

*Si la culpabilidad ha de representar el momento de puesta en relación del autor con su acto, de modo que nos permita una mayor individualización de la responsabilidad penal frente a la antijuridicidad, el modelo de imputación de Jakobs supone una normativación-generalización de la responsabilidad, que además plantea problemas de determinación en el proceso penal*¹⁹⁵.

c) Los autores más destacados que reelaboran el concepto de culpabilidad, sin abandonarlo, porque cuestionan el libre albedrío y su reproche ético, son Stratenwerth, Córdoba Roda, Muñoz Conde y Mir Puig.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 160-163.

¹⁹² Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976. pp. 10 y 14, citado por Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 367.

¹⁹³ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 169.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 173.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 174.

Stratenwerth reconoce que detrás del concepto de culpabilidad tradicional se esconden razones de prevención general: en el juicio de culpabilidad hay siempre un momento de generalización al que se subordina el poder actuar de otra manera del sujeto individual, lo cual siempre es una cuestión de interpretación. Considera que la culpabilidad tiene carácter normativo, esto es, que no es pura constatación sino imputación conforme a determinados criterios; la fórmula según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo a lo jurídicamente establecido no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada. Además, afirma que puntos de vista preventivo generales y especiales influyen en las exigencias de la culpabilidad; así, por ejemplo, el reconocimiento de la culpabilidad de la conducción de vida en los problemas de la culpa y del error de prohibición¹⁹⁶.

Córdoba Roda considera que la imposibilidad de constatar la libertad del sujeto de actuar de modo distinto es un serio obstáculo para concebir la esencia de la pena como un *castigo* de una determinada conducta. Sin embargo, cree que el requisito de la culpabilidad debe mantenerse ya que se necesita para determinadas materias como la inimputabilidad y el error de prohibición y porque su supresión significaría un riesgo para las garantías de las personas. Propone, entonces, mantener la culpabilidad pero con una dimensión diferente: como principio de política legislativa conforme al cual la pena no debe rebasar el marco fijado por el desvalor de la acción efectuada y, segundo, la conservación del poder actuar de otro modo también como criterio garantizador. No se trata de determinar si (en forma absoluta) le era posible actuar de modo distinto al sujeto ni tampoco averiguar si le era real y efectivamente imposible actuar conforme a derecho, sino simplemente de tomar en cuenta todas las circunstancias que en el caso concreto recayeron sobre el sujeto, ya sea determinándolo o influyéndolo en su actuar, en mayor o menor medida¹⁹⁷. Sin embargo, considera que el mantenimiento del principio de adecuación entre pena y acción delictiva no es impedimento para renunciar a la aplicación de aquélla o bien para su disminución cuando no es *necesaria*. La *necesidad de la pena* es un criterio adicional a la culpabilidad,

¹⁹⁶ Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 121-122 y del mismo autor *Derecho penal; Parte General*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, p. 164.

¹⁹⁷ Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 38, 53-54 y 78-80.

una nueva garantía de limitación: la pena no debe ser impuesta en aquellos casos en que resulte innecesaria¹⁹⁸.

Muñoz Conde es otro de los que intenta solucionar los problemas de la culpabilidad tradicional a través de la teoría de la motivación. Cree poder superar la alternativa entre aceptar el poder actuar de otra manera o negar la culpabilidad como presupuesto de la pena, fundando materialmente el concepto de culpabilidad de manera distinta. Influido al igual que Jakobs por Niklas Luhmann, redefine a la culpabilidad. La reformulación del concepto de culpabilidad implica, por un lado, el paso de una concepción individual de la culpabilidad a una concepción social y, por otro, su puesta en relación con la función de motivación de la norma penal. Formalmente la culpabilidad es la declaración de frustración de una expectativa jurídico-penal de una conducta determinada, que posibilita la imposición de una pena¹⁹⁹, y para esta declaración no es decisivo que el sujeto pudiera elegir entre varias conductas, sino que *tiene que optar por evitar* una determinada, que es la que la norma prohíbe. Pero, además, materialmente la culpabilidad es la fase que culmina el proceso de motivación, este proceso comienza con la niñez en el ámbito familiar y se desarrolla durante toda su vida intentando que el sujeto aprenda las pautas de convivencia social. La norma penal es uno de los mecanismos de control social, su función es la motivación para la protección de bienes jurídicos; cumple una función confirmadora y aseguradora de otras instancias de control más sutiles y eficaces²⁰⁰. Concibe a la motivación como el fundamento material de la culpabilidad, como el denominador común o aglutinante de la categoría sistémica *culpabilidad*; explica el proceso motivatorio en términos psicológicos, en el que la amenaza de pena contenida en la norma actúa como estímulo inhibitorio de las conductas antijurídicas. Es evidente que, aunque este autor no se apoya precisamente en el libre albedrío del que desconfía, sí lo hace en otra presunción similar, la de que los hombres pueden ser motivados por las normas penales, lo que lo coloca en un dilema similar al que quiso evitar.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 55-56.

¹⁹⁹ Muñoz Conde, F, "El principio de culpabilidad", en *III Jornadas de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 228.

²⁰⁰ Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, citado por Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 122.

Para Mir Puig, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido puede atribuirse a su autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normal²⁰¹. A diferencia de otros autores -Welzel, por ejemplo- considera que en el tipo de injusto se examina ya el hecho concreto, por lo que ya es tenida en cuenta la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma. Lo que queda como objeto específico de la culpabilidad es la comprobación de la normalidad de la motivación²⁰². La motivabilidad del sujeto expresa la condición bajo la que una conducta es atribuible a su autor. Para Mir, en un derecho penal preventivo, propio de un Estado social y democrático de Derecho, la necesidad de pena pudiera ser, en principio, fundamento de la culpabilidad; sin embargo, falta responder porqué la comunidad no se escandaliza con la falta de castigo al inculpable (inimputable) que puede ser peligroso. La respuesta es que se trata de sujetos anormalmente motivables por las normas. No es que el inculpable no sea motivable por la norma, sino que tienen una inferior capacidad para cumplir el mandato normativo, en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Si se impusiera al primero, pese a lo anterior, la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una rudeza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal²⁰³. Se violaría el principio de igualdad real, ya que, aunque pueda ser motivable, no es normalmente motivable. De esta manera Mir añade una característica a la motivabilidad como fundamento de la culpabilidad: la normalidad. Desde esta perspectiva, podría entrar en consideración otro tipo de desigualdades que implique una motivabilidad anormal, como, por ejemplo, las desigualdades sociales; en relación con ellas Mir argumenta que no son del tipo que configuren una motivabilidad absolutamente anormal y, por tanto, la inculpabilidad del sujeto, pero que pueden servir para atenuar la culpabilidad²⁰⁴. Al igual que en el planteamiento de Muñoz Conde, la referencia a la normalidad de la motivación supone eludir el problema de la constatación positiva de la motivabilidad del sujeto culpable. Parte de la presunción de que el *hombre normal* es motivable, lo

²⁰¹ Mir Puig, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 88.

²⁰² *Ibidem*, p. 90.

²⁰³ *Ibidem*, p. 85.

²⁰⁴ Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 125.

que no difiere de la teoría del *hombre medio* como juicio de referencia. Por último, es interesante señalar que Mir, además de la culpabilidad en sentido estricto como elemento del delito, hace referencia, en un sentido amplio, al principio de culpabilidad que tiene la función de poner un límite al poder punitivo, en este sentido el principio de culpabilidad reúne todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de Derecho: *principio de personalidad de la pena, exigencia de imputación objetiva, exigencia de dolo o culpa, necesidad de culpabilidad en sentido estricto*²⁰⁵. Es evidente que en el concepto amplio de culpabilidad Mir incluye contenidos típicos del delito que, en tanto tales, son presupuestos de la punición.

c) La culpabilidad en la determinación de la pena

La culpabilidad en materia de determinación de la pena se asocia con la idea de justicia y con la finalidad retributiva. Pero como se puso en evidencia en los apartados anteriores, el concepto *culpabilidad* tiene, en derecho penal, diversas denotaciones. Al menos podemos mencionar dos: la culpabilidad, en tanto elemento del delito, es presupuesto y, por tanto, fundamento de la punición y, en segundo término, la culpabilidad tiene la función de limitar la punición. Al respecto, Dolcini afirma que:

*La doctrina de la determinación de la pena se refiere, a través de la fórmula "culpabilidad", no tanto a la "reprochabilidad del hecho", sino al "hecho reprochable": la noción de culpabilidad para la determinación de la pena abarca tanto al objeto de la valoración (el hecho típico culpable) como a su predicado valorativo (el complejo de elementos estructurales de la culpabilidad, que condicionan la reprochabilidad del hecho)*²⁰⁶.

La culpabilidad como fundamento de la punición es la que, como también se vio, genera mayores controversias. La discusión sobre el libre albedrío ha dividido a los doctrinarios y ha llevado a algunos de ellos, Gimbernat, por ejemplo, a proponer la desaparición de esta categoría dogmática. Sin embargo, muchos de los que ponen en duda que la

²⁰⁵ Mir Puig, *El derecho penal...*, pp.174-176.

²⁰⁶ Dolcini, *op. cit.*, p. 258.

culpabilidad como fundamento de la pena aceptan su función limitadora. Pero es importante una primera precisión: quienes consideran a la culpabilidad como principal criterio de determinación de la pena o como límite máximo de la punición se refieren al concepto normativo de culpabilidad (con excepción de Jakobs y, quizás, de Roxin que, como se vio, elaboraron un concepto distinto). Esto obedece a que la concepción psicológica no permite graduar la culpabilidad y, en consecuencia, no es útil para la individualización de la sanción: la culpabilidad será dolosa o culposa, no cabe otra posibilidad. Por eso, la mayoría de los autores psicólogos y los códigos que recibieron su influencia recurren como principal criterio de determinación a la peligrosidad -prevención especial-, que era, como dijimos, el criterio propuesto por el positivismo imperante al momento de la formulación de esa teoría. La doctrina y los códigos latinoamericanos de las primeras décadas de este siglo son un claro ejemplo de lo anterior.²⁰⁷

En la doctrina alemana, en cambio, la referencia a la culpabilidad en la determinación de la pena ha sido ineludible, ya que el código germano establece que: *La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena en la vida futura del reo en sociedad* (Parágrafo 46, párr. 1º del StGB, antiguo parágrafo 13, sec. a). En relación con este precepto, la doctrina y la jurisprudencia elaboraron tres posibles interpretaciones: la **teoría de la pena exacta** (*Punktstrafe*), la **teoría del valor de empleo o teoría de los grados** (*Stellenwerttheorie*) y la **teoría del margen de libertad** (*Spielraumtheorie*).

Para la **teoría de la pena exacta** a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada (*punktuell*). La pena adecuada a la culpabilidad define una magnitud concreta, de la cual, sin embargo, cabe separarse parcialmente en aras de consideraciones preventivas. Pero esto último es aceptado en razón de las limitaciones del conocimiento humano; desde un punto de vista ideal, a igual grado de culpabilidad

²⁰⁷ Bacigalupo señaló en su momento que en la mayoría de los países latinoamericanos -donde hasta hace poco tiempo prevaleció la teoría psicológica- no se aceptaba a la culpabilidad por el hecho como fundamento y límite de la medida de la pena. En "Acerca de la responsabilidad y culpabilidad en la medida de la pena", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 2, Buenos Aires, 1973, p. 305. En particular, el caso de México se analizará en el siguiente capítulo.

corresponde una igual magnitud de pena²⁰⁸. Roxin critica esta postura argumentando que no es que exista una magnitud penal que corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos verla con exactitud; sino que tal magnitud no existe. Según este autor el que la pena deba determinarse según el grado de culpabilidad obedece a que de este modo se consigue la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al autor del delito una sanción *merecida*, o sea una sanción que corresponda a la gravedad de su delito²⁰⁹. Como puede observarse el discurso de Roxin se inscribe en el marco teórico de la prevención general positiva, su apelación a la culpabilidad responde a la necesidad de satisfacer la aspiración de justicia de la sociedad.

La teoría del valor de empleo o teoría de los grados marca una separación tajante entre los puntos de vista de la culpabilidad y los puntos de vista preventivos. Según esta teoría, la culpabilidad sólo debe ser tenida en cuenta para determinar la duración de la pena, mientras que la prevención especial sólo debe ser considerada a la hora de decidir otras cuestiones en el marco de la determinación de la pena, como son la clase de pena, la suspensión condicional, etcétera²¹⁰. Contra esta teoría se ha argumentado que la culpabilidad también desempeña un papel en la elección de la clase pena (pena privativa de la libertad o multa) y que la prevención especial tiene igualmente importancia en la duración de la sanción.

Según la **teoría del margen de libertad**, la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta sino que existe un margen (*Spielraum*) que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Dentro de estos límites, para individualizar la sanción exacta aplicable en el caso concreto, se pueden tener en cuenta los otros fines de la pena. De esta manera, primero procede, en el seno del marco legal dado en la punibilidad, determinar el sub-marco de pena adecuada a la culpabilidad del

²⁰⁸ Roxin, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Culpabilidad y prevención...*, p. 96 y Silva Sánchez, Jesús, "Determinación de la pena, motivación y control", Conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam en junio de 1994 (*mimeo*).

²⁰⁹ Roxin, *Loc. cit.*

²¹⁰ Jescheck, *op. cit.*, p. 1199.

hecho, para después proceder, dentro del mismo, a considerar las necesidades preventivas (especialmente de prevención especial), en virtud de un examen del autor considerado en sí mismo. Jescheck critica esta teoría diciendo que es cierto que para ningún delito existe una pena fija determinada como magnitud objetiva, pero que tampoco hay límites fijos de la pena justa tanto en su grado máximo como mínimo; por eso propone seguir la postura de la pena exacta, de modo que el juez parta de la pena que, *según su criterio*, sea la adecuada a la culpabilidad, modificándola después en favor de otros fines de la pena. Según este autor, el juez sólo puede desviarse de su punto de partida, *siempre que la pena siga manteniendo una relación interna con su fundamento compartida por la comunidad*; a esto denomina determinación de la pena como **acto de configuración social**²¹¹.

La **teoría del margen de libertad** admite una variante (*Schuldüberschreitungsverbot*), según la cual las consideraciones preventivo-especiales sobre la persona del autor pueden definir la pena concreta no sólo en el submarco de la pena adecuada a la culpabilidad, sino incluso por debajo del límite inferior de ésta, hasta el límite mínimo del marco legal²¹².

Como se observa en las teorías señaladas -con excepción de la *Stellenwertheorie*-, hoy por hoy se acepta que la determinación de la pena se basa no sólo en la culpabilidad sino que entran en juego, también, finalidades de tipo preventivo. La argumentación de las tesis dominantes se mueve en un terreno mixto: la determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo consideraciones relativas al delito cometido, sino también a la teoría de los fines de la pena. Sobre este punto volveremos en el siguiente apartado. Por el momento es más importante detenernos en qué es lo que se tiene en cuenta para graduar la culpabilidad desde la perspectiva de la determinación de la pena. En efecto, es común que los autores se refieran a que la pena no debe superar el límite máximo de la culpabilidad, pero no se detienen a considerar cómo se establece, en el caso concreto, ese límite máximo. En ocasiones, autores que se inclinan por la culpabilidad por el hecho, a la hora de aplicar ese concepto para la determinación de la pena, lo

²¹¹ Jescheck, *op. cit.*, p. 1199.

²¹² Silva Sánchez, *loc. cit.*

transforman en culpabilidad de autor. Esto ha motivado a Zaffaroni, en una de sus últimas publicaciones, a afirmar que:

En la práctica, la reprochabilidad nunca fue criterio útil para la cuantificación de la pena y la pobreza dogmática en esa materia es la mejor prueba de que siempre se ocultó una falencia dogmática o discursiva difícilmente salvable²¹³.

Al respecto, Dolcini es de los pocos que formula un análisis exhaustivo del contenido de la culpabilidad a la luz de la determinación de la pena. Parte del supuesto de que la culpabilidad tiene el rol de limitar la pena, la cual deber ser escogida en función de la reinserción del reo en la sociedad. Para este autor los contenidos estructurales de la culpabilidad tienen influencia en la determinación de la pena. En relación con la imputabilidad, sostiene que si en el caso concreto la capacidad del sujeto de entender y de querer está disminuida, aunque no lo suficiente como para excluir el delito, se debe fijar un grado de culpabilidad más bajo que el que debiera aplicarse en caso de que no existiera tal disminución. Considera que, también, las circunstancias concomitantes pueden, además de excluir, disminuir la culpabilidad, como, por ejemplo, cuando se ejerce sobre el sujeto una violencia que no es irresistible. En cuanto al dolo y a la culpa -que este autor, por ser partidario de la teoría mixta, incluye en la culpabilidad- considera que debe valorarse, en el dolo, el tiempo de formación del proceso volitivo y distinguirse si trata de dolo directo o eventual, y en la culpa, la distancia entre el comportamiento del sujeto y la norma de cuidado violada²¹⁴.

En segundo término, Dolcini se avoca al análisis del objeto del juicio de culpabilidad. Considera que el juicio de culpabilidad a efectos de limitar la punición no debe ampliarse más allá del hecho ilícito, por lo que se dedica a precisar los límites de este concepto. Rechaza la posibilidad de incluir la culpabilidad de autor en el reproche. Por eso no está de acuerdo con quienes afirman que la teoría de la culpabilidad por la conducta de vida es un perfeccionamiento del juicio jurídico-penal de culpabilidad; para él esta tesis se traduce en una ampliación del objeto del juicio que es incompatible con el principio de legalidad²¹⁵. La culpabilidad por la conducta de vida no debe ser

²¹³ Zaffaroni, *En búsqueda de...*, p. 267.

²¹⁴ Dolcini, *op. cit.*, pp. 257-281.

²¹⁵ *Ibidem*, p.290.

fundamento de la pena pero tampoco debe ser tenida en cuenta para delimitar el *quantum* ni la especie de pena imponible. Se trata de un concepto inaplicable en derecho; su utilización en el ámbito de la determinación de la pena daría como resultado una manipulación, necesariamente arbitraria, por parte del juez, que valoraría sólo algunos los aspectos de la totalidad de la personalidad del sujeto. Asimismo, afirma que la doctrina de la culpabilidad por el carácter se enfrenta a una gran dificultad al momento de justificar porqué una inclinación innata e irresistible a un determinado delito puede ser reprochada al agente mientras que una inclinación patológica lo exculpa (inimputables). La culpabilidad por el carácter es un juego de palabras para aludir a la peligrosidad. En definitiva, considera que la culpabilidad no se adapta a una teoría que, para los fines de la determinación de la pena, tiene en cuenta la totalidad de la personalidad del sujeto, renunciando a distinguir entre comportamientos propiamente culpables e inculpables. En realidad, Dolcini señala acertadamente que las diversas teorías de la culpabilidad por la personalidad, y sobre todo la de la culpabilidad por el carácter, intentaron dar cabida a la prevención especial en el ámbito del derecho de culpabilidad. El problema radica no en tener en cuenta criterios de prevención especial para la determinación de la pena, sino en camuflarlos dentro del juicio de culpabilidad²¹⁶.

Una vez eliminada la culpabilidad de autor en la determinación de la pena y limitado el objeto del juicio de culpabilidad al hecho concreto, Dolcini analiza los *índices* de culpabilidad desde la perspectiva de la legislación italiana. En primer lugar, considera la *conducta anterior y posterior al delito*. Al respecto destaca dos posturas, una que propone un concepto de *hecho* más amplio, propio de la teoría de la determinación de la pena, y otra que trata de justificar la relevancia de las conductas anteriores y posteriores al delito, no en cuanto sean reprochables o meritorias por sí mismas, sino en tanto indicadoras del grado de reprochabilidad del hecho típico. Descarta la primera postura que termina por incluir en el juicio de culpabilidad la conducta de vida del sujeto, sobre la que ya se habló. Acepta, en principio, la segunda corriente que afirma que tales conductas pueden ser tenidas en consideración sólo en la medida que sirvan para dilucidar la culpabilidad del hecho

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 296-301, *passim*.

concreto, en este sentido, las conductas anteriores y posteriores al delito pueden ayudar a determinar la reprochabilidad del hecho típico. Pero para que el juez pueda tener en cuenta conductas anteriores debe hacer una investigación minuciosa que le permita considerarlas en calidad de *síntomas* de la culpabilidad de acto, lo que es sumamente difícil. En relación con las conductas posteriores al delito la doctrina menciona las sucesivas modificaciones, causadas por el propio sujeto, a las consecuencias del delito (resarcimiento, atenuación y agravamiento del daño) así como la conducta procesal del imputado, sobre todo la confesión y la negación a reconocer su propia culpabilidad. También en este caso, si se parte de la noción de hecho de la teoría general del delito -y no del concepto ampliado- no pueden considerarse las conductas posteriores en forma autónoma y sólo podrían ser tenidas en cuenta en tanto *síntomas* del grado de culpabilidad por el hecho²¹⁷. Finalmente, concluye que al considerar las conductas anteriores y posteriores al delito se corre el peligro de incluir situaciones que no pueden ser comprendidas en la culpabilidad de acto²¹⁸, por lo que se inclina por no tomarlas en cuenta.

En relación con las *condiciones de vida individual, familiar y social del reo*, Dolcini piensa que tampoco deben ser consideradas como índice de culpabilidad. Reconoce que su mención por parte del legislador italiano obedece al propósito de tener en cuenta las diferencias sociales y de que esas condiciones sean un factor de disminución de la culpabilidad que opere en favor de las clases inferiores. Pero, la presión ejercida por esos factores no impide, según este autor, la existencia de un margen para una elección individual libre y responsable²¹⁹.

Una vez acotados los índices de culpabilidad, se avoca a analizar factores que sí inciden en el *quantum* de la culpabilidad como son *los motivos, la modalidad de la acción y sus consecuencias culpables*. Los *motivos* deben ser tenidos en cuenta en calidad de indicadores del dominio del sujeto sobre el hecho, a la par de la capacidad de entender y de querer, de la normalidad de las circunstancias concomitantes y de la intensidad del dolo o

²¹⁷ *Ibidem*, 314-317.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 320.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 330.

del grado de la culpa. En esta perspectiva, Dolcini propone que se deberá indagar la intensidad de los motivos, la fuerza que hayan ejercido sobre la voluntad del agente²²⁰. El hecho será más culpable, cuanto menos intensos hayan sido los motivos, y viceversa. Además, a pesar de que existe controversia al respecto, debe tenerse en cuenta su valor ético. La inevitable valoración ética de los motivos debe formularse no desde la perspectiva personal del juez ni de una doctrina filosófica en particular, sino desde el sistema de valores que se asume como dominante en la sociedad y que se refleja en el sistema jurídico. Se trata, entonces, de establecer el valor del motivo en base a criterios objetivos de ética social²²¹.

Con el supuesto de *modalidad de la conducta y de sus consecuencias culpables* previsto en la ley italiana, se incorporan, según este autor, al juicio de culpabilidad consideraciones relativas al desvalor objetivo del ilícito. La culpabilidad es un concepto que se relaciona con un hecho ilícito; en sentido amplio, la realización de un hecho típico y antijurídico es un elemento de la culpabilidad. Si la antijuridicidad tienen un espacio dentro de la culpabilidad, ella deberá incidir en la determinación de la pena. La ilicitud, al igual que la culpabilidad, es una categoría graduable: diversos hechos que sean susbsumibles en un mismo tipo legal pueden afectar con diversa intensidad los intereses sociales protegidos en el ordenamiento. La entidad del reproche, y por lo tanto de la pena, deberá determinarse tanto en relación con el grado de dominio que el sujeto tuvo sobre hecho como con el disvalor de la lesión -abarcado por la culpabilidad- que el hecho produjo en los bienes jurídicos protegidos. El concepto de culpabilidad en su acepción común, más restringida, incluye solamente los presupuestos en presencia de los cuales se puede reprochar al agente el hecho antijurídico; pero en el sentido más amplio incluye también el ilícito, en cuya realización reprochable reside la culpabilidad del agente²²².

Asimismo, la *modalidad de la conducta* puede ser considerada como índice de culpabilidad. En este sentido, el juez deberá tener en cuenta las particularidades del comportamiento concreto del sujeto que, sin influir sobre la calificación legal del hecho, le confieren un significado particular, positivo

²²⁰ *Ibidem*, p. 331.

²²¹ *Ibidem*, pp. 333-334.

²²² *Ibidem*, pp. 335-337.

o negativo. Ejemplo de esto puede ser el uso de determinados instrumentos como armas o el empleo de violencia o, en sentido contrario, la instigación de un tercero. El juzgador deberá tener mucho cuidado de no determinar una pena más alta por modalidades de la conducta que ya fueron tenidas en cuenta por el legislador al elaborar la norma (por ejemplo, los tipos calificados)²²³.

Entre las *consecuencias culpables de la conducta*, Dolcini distingue entre consecuencias internas (la magnitud del daño patrimonial ocasionado en un fraude) y consecuencias externas (la destrucción culposa de una cosa robada). No hay duda de que las primeras deban ser tenidas en cuenta a efectos de la determinación de la pena. Las segundas sólo deben ser tenidas en cuenta si el sujeto pudo preverlas y tuvo control sobre ellas²²⁴.

Otro autor italiano, Ferrajoli, representante de la corriente *garantista*, no realiza un análisis detallado de los criterios de punición contenidos en el artículo 133 de la legislación italiana. Considera que la determinación en abstracto del tipo de pena está ligada al poder de *denotación* legal, mientras que la determinación en concreto de la medida de la pena concierne al poder de *connotación* judicial. Afirma que, a diferencia de la *denotación*, que permite una comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o la falsedad, la *connotación* requiere, inevitablemente, juicios de valor. Los criterios de valoración que presiden la *connotación* judicial de la pena son, para este autor, innumerables y variados; los contenidos en el artículo 133 de la legislación italiana (los motivos para delinquir, el carácter del reo, sus antecedentes penales...) son indicaciones útiles para orientar al juez sobre los elementos a tener en consideración, pero no son exhaustivos. La *connotación*, por su naturaleza, escapa a una completa predeterminación legal, pero el juez debe explicitar y motivar los juicios en que ella se apoya. Continúa diciendo Ferrajoli que, en cuanto al contenido, el objeto de la *connotación* debe limitarse al hecho enjuiciado y no extenderse a consideraciones extrañas a él. Por ello, excluye de los fines de la *connotación* consideraciones en materia de prevención o de defensa social ya que *dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la*

²²³ *Ibidem*, pp. 334-340.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 344-352.

*justicia del caso concreto*²²⁵. Sin embargo, admite, por converger con el principio equitativo de la indulgencia contenido en la Constitución italiana, consideraciones sobre el efecto de la pena en la vida futura del condenado.

La falta de un análisis más minucioso de la legislación quizá obedezca a que Ferrajoli no es propiamente un dogmático, por lo que se interesa en marcar lineamientos generales y no en un estudio minucioso de las normas. Pero este es, precisamente, el problema que existe en el campo de la determinación de la pena, los autores hacen afirmaciones genéricas pero no se detienen a analizar los criterios que en el caso concreto deben ser tenidos en cuenta por el juez. Esto propicia la falta de seguridad jurídica en esta materia.

En esta crítica cabe incluir a Welzel, quien, como Dolcini, adopta la teoría del margen de libertad, pero, a diferencia de éste, considera que dentro del margen de la pena adecuada a la culpabilidad se debe fijar la pena concreta tomando en consideración la prevención especial, la general y la conservación de la lealtad al derecho. Este autor formula un análisis mucho menos detallado que el del italiano sobre los aspectos a tener en cuenta para la determinación de la pena. Siguiendo los lineamientos del Código Penal Alemán, señala que la medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad. Afirma que la culpabilidad *es el fracaso de la persona autorresponsable ante las exigencias del derecho al ejecutar la acción antijurídica*²²⁶. El grado de culpabilidad se determina desde dos puntos de vista: según la importancia de la exigencia que el derecho formula a la persona (factores generales), y según el fracaso de la persona en la situación concreta (factores individuales).

Los factores generales (*objetivos*) están dados por la importancia de la norma ético-social lesionada, incluido el bien jurídico tutelado por ella dentro del orden social. La valoración ético-social media de la infracción a la norma se encuentra expresada en las conminaciones punitivas legales, pero la importancia de la lesión de la norma está subordinada a variaciones condicionadas temporalmente y que el juez deberá tomar en consideración. El autor pone como ejemplo que al aumentar la densidad del tránsito de

²²⁵ Ferrajoli, *Derecho y...*, p. 406.

²²⁶ Welzel, *Derecho penal...*, p. 304.

vehículos aumenta la importancia ético-social del recíproco respeto en él y la observancia de los reglamentos de tránsito²²⁷.

Entre los factores individuales (subjetivos) distingue el grado de culpabilidad individual y la adaptación individual de la pena al autor. Dentro del grado de culpabilidad individual señala: los motivos y los fines del autor; el ánimo, que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el hecho; el grado de la contrariedad al deber; el modo de ejecución y los efectos resultantes del hecho; la vida anterior del autor y sus circunstancias personales, su situación económica, como también su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos en reparar el daño causado, *mientras que el hecho de negar sólo debe interesar para el examen de la personalidad y la persistencia de la voluntad*²²⁸. Con respecto a la adaptación individual de la pena al autor, menciona, en primer lugar, que la pena debe ser adecuada al autor individual: una misma pena (reclusión) para el mismo hecho puede ser para uno de los autores un episodio corto, único en su vida (y, por lo tanto, justo), en cambio para otro, por el contrario, puede significar el fracaso de su vida (y por ello ser injusta). En segundo lugar, dice que el autor debe ser receptivo a la pena: el autor puede ser insensible (por ejemplo, a la pena pecuniaria) o hipersensible para una pena determinada (así, por ejemplo, el condenado a prisión por primera vez, en oposición al que ha sido condenado antes). Welzel afirma que cuando el autor es insensible para toda pena considerada como retribución justa, deben incorporarse en forma complementaria medidas de seguridad²²⁹.

Como puede observarse Welzel incluye dentro de la pena adecuada a la culpabilidad factores que, según Dolcini, responden a criterios preventivos. Además, en este caso se confirma la dicho por Zaffaroni de que los autores al tratar a la culpabilidad como elemento del delito la definen de una manera y al hacerlo como medida de la pena la definen de otra. Lamentablemente, por el poco espacio que Welzel dedica al tema, no quedan claras las razones que sustentan sus afirmaciones.

²²⁷ *Ibidem*, p. 305.

²²⁸ *Loc. cit.*

²²⁹ *Ibidem*, pp. 305-306.

2. Prevención y punición

a) La prevención en derecho penal

Las concepciones preventivas en derecho penal, que fueron analizadas en el capítulo anterior en las teorías de la pena, se localizan dentro del utilitarismo jurídico. La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor en sí misma, representa el rasgo común de todas las doctrinas *relativas o utilitaristas*. El utilitarismo, en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es presupuesto necesario -aunque no el único- de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del Estado. Por ello, es un elemento esencial en la tradición penal liberal²³⁰.

El utilitarismo se desarrolla como doctrina jurídica y política -aunque sus antecedentes se remontan a Platón, Aristóteles y Epicuro- en el pensamiento iusnaturalista y contractualista del siglo XVII, en el que se sientan las bases del Estado de Derecho y, en consecuencia, del derecho penal moderno. Francis Bacon afirmó que *El fin hacia el que tiende la ley y hacia el que orienta sus disposiciones y sanciones, no es otro que la felicidad de los ciudadanos*²³¹. En el mismo sentido, la Declaración de Derechos de Virginia proclama, en su artículo 3, que *El gobierno es, o debe ser, instituido para la utilidad común, protección y seguridad del pueblo, de la nación o comunidad. De todos los diferentes modos o formas de gobierno, es mejor el que sea capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad*.

En el ámbito penal, el utilitarismo se expresa en la fundamentación de las prohibiciones y de las penas. Pensadores como Grocio, Locke, Pufendorf y Thomasius se pronunciaron en contra de la pena como venganza y en favor de su utilidad preventiva²³². Ya en la época de la Ilustración, la función utilitaria de la pena se convierte en denominador común de todo el pensamiento penal reformador, asociándose expresamente a la doctrina de la

²³⁰ Ferrajoli, *Derecho y...*, pp. 258-259.

²³¹ F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX* [1623], en *Works*, I, lib. VIII, cap. III, afor. 8, p. 805, citado por Ferrajoli, *Derecho...*, p. 259.

²³² *Ibidem*, p. 259.

separación entre derecho y moral. Es así que Montesquie, Beccaria, Blackstone, Bentham, entre otros, coinciden en afirmar que los sufrimientos ocasionados por las penas son precios necesarios para impedir males mayores, y no la consagración de valores éticos o religiosos.

Ferrajoli distingue dos versiones del utilitarismo según sea que se persiga el fin de máxima seguridad o el de mínima aflicción.

Las primera versión (*ex parte principis*) es de signo indiscutiblemente autoritario y da lugar a modelos de derecho penal máximo. En este caso se persigue la utilidad de los gobernantes, o bien, desde una perspectiva idealista, la utilidad del Estado entendido como sujeto político autónomo, situado por encima de la sociedad²³³. Son autores representativos de esta corriente los teóricos de la *razón de estado*, como Maquiavelo o Carl Schmitt. Según Ferrajoli es difícil encontrar penalistas dentro de esta corriente, porque *en esta materia (derecho penal) la razón de estado siempre ha sido bastante más practicada que explícitamente teorizada*²³⁴. Este tipo de doctrinas, basadas en el principio de que *el fin justifica los medios*, se oponen abiertamente al modelo de Estado de Derecho. En el siglo XX, encontramos expresiones de ellas en las dictaduras militares que tuvieron lugar en el Cono Sur en la década de los setentas.

La segunda versión (*ex parte populi*) es la que caracteriza a la filosofía penal de origen contractualista, propia de la Ilustración. En este caso se persigue el bienestar o la utilidad no ya de los gobernantes sino de los gobernados. Condorcet afirmó que *las leyes están hechas para la utilidad de los ciudadanos que les deben obediencia y no para cuantos están encargados de hacer que se observen*²³⁵. Este tipo de utilitarismo da lugar a modelos de derecho penal mínimo y garantista. Sin embargo, Ferrajoli distingue, dentro de esta segunda versión, dos posibles vertientes: una que refiere el fin (sólo) a los intereses de la seguridad social, distintos de los de aquellos a los que se inflige la pena, y otra que refiere el fin (también) a los intereses de los

²³³ *Ibidem*, p. 260.

²³⁴ *Loc. cit.*

²³⁵ *Série de fragments faisant partie d'un manuscrit sur les lois criminelles*, en los *Inediti* publicados por M. da Passano en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Citado por Ferrajoli, *Derecho* y..., p. 261.

destinatarios de la pena. La primera vertiente no permite exigir algún límite o garantía a la intervención punitiva y por lo tanto sirve de fundamento a modelos de derecho penal máximo (por ejemplo, los postulados de la escuela positiva italiana). La segunda, por el contrario, pone límites al derecho penal, el que sólo se justifica si su intervención se limita al mínimo necesario. Las propuestas de Beccaria e incluso de Bentham apuntan en este sentido (la pena es producto de la necesidad y no se deben establecer más penas que las estrictamente necesarias); sin embargo, al ser interpretadas, muchas de las veces, dentro de la concepción de que la utilidad radica únicamente en la prevención de los delitos, resultan incapaces para fundamentar criterios de delimitación y minimización del derecho penal²³⁶.

Las teorías de la prevención general y la de la prevención especial, en sus variantes positiva y negativa, se conciben, en su mayoría, según Ferrajoli, en relación con la prevención de delitos semejantes por parte del reo de otros sujetos, por lo que se refieren a la utilidad de la mayoría²³⁷. Pero, como se señaló en el primer capítulo, cada vez más se defienden posturas polivalentes acerca de los fines del derecho penal, los que se asocian a los distintos niveles de actuación penal del Estado. Es por ello que en el momento de la determinación judicial de la pena, los autores defensores de posturas preventivas, aunque en su mayoría se inclinan por la prevención especial, reconocen como límite a la culpabilidad o, en todo caso, combinan finalidades preventivo generales y especiales. De esta manera se pretende salvar la crítica de Ferrajoli de que la prevención entendida sólo en beneficio de la mayoría no pone límites a la intervención estatal.

Las finalidades preventivas no han tenido una acogida explícita dentro de la teoría del delito, al menos, no la han tenido de igual manera que la retribución a través del elemento culpabilidad. Contra ello se revela Silva Sánchez, para quien *los fines de la pena* deben ser tenidos en consideración para definir la estructura y contenido de los elementos del delito²³⁸. Según este autor, las finalidades preventivas dejarían de ser sólo materia de la determinación de la pena -y ajenas al hecho delictivo- para pasar a formar

²³⁶ *Ibidem*, p. 262.

²³⁷ *Ibidem*, p. 263.

²³⁸ Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 5 y ss.

parte del delito; de este modo, la individualización de la pena consistiría, esencialmente, *en la operación de concreción del contenido delictivo del hecho*²³⁹.

Pero debe reconocerse que, aunque no en forma generalizada, las finalidades preventivas han sido tenidas en cuenta por diversos autores para definir los contenidos dogmáticos. Así, por ejemplo, Olga Islas y Elpidio Ramírez afirman que las causas de justificación obedecen a la necesidad de salvar bienes, lo que afecta directamente el contenido del injusto, y Jakobs y los partidarios de la teoría de la prevención general positiva aluden a un concepto formal de culpabilidad, la cual se mide en función de la necesidad de satisfacer las expectativas frustradas del conjunto social.

Sin embargo, dado que la discusión dogmática sobre las finalidades preventivas es reducida, nos avocaremos directamente a la prevención general y especial en la determinación de la pena, y haremos alusión, en cada caso, a las consecuencias que tengan en el campo de la teoría del delito.

b) La prevención general en la determinación de la pena

Son pocos los autores que sostienen que la prevención general debe ser el criterio orientador al momento de la determinación de la pena, sobre todo si los comparamos con los defensores de la prevención especial o de la culpabilidad. Esto sin olvidar la muy acertada observación de García Arán: *...una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivo generales y otra muy distinta, que el juez deba perseguirlos como objetivo específico y considerarlo como materia propia de su contenido*²⁴⁰.

Uno de los autores que se ha dedicado con más detenimiento a sostener que la prevención general debe ser el principal criterio de punición es Luzón Peña, quien rechaza, siguiendo a Gimbernat, la retribución de la culpabilidad porque esta última, entendida como reprochabilidad, presupone la existencia

²³⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁴⁰ García Arán, M., "La prevención general en la determinación de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, fascículos II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981, p. 513.

del libre albedrío, que es indemostrable²⁴¹. Entiende que la prevención general abarca dos aspectos: intimidación y prevalecimiento del orden jurídico, *es decir que lo que basta a los efectos de intimidación general será también bastante para el prevalecimiento del orden jurídico*²⁴². Acepta, también, que la prevención especial -que puede consistir tanto en resocialización como en intimidación especial, aseguramiento o inocuización- es un criterio válido para la fundamentación y determinación de la pena, pero, en caso de que haya absoluta incompatibilidad entre ambos criterios, **hay que dar preferencia a la prevención general, de modo que las exigencias mínimas de prevención general deben prevalecer ya en la fase de imposición y determinación sobre las exigencias de prevención especial**²⁴³. Esto obedece a que en caso de que la finalidad preventivo especial fracasase o la ejecución no tenga sentido porque el sujeto no la necesite, ello creará conflictos pero únicamente respecto de una sola *persona delincente*; en cambio, si se sacrificase la eficacia de la prevención general y se rebajaran las barreras inhibitoras frente a la generalidad, el peligro para la sociedad sería mucho más grande²⁴⁴. El límite de la determinación de la pena lo encuentra en el principio de proporcionalidad, pero lo explica desde la perspectiva de la prevención general; parafraseando a Gimbernat sostiene que la ley, al tener mayor interés en evitar, por ser más intolerables, los hechos más graves que los menos graves, debe amenazar con una pena superior a aquéllos²⁴⁵.

También Pagliaro sostiene una postura semejante, apoyándose en tres argumentos básicos: 1) La actuación judicial debe adecuarse al programa de acción preventivo general establecido por el legislador; 2) La adaptación del criterio preventivo general supone perfeccionar la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho, puesto que en dicha gravedad debe considerarse también lo externo al propio hecho, y 3) Los criterios restantes, como la retribución de la culpabilidad, son insuficientes²⁴⁶.

²⁴¹ Luzón Peña, *Medición de la pena y substitutos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 21.

²⁴² *Ibidem*, p. 35.

²⁴³ *Ibidem*, p. 61.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.p. 64-65.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 24.

²⁴⁶ Pagliaro A., "*Commisurazione della pena e prevenzione generale*", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, enero-marzo, 1981, pp. 30-31.

Por su parte, los autores alemanes que consideran que la prevención general debe ser uno de los criterios -si no el más importante- para la determinación de la pena se ven condicionados por la regulación expresa del código que, como dijimos, menciona a la culpabilidad como fundamento de la determinación de la pena. Por ello, tratan de explicar la presencia de criterios preventivo generales en la magnitud de la culpabilidad. Roxin habla de *prevención general integradora*: considera que la pena adecuada a la culpabilidad es, ante todo, un instrumento de prevención general, ya que una proporcionalidad considerada justa entre culpabilidad y pena *proporciona a la condena la posibilidad de un consenso en la comunidad jurídica y le asegura la autoridad, que es sumamente útil para el mantenimiento del orden jurídico*²⁴⁷. A su vez, Noll intenta determinar la magnitud de la culpabilidad de acuerdo con necesidades preventivo generales, ya que dicha magnitud depende de la gravedad de la lesión del bien jurídico que, por su parte, se basa en el valor que ese bien jurídico tiene para la sociedad²⁴⁸. También podemos incluir en este apartado a los autores que, como Jakcobs, otorgan a todo el sistema una finalidad preventivo general y desde ese contexto definen a la culpabilidad.

En México, Olga Islas, quien sostiene una postura que puede incluirse en la del margen de libertad, reconoce finalidades preventivo generales en la determinación de la pena al decir que *la punición es ...realizada por el juez para reafirmar la prevención general*²⁴⁹.

La teoría de la prevención general, tal como se expuso en el primer capítulo, fue objeto de varias críticas, pero, en relación con su función en la determinación de la pena se formularon objeciones particulares. García Arán ha llevado la voz cantante en este terreno al poner en claro lo que implica aceptar que el juez, al momento de la punición, persiga finalidades preventivo generales.

²⁴⁷ Roxin, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal", en *Culpabilidad y prevención...*, p. 181. Aunque este autor concede también relevancia a la prevención especial en la determinación de la pena.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 182.

²⁴⁹ Islas, O., *Análisis lógico...*, p. 25.

En primer término señala, acertadamente, que si se afirma que la finalidad preventivo general debe orientar la determinación de la pena, se acepta que la actuación del juez deba perseguir efectos sobre la colectividad, *atribuyéndosele un determinado grado de competencia reguladora de la conducta general*²⁵⁰. Es indudable, como ya se mencionó, que la actuación del juez podrá tener efectos en el resto de la comunidad, pero ello no significa que ello constituya su finalidad. El juez no puede imponer una sanción a un sujeto en función de los demás, y, por otra parte, como el legislador tuvo en cuenta la prevención general al escoger el intervalo de punibilidad, la sanción que imponga en el caso concreto se adecuará a las exigencias colectivas.

Otro aspecto a considerar es el de las posibilidades y la eficacia de la estimación preventivo general por el juez. En el primer aspecto, el tema se relaciona con la alarma social, es posible suponer que sea en aquellos casos que provocan mayor *alarma social* en los que se incrementa la pena por razones preventivo generales. Mercedes Arán señala atinadamente el peligro de que se cuelen motivos irracionales magnificados por la prensa sensacionalista. En todo caso, un juez que quisiera atender criterios objetivos de prevención general debería contar con estudios empíricos confiables sobre la clase de delito de que se trate. En cuanto a la eficacia que una determinada pena pueda tener sobre el resto de la comunidad, los estudios con los que se cuenta la ponen en duda: Haag señala como factores relevantes a efectos de la prevención general la posición social del agente, la amplitud del ámbito en que se difunda la noticia, las características de las personas entre las que se difunde y la precedente frecuencia de la comisión²⁵¹; Hassemer destaca que para confiar en el valor preventivo general de la sentencia sería necesario que ésta fuera comunicada a los sujetos sobre los que se pretende influir, que éstos fueran motivables y que el juez estuviera en condiciones de realizar una prognosis preventivo general con base empírica²⁵²; Dolcini recoge estudios realizados en el mundo anglosajón que ponen de manifiesto la irrelevancia de la mayor severidad judicial en cuanto a la tasa de criminalidad, destacando que sólo se aprecia una cierta influencia en el caso del homicidio, lo cual

²⁵⁰ García Arán, M., "La prevención...", p. 512.

²⁵¹ Haag, K., *Rationale Strafzumessung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969, p. 154; citado por García Arán, "La prevención...", p. 517.

²⁵² Hassemer, W., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonia, 1980, p. 137; citado por García Arán, "La prevención...", p. 517.

parece depender de la mayor certeza de la aplicación del castigo²⁵³. En todo caso la eficacia preventivo general radica, según los estudios señalados, en la imposición efectiva de la sanción y no en el *quantum* de la misma.

c) La prevención especial en la determinación de la pena

Esta teoría ha conquistado más adeptos que la anterior. Sus bases fueron sentadas, como ya dijimos, por von Liszt (escuela de la defensa social) en Alemania y Ferri (escuela positiva) en Italia. Aunque la propuesta de estos autores apuntaba a la finalidad de la pena en general, ella influyó para que muchos códigos penales (Argentina, México, Italia) estipularan que el juez, al momento de la determinación de la pena, debía tener en cuenta las características personales del delincuente. En el derecho anglosajón, especialmente en Estado Unidos, también se impuso esta corriente. El *quantum* de la pena, según este criterio, se establece en función del autor y no del hecho cometido.

Durante la primera mitad de este siglo, y en algunos casos hasta la actualidad, la **peligrosidad** pasó a ser el criterio más importante de individualización en la mayoría de los sistemas penales latinoamericanos y en algunos europeos. Sin embargo, a pesar de que los códigos y los jueces utilizaban este concepto -o, en ocasiones, el de *temibilidad*- el significado que se le atribuía, y que todavía se le atribuye, no era preciso.

En primer lugar debe distinguirse entre el estado peligroso del delincuente y el hecho peligroso en sentido objetivo, *entendido éste como la potencialidad de daño insita en determinada modificación del mundo exterior*²⁵⁴. Hay, a menudo, confusión entre la peligrosidad de un comportamiento dado y la peligrosidad del individuo; el comportamiento es considerado como reflejo de la personalidad de un individuo que, en consecuencia, es él mismo juzgado como peligroso. En segundo lugar hay

²⁵³ Dolcini, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

²⁵⁴ Rubio, Zulma, "La peligrosidad y la adecuación de las penas y de las medidas de seguridad", en *Revista Procesal*, Nos. 4, 5 y 6, Año 4, México, 1975, p. 369.

que diferenciar la peligrosidad en sentido positivista, como sustituta de la culpabilidad, de la peligrosidad como criterio para la individualización de la sanción.

Pero aún hechas estas precisiones, persisten vaguedades en la connotación del concepto. Desde la perspectiva jurídica, Grispigni definió a la peligrosidad como la capacidad de un sujeto para convertirse con probabilidad en autor de un delito, y Petrocelli consideró que no es una cualidad ni una tendencia sino un complejo de condiciones. Quiroz Cuarón cita un análisis dogmático del Código Penal Argentino, según el cual se consideran circunstancias de mayor peligrosidad: haber llevado una vida deshonesta disoluta y parasitaria; tener antecedentes policiales o penales; la precocidad en la comisión de un delito grave; haber obrado por motivos innobles; la naturaleza de la acción, lugar, tiempo y medios; obrar con la participación de otros; la preparación minuciosa del acto; cometer el delito durante estado de proceso; la agravación de las consecuencias del delito, y la conducta reprochable post-delictiva. A su vez, se entiende que son circunstancias de menor peligrosidad: la honestidad y laboriosidad de la vida precedente al delito y todo lo que revele que el delito fue puramente circunstancial y carezca de valor sintomático como manifestación de tendencia criminal²⁵⁵.

En el ámbito de la psicología y de la sociología numerosos autores han señalado que no puede hacerse depender la noción de peligrosidad de las características de un individuo sino que es necesario tener en cuenta el contexto en el que se encuentre; sin embargo, Scott, con fines prácticos, sugirió definir a la peligrosidad como *la tendencia imprevisible de infligir actos perjudiciales o destructivos o inducir a terceros a tales actos. La peligrosidad puede, igualmente, ser dirigida hacia sí mismo*²⁵⁶. Este autor pone el acento en uno de los aspectos más cuestionables que es el de la posibilidad de predicción de la peligrosidad.

²⁵⁵ Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, Porrúa, México, p. 1000.

²⁵⁶ Scott, P. D., "Assesing dangerousness in criminals", en *British Journal of Psychiatry*, CXXXI, 1977, pp. 127-142. Citado por Cléopatre Montandon en *La peligrosidad: Revisión de la literatura anglosajona*. Instituto de Medicina Legal, Universidad de Ginebra, s/f. (El ejemplar consultado es una versión estenográfica que fue traducida por Angela Vázquez).

Existen dos métodos principales para la predicción de peligrosidad: un método clínico y un método estadístico. El primero se basa en entrevistas, anamnesis y test psicológicos. El segundo utiliza las escalas de predicción donde se evalúan una serie de factores considerados estadísticamente ligados a las conductas criminales.

El método clínico ha sido criticado porque hay una tendencia a sobrevaluar la peligrosidad. Ello es producto, por una parte, de que los psiquiatras, por su formación y por los modelos teóricos que utilizan, tienden a aislar ciertos atributos de la personalidad en detrimento de otros y, por otra, al hecho de que ignoran ciertas reglas estadísticas elementales cuando efectúan sus predicciones por lo que, con frecuencia, otorgan mucha importancia a informaciones específicas basadas en signos clínicos, cuando las tasas de probabilidad de tales comportamientos son bajas²⁵⁷.

El método estadístico basado en tablas actuariales ha sido igualmente criticado. Estas tablas clasifican a los individuos según su comportamiento pasado, su edad, sus características psicológicas y sociales, las apreciaciones de psiquiatras u otros profesionales, etcétera, y los sitúan dentro de grupos de probabilidad. Pero se critica a esas tablas la imposibilidad de tener en cuenta las especificidades individuales y los diversos cambios que pueden sobrevenir a nivel de la personalidad o de las conductas sociales del individuo²⁵⁸.

Precisamente, una de los argumentos más sólidos en contra de la graduación de la pena por la peligrosidad fue su imposibilidad de verificación empírica, lo que la hacía científicamente insostenible. Acertadamente Luis de la Barreda señaló los riesgos de la postura peligrosista que, llevada a sus últimas consecuencias, permitía sancionar al peligroso por anticipado, predelictualmente²⁵⁹.

Lo anterior, aunado a la carga estigmatizadora del concepto de peligrosidad, favoreció que, en la década de los 60, la prevención especial

²⁵⁷ Montandon, C., *op. cit.*, pp. 12-14.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 15-16.

²⁵⁹ Luis de la Barreda Solórzano, "Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena", en *Revista Mexicana de justicia*, número 1, vol. I, México, enero-marzo 1983, pp. 87 a 120.

experimentara una transformación de su fisonomía: en primer lugar, el fin de la pena se definió a través del concepto de *resocialización*; se procuró dar cabida, en segundo lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la *corresponsabilidad de la sociedad en el delito*, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, y, en tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en el tratamiento²⁶⁰. De una prevención especial fundamentalmente de carácter negativo se pasó a la vertiente de corte positivo.

Actualmente, la mayoría de los autores que sostienen que el juez al momento de la punición debe tener en cuenta consideraciones de tipo preventivo especial se refieren, no ya a la peligrosidad, sino a la reinserción social del sujeto. Hassemer, por ejemplo, habla de *resocialización*, aunque reconoce la existencia de obstáculos para poder lograrla. Según este autor, el juez debe combinar las necesidades de resocialización del delincuente con el principio de proporcionalidad del hecho: los requerimientos preventivo especiales no pueden dar lugar a una pena que rebase el margen de proporcionalidad con el hecho cometido²⁶¹.

Dolcini considera que la resocialización o reeducación del sujeto podrá servir de fundamento para la determinación de la pena sólo en el caso de que su contenido permita entrever la posibilidad de ayudar al condenado a superar los factores que condicionaron su conducta delictiva. Si tal posibilidad no existe, la respuesta punitiva deberá formularse en términos de puro amedrantamiento: el juez deberá escoger, dentro del intervalo de punibilidad, la pena más idónea, por su grado de afflictividad, para impedir que el sujeto vuelva a delinquir²⁶². El límite de la pena aplicable estará dado por la culpabilidad del sujeto, hasta este límite o por debajo de él el juez fijará la pena atendiendo a consideraciones preventivo especiales, pero nunca deberá tener en cuenta las preventivo generales²⁶³.

²⁶⁰ Bacigalupo, E., *Principio de ...*, p. 22.

²⁶¹ Hassemer, W, *Fundamentos...*, pp. 352-364.

²⁶² Dolcini, *op. cit.*, pp.162-163.

²⁶³ *Ibidem, passim.*

En igual sentido, García Arán considera que la determinación de la pena debe adecuarse solamente a la personalidad del sujeto y a la gravedad del hecho, y, explica, que un tema muy distinto es que una pena fijada conforme a tales criterios produzca efectos preventivo generales²⁶⁴.

Como puede verse los autores contemporáneos partidarios de la prevención especial reconocen, en todos los casos, la necesidad de limitar esta finalidad, ya sea con el principio de culpabilidad (Dolcini) o de proporcionalidad (Hassemer, García Arán). Aunque no se detienen a analizar las cuestiones concretas que debe valorar el juez para efectos de la resocialización, no cabe duda que ellas se relacionan con las características personales y el entorno social del sujeto.

Finalmente, y en contra de las opiniones anteriores, Schönemann opina que debe eliminarse de la medición de la pena toda consideración de los matices de la personalidad del autor, que sólo conduce a una desigualdad y, en definitiva, a una irracionalidad en la medición ya que no hay un criterio vinculante para esos matices. Para este autor, las consideraciones preventivo-especiales solamente deberían desempeñar un papel en el marco de las decisiones de pronóstico (suspensión condicional de la pena), de modo que ellas nunca pueden incidir sobre la pena preventivo-general en perjuicio del autor sino sólo (en caso de pronóstico favorable) en favor de él²⁶⁵.

²⁶⁴ García Arán, M., *Los criterios de ...*, p. 121.

²⁶⁵ Schönemann, Bernd, "El funcionamiento del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en Schönemann, B. (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 176.

3. Bases teóricas de la punición

a) La culpabilidad: la medida de la reacción estatal

El ser humano responsable

La libertad de decisión del ser humano es, tal como se vio, el núcleo problemático en el que se genera la discusión sobre el concepto de culpabilidad penal. Llama la atención que, en el ámbito jurídico, este debate se haya llevado a cabo, principalmente, en el campo penal y solamente en relación con uno de los elementos del delito. Es evidente que la decisión en favor o en contra de la libertad de decisión en los seres humanos afecta al concepto de persona jurídica en sentido amplio y, en lo penal, a más de un elemento del delito. Si aceptamos que el injusto contiene elementos de carácter subjetivo (psicológicos) ellos no pueden estar ajenos a este presupuesto básico del funcionamiento de la mente humana.

Debe hacerse, en primer término, la distinción entre libertad de acción y libertad de decisión. La libertad de acción se refiere a la ausencia de coacción externa: violencia física o amenazas, en cambio, la libertad de decisión se relaciona con la posibilidad del ser humano de escoger entre dos alternativas sin condicionamientos internos. Esta distinción no siempre se ha respetado, especialmente no lo han hecho aquellos que han pretendido afirmar que el libre albedrío es compatible con el determinismo. El intento más famoso en este sentido fue el de Hobbes y Hume, quienes sostuvieron que *libertad* no significa otra cosa que *ausencia de compulsión* y, en consecuencia, una acción es libre cuando es resultado de nuestra voluntad o decisión y no de factores externos que operan con prescindencia de tal voluntad, independientemente de que, a su vez, nuestra voluntad sea el resultado de factores causales precedentes²⁶⁶. Posteriormente ha habido otros intentos de compatibilizar ambas tesis, pero todos han fracasado.

²⁶⁶ Nino, C., *Los límites...*, pp. 372-373.

El determinismo imperó en el ámbito de las llamadas las llamadas ciencias duras, sin que existiera duda alguna sobre su validez explicativa, hasta la primera década de este siglo. La teoría determinista por excelencia fue la de Newton que, al decir de Popper, fue la primera teoría científica que tuvo un gran éxito en la historia. Era una teoría que explicaba con precisión, no sólo los movimientos de todas las estrellas con su trayectoria, sino también, y con igual precisión, los movimientos de los cuerpos en la Tierra, tales como los de las manzanas en caída libre, o los de los proyectiles, o los de los relojes de péndulo²⁶⁷. El determinismo físico implica que cada acontecimiento físico en el distante futuro (o en el distante pasado) es predecible (o retrodecible) con cualquier grado de precisión, siempre y cuando tengamos suficiente conocimiento acerca del estado actual del mundo físico. Esta tesis tuvo repercusiones en el ámbito de la psicología, en donde se sostuvo que nuestras acciones o nuestras voliciones, o nuestros gustos, o nuestras preferencias, son "causados" *psicológicamente* por experiencias anteriores (motivos o motivaciones) y, en última instancia, por nuestra herencia y por el medio²⁶⁸. Un ejemplo de esto es la corriente psicológica conductista.

El esquema newtoniano, aparentemente perfecto, fue puesto en entredicho, a partir de la segunda década del siglo XX, con los descubrimientos de la física cuántica. La dificultad para medir y predecir la trayectoria de los electrones dentro del átomo puso en tela de juicio todo el concepto de continuidad en la naturaleza. Se siguió hablando de movimiento, pero ya nadie osaba imaginar una trayectoria continua. Al decir de March, *el funcionamiento mismo de la realidad en su nivel último parece reducido a un juego de dados cósmico en que todo está sujeto a los caprichos de la casualidad*²⁶⁹. La interpretación determinista es suplantada, entonces, por la probabilista.

Popper niega que la única opción frente al determinismo sea el azar, afirma que es falso que todos los cambios físicos en el mundo físico puedan

²⁶⁷ Popper, K., "Indeterminismo y libertad humana", en Miller, David (comp.), *Popper: Escritos selectos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 266.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 271-273.

²⁶⁹ March, Robert, *Física para poetas*, México, Siglo XXI, 1982, p. 250.

explicarse en términos puramente físicos, ya sea mediante una teoría determinista o como debidos al azar. Agrega que:

Tenemos que ser indeterministas, por supuesto; pero también tenemos que tratar de entender cómo los hombres, y quizá también los animales, pueden ser "influidos" o "controlados" por cosas tales como metas, propósitos, reglas o acuerdos²⁷⁰.

Lo cierto es que hoy día la distancia entre *determinismo/indeterminismo* o, en el ámbito del comportamiento humano *determinismo/libre albedrío*, tiende a reducirse y son pocos quienes sostienen una postura radical al respecto.

En el ámbito penal, como en el de la mayoría de las *ciencias del hombre*, prevaleció durante siglos la tesis del libre albedrío, la que fue puesta en entredicho por los postulados del positivismo italiano. Sin embargo, los sistemas penales de los distintos países siguieron erigiéndose sobre el postulado de la libertad humana y, solamente en algunos espacios reducidos -concepto de peligrosidad, regulación de la reincidencia-, dieron cabida a las ideas deterministas. Actualmente, tal como mencionamos, el debate se centra en los conceptos de culpabilidad y de retribución. Autores como Roxin, Gimbernat, Luzón Peña, si bien no afirman que la tesis determinista sea la verdadera, ponen en duda la validez del libre albedrío. En todo caso, dicen que el libre albedrío es indemostrable en el caso concreto.

Ahora bien, la tesis determinista parece implicar que nunca estamos en condiciones de consentir, decidir o intentar libremente algo, porque nuestro consentimiento, nuestras precedentes e intenciones son el resultado causal necesario de factores precedentes. O al menos, en el caso de quienes se limitan a poner en duda el libre albedrío, implica que es imposible saber si el sujeto, en el caso concreto, consiente, decide o intenta libremente algo. Sebastián Soler, con mucha lucidez, señaló al respecto:

...cuando el péndulo metafísico osciló hacia el otro lado, el determinismo positivista antropo-sociológico entró a saco e hizo estropicios dentro del derecho penal, despojándolo hasta del concepto de culpa y de pena. Nada menos. Y eso le ocurrió solamente al derecho penal, a pesar de ser evidente que si el hombre no es libre en la comisión

²⁷⁰ Popper, K., *op. cit.*, p. 281.

*de un delito, no se comprende cómo podría serlo al otorgar un contrato. Y en efecto, a pesar del determinismo metafísico, la teoría civil del delito y del contrato, como las dos grandes fuentes de las obligaciones, continuó tan tranquila como si nada hubiese ocurrido en el mundo. Con total indiferencia, ni se insinuó siquiera que los contratos fueran inválidos porque no existe el libre albedrío o que no fueran exigibles las obligaciones ex delicto porque nadie es culpable*²⁷¹.

Esto nos lleva a reflexionar sobre las consecuencias que tendría en el campo jurídico y social aceptar la tesis determinista. En este sentido Van Inwagen sostiene que quienes niegan el libre albedrío no creen realmente lo que afirman ya que el sólo hecho de deliberar acerca de la dicotomía libre albedrío/determinismo implica aceptar que se puede escoger entre los dos, y ello es un indudable signo de libertad²⁷².

Precisamente, la argumentación sobre las consecuencias que tendría negar el libre albedrío para la vida social constituye, a la vez, su principal defensa: negar la tesis del libre albedrío significa negar la responsabilidad moral de los seres humanos y, consecuentemente, su responsabilidad jurídica²⁷³, situación inconcebible en el marco de la cultura occidental. En este orden de ideas se desarrolla la postura de Berger y Luckman, quienes en vez de apoyarse en el sustrato físico material abordan la perspectiva social. Su punto de partida es que:

*El orden social no forma parte de la "naturaleza de las cosas" y no puede derivar de las "leyes de la naturaleza". Existe solamente como producto de la actividad humana. No se le puede atribuir ningún status ontológico sin confundir irremediamente sus manifestaciones empíricas. Tanto por su génesis (el orden social es resultado de la actividad humana pasada), como por su existencia en cualquier momento del tiempo (el orden social sólo existe en tanto que la actividad humana siga produciéndolo), es un producto humano*²⁷⁴.

²⁷¹ Soler, Sebastián, "Estructuras objetivas y figuras jurídicas", en *Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1977, nº 1, p. 88.

²⁷² Van Inwagen, Peter, *An essay on free will*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 155-157.

²⁷³ *Ibidem*, p. 223.

²⁷⁴ Berger, Peter y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrotu, 1986, p.73.

Lo anterior permite afirmar a Schünemann que el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad*, y constituye un aspecto fundamental, al menos de la cultura occidental, cuyo abandono significaría la liquidación global de esa cultura²⁷⁵. Alude a la estructura gramática de las lenguas europeas, en las que la construcción de frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestran una visión del mundo conformada por el sujeto activo y, en última instancia, por su libertad de acción. Considera que quien aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en derecho penal se comporta ingenuamente porque no advierte que éste se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad²⁷⁶. En igual sentido, Luis de la Barreda afirma que el libre albedrío es un principio cultural, *una visión que se quiere tener del hombre*²⁷⁷.

Carlos Nino, desde un enfoque ético, también deja de lado el aspecto físico materialista. Alude al principio moral de la dignidad de la persona humana, dignidad que es lesionada cuando nuestro interlocutor descalifica nuestras intenciones, decisiones y juicios por suponerlos resultados ineludibles de nuestras experiencias infantiles, de nuestra particular inserción en la sociedad o de los procesos fisiológicos que ocurren en nuestro cerebro. agrega que:

*Cuando frente a esto, invocamos nuestra dignidad como personas, no necesitamos negar la hipótesis determinista, sino poner énfasis en que el mismo interlocutor, al formular sus opiniones respecto de nuestras actitudes subjetivas, tiene la expectativa, que debe consistentemente universalizar, de que a él se lo trate también como persona, tomando en cuenta su opinión en virtud de sus méritos intrínsecos y no reaccionando frente a ella como ante un mero reflejo condicionado*²⁷⁸.

Pero nadie mejor que Fernando Savater para describir la diferencia entre el condicionamiento de la naturaleza y la libertad humana. El filósofo

²⁷⁵ Schünemann, B., *op. cit.*, p. 154.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp.155-156.

²⁷⁷ De la Barreda Solórzano, Luis, "Punición, culpabilidad y reincidencia", en *Revista Mexicana de Justicia*, n° 2, Vol. III, México, abril-junio, 1985, p. 238.

²⁷⁸ Nino, C., *Los límites...*, p. 382.

compara el comportamiento de Héctor, el héroe de la *Iliada* y el mejor guerrero de Troya, con el de las termitas, esas hormigas blancas del norte de Africa que levantan hormigueros de varios metros de alto. Héctor espera a pie fuera de las murallas de su ciudad a Aquiles, el enfurecido campeón de los aqueos, aun sabiendo que éste es más fuerte que él y que probablemente va a matarlo. Por su parte, las termitas-soldado, cuando por alguna fatalidad se derrumba el hormiguero, salen a defender a sus compañeras del ataque de las grandes hormigas enemigas: se cuelgan del cuello de las atacantes -que las superan en tamaño y en armamento- en su intento por frenar su marcha, mientras las feroces mandíbulas de sus asaltantes las van despedazando. La diferencia entre uno y otro comportamiento estriba en que las termitas-soldado luchan y mueren porque *tienen* que hacerlo, sin poderlo remediar. Héctor, en cambio, sale a enfrentarse con Aquiles porque *quiere*. Las termitas-soldado están *programadas* por la naturaleza para cumplir su misión heroica. Por el contrario, Héctor no está *programado* para ser héroe, ningún hombre lo está. A diferencia de las termitas, decimos que **Héctor es libre** y por eso admiramos su valor. Aunque hubiera estado programado para actuar como lo hizo -porque se sentía parte de Troya y compartía con los troyanos la lengua, las costumbres y las tradiciones- hubiese podido escapar o arrodillarse frente a Aquiles para ofrecerle sus servicios como guía para invadir Troya²⁷⁹. Savater se apoya en esta comparación para afirmar que, por mucha programación biológica que tengan, los hombres siempre pueden optar finalmente por lo que no esté en el programa (al menos, que no esté *del todo*). Pueden decir "sí" o "no", quiero o no quiero. Por muy presionados que se vean por las circunstancias, *nunca* tienen un sólo camino a seguir sino varios²⁸⁰.

Las diversas perspectivas señaladas nos conducen a negar el determinismo en la conducta humana, o mejor dicho, a considerar al hombre como dotado de libre albedrío. Los descubrimientos de la física cuántica que,

²⁷⁹ Savater, Fernando, *Ética para Amador*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 24 a 28.

²⁸⁰ *Ibidem*, p.29. Savater aclara dos cosas respecto a la libertad humana: *Primera*: No somos libres de elegir lo que nos pasa (padecer cáncer, ser guapo o feos), sino libres para responder a lo que nos pasa de tal o cual modo (obedecer o revelarnos, ser prudentes o temerarios). *Segunda*: Ser libres para intentar algo no tiene nada que ver con lograrlo indefectiblemente. En la realidad existen muchas fuerzas que limitan nuestra libertad, desde terremotos o enfermedades hasta tiranos. Pero también nuestra libertad es una fuerza en el mundo, nuestra fuerza (p.30).

al menos, ponen en duda la necesidad de los sucesos naturales, las consideraciones de la filosofía, de la sociología y de la sociolingüística, así como los postulados éticos más elementales nos obligan a prestar validez al consentimiento de la gente otorgado en condiciones normales. Sólo así es posible hablar de responsabilidad penal.

Concepto y función de la culpabilidad

Una vez despejados los cuestionamientos sobre el libre albedrío, es posible reflexionar sobre la culpabilidad en materia penal. Sin embargo, la constatación de que el hombre es capaz de elegir con libertad no nos lleva necesariamente a aceptar a la culpabilidad como elemento del delito.

En primer lugar, se mantiene la posibilidad de suplantar la categoría dogmática de culpabilidad por la de necesidad preventivo-general o preventivo especial de pena, despojando al sistema penal de todo contenido retributivo. Al respecto, y aunque sostuve que la función de utilidad social del derecho penal, considero que la culpabilidad es un elemento necesario en un sistema penal democrático. La pena no puede legitimarse solamente por su función social sino que, como acertadamente señala Schünemann,

*la pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento social del mismo, aparezca como una medida justa y defendible también ante él*²⁸¹.

La culpabilidad en la teoría del delito es el elemento que permite referir el ilícito al ser humano individual, en ella se valora la actuación particular de un individuo responsable. Reducir esa valoración en función del grupo social o de la posibilidad de reinserción social del sujeto atentaría contra su dignidad humana. El núcleo de la culpabilidad reside en que el sujeto, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba. por lo que sólo recibe lo que pudo prever y evitar²⁸². De alguna manera, en este planteamiento está presente el principio de asunción de la pena al que alude Carlos Nino, según el cual el individuo que

²⁸¹ Schünemann, *op. cit.*, pp. 160-161.

²⁸² *Ibidem*, p. 162.

ejecuta un acto voluntario -un delito- sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa²⁸³. El conocimiento de la ilegalidad de la conducta y, por lo tanto, de sus posibles consecuencias, es un requisito indispensable para la imposición de la pena, por lo que la culpabilidad es elemento del delito.

En realidad, lo verdaderamente relevante para la culpabilidad es que el sujeto esté en condiciones de decidir, en el sentido que se propuso anteriormente, sobre la realización de esa conducta y, para ello, debe poder conocer las consecuencias de su actuar.

Pero, además, según Schünemann, a través de la culpabilidad se evita que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar hechos que el sujeto no pudo evitar²⁸⁴. Por ello, el sujeto debe estar en situación de poder cumplir lo ordenado en la norma.

Aunque los defensores de la prevención general han intentado suplantar el concepto normativo de culpabilidad por el de capacidad de respuesta a la norma, ello no satisface los requisitos mencionados. Si bien se ha afirmado que la necesidad preventivo-general de pena requiere la prueba de la evitabilidad individual, ello no es así. Para obtener una eficacia preventivo general se deben tomar en cuenta todas las circunstancias de realización de un hecho, y puede darse que sea notoriamente dificultoso probar los elementos subjetivos y la evitabilidad individual. Ante la duda, si no atendemos a los requisitos de la culpabilidad, la balanza debe inclinarse por la imposición de una pena con efectos preventivo generales.

En síntesis, la culpabilidad como elemento del delito obliga al Estado a respetar la dignidad del individuo y comprobar que decidió libremente entre dos opciones posibles. Esto no puede ser sustituido, sin menoscabo de los derechos humanos, por principios de corte preventivo.

²⁸³ Nino, C., *Los límites...*, p.233.

²⁸⁴ Schünemann, *op. cit.*, p. 163.

En segundo lugar, es necesario precisar el contenido de la culpabilidad. La falta de delimitación del alcance del juicio de reproche ha dado lugar a discusiones estériles entre los penalistas y ha contribuido a confundir el ámbito de la punición.

El reproche que se hace a quien, conociendo la prohibición, actúa en contra de lo ordenado por la norma debe contemplar la totalidad de las circunstancias en que está inmerso el autor del injusto. En contra de lo sostenido por Dolcini, considero que, además de los motivos, de las características de la acción y de sus consecuencias culpables, debe contemplarse la situación social, económica y cultural del sujeto así como la conducta anterior al delito, siempre y cuando ella tengan relación con el hecho cometido. El juez debe valorar las *circunstancias existenciales* del sujeto al momento del hecho. Dichas circunstancias podrán incluir acontecimientos pasados siempre y cuando ellos condicionen la realización del injusto. Sólo así es posible valorar la conducta del sujeto, de lo contrario podría darse el caso de que se reprochara con igual intensidad a un sujeto que, teniendo un alto nivel de escolaridad y una buena posición económica, roba una joya porque le gusta, que a otro sujeto que, siendo analfabeto y no teniendo trabajo estable, roba una joya para obtener el dinero necesario para pagar el médico que atiende a su hijo. El temor de Dolcini a que se incluyan en el juicio de culpabilidad aspectos que no se relacionan con el hecho cometido, obedece a la desconfianza que tiene en la objetividad de quien realice el juicio, pero éste no es un argumento válido para delimitar el concepto de culpabilidad. Es un riesgo inevitable en todo sistema humano de justicia.

Por su parte, la conducta posterior al delito sólo debe ser considerada en los casos en que ella sirva para constatar los motivos que impulsaron al sujeto. La actuaciones realizadas después de la comisión del delito que no arrojen ninguna luz que permita interpretar el injusto no deben ser valoradas en el juicio de culpabilidad.

El juicio de la culpabilidad se apoya en valores ético sociales que permiten juzgar la conducta del sujeto en el contexto en que estuvo inmersa. Lo que no puede incluirse en el reproche son consideraciones predictivas que

obedecen a necesidades preventivo especiales y que son propias del nivel de ejecución.

Una concepción de culpabilidad como la que estoy planteando hace innecesario recurrir a los conceptos de co-culpabilidad de la sociedad o del nivel de vulnerabilidad del sujeto. Ellos tienen por función incluir en el reproche la situación individual y social del sujeto. Sin embargo, al valorarse las circunstancias en que se encontraba el sujeto al momento de realizar el hecho típico deben incluirse todas aquellas situaciones que acompañan su decisión y que de algún modo la condicionan. Las *circunstancias existenciales* del sujeto determinan el mayor o menor grado de libertad de decisión.

Por último, debemos ocuparnos de la función de la culpabilidad. Schünemann señala que *la finalidad preventiva fundamenta la necesidad de la pena* mientras que *el principio de culpabilidad limita su admisibilidad*²⁸⁵. Pero esta afirmación no es congruente con lo que sostuvimos anteriormente. Si la culpabilidad es requisito indispensable para la imposición de la pena, y ella implica que el sujeto, pudiendo haberlo evitado, decidió asumir el riesgo de ser sancionado, entonces, la culpabilidad también es fundamento de la punición. La punición se justifica por su utilidad social y porque al sujeto le es reprochable su conducta.

El límite de la punición también estará dado por la combinación de estos dos factores. La culpabilidad funciona como parámetro de punición. La pena imponible debe ser proporcional a la magnitud del reproche a que se hizo acreedor el autor del delito. Schünemann sostiene que para la medición de la pena se deben utilizar sólo aquellos aspectos que se encuentren sometidos al poder de evitación del autor²⁸⁶. Sin embargo, tal como ya señalé, deben valorarse todas las circunstancias existenciales del sujeto.

La culpabilidad entendida de esta manera permitirá fijar una punición que necesariamente incluirá las necesidades de prevención especial y satisfecerá las de prevención general.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 172.

²⁸⁶ Schünemann, p. 174.

b) La prevención: utilidad social de la punición

En el primer capítulo sostuve que la finalidad del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad. Todo el sistema persigue esa utilidad social. La punición, en tanto es un de los niveles de actuación penal del Estado, no escapa a lo anterior. La finalidad preventiva está presente al momento de la determinación de la pena, aunque ella no sea el parámetro a seguir. Aunque el sujeto haya actuado asumiendo las posibles consecuencias de su conducta, ello no justificaría la imposición de una pena si ésta no tuviera ninguna utilidad social. La utilidad social estará dada en todos los casos por los efectos de prevención general positiva que necesariamente acompañan a la punición. Con la aplicación de la sanción se persigue, en última instancia, evitar futuros delitos (salvar bienes jurídicos).

Hemos visto que la doctrina no es uniforme respecto a qué tipo de prevención debe prevalecer en la punición. Quienes se oponen a que la prevención general sea tenida en cuenta en la determinación de la pena alegan, y con razón, que ello puede dar lugar a criterios irracionales en tanto no se cuente con estudios empíricos que permitan medir el impacto social de un hecho. Las posibilidades de que el juez se atenga a las valoraciones periódicas que, en la mayoría de las ocasiones, no sirven para evaluar lo que acontece en una determinada sociedad, son muchas. Considerar razones de prevención general que pueden ser erróneas, no satisfaría los requerimientos de utilidad social. Una pena decidida sobre esta base podría producir efectos contrarios a los deseados.

Por su parte, los defensores de la prevención general argumentan, y tampoco les falta razón, que las consideraciones a la personalidad del autor carecen, en muchas ocasiones, de validez científica, y, en todo caso, se trata de razonamientos probabilísticos que también pueden dar lugar a una determinación irracional de la pena. De esta manera, las penas fijadas con base en este tipo de consideraciones violarían el principio de igualdad jurídica, ya que un individuo puede ser más sancionado que otro que cometió un delito semejante, sin que exista una verdadera utilidad social que justifique esa diferencia.

Las consideraciones preventivo generales y especiales deben apoyarse en diagnósticos confiables para que la decisión tomada pueda ser socialmente útil. De lo contrario, la pena será determinada, aunque no se lo explicita, en función de consideraciones personales del juez: sus creencias, sus prejuicios, sus intereses, etcétera. Ambas clases de prevención, si no se hace un análisis adecuado, ya sea de la realidad social o del sujeto, pueden dar lugar a decisiones irracionales.

Por ello, considero que el planteamiento debe basarse en las características propias de la punición. La determinación de la pena implica la *individualización* de un enunciado general que es la punibilidad. El juez decide, para el caso concreto, la pena que debe cumplir un sujeto determinado. Es en este nivel donde el sujeto y la norma se encuentran y este encuentro no puede fundarse en los intereses de los demás integrantes de la sociedad ni en pronósticos de dudosa validez, sino en la propia responsabilidad del sujeto. Ya Kant señaló que el individuo no puede *ser manejado nunca como medio para las intenciones de otro, ni mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo que protege su connatural personalidad*²⁸⁷. El juez no debe tener en cuenta necesidades de prevención general ni de prevención especial al momento de la punición.

Lo anterior no significa negar los efectos preventivo generales de la punición. Por el contrario, es indiscutible que la imposición de una pena proporcional a la culpabilidad reforzará la creencia colectiva en el sistema y servirá, en ocasiones, como factor de intimidación. Pero, como acertadamente señala Mercedes Arán, una cosa es que la sentencia tenga efectos preventivo generales y otra, muy distinta, es que el juez deba tenerlos en cuenta para decidir la pena aplicable.

Tampoco significa negar los efectos preventivo especiales de la punición. Una pena que fue determinada conforme a la culpabilidad del sujeto dará un margen para que, dentro de el límite fijado, se satisfagan los requerimientos preventivo especiales. En todo caso, en el supuesto que la

²⁸⁷ Kant, E., *Metaphysik der Sitten*, p. 453, citado por Roxin en *Sentido y límites...*, pp. 18-19.

pena escogida exceda las necesidades preventivo especiales, ello será corregible en el nivel de ejecución.

En cambio, el juez debe atender a consideraciones de prevención especial para decidir el otorgamiento de la libertad caucional o la sustitución de la pena de prisión. En estos casos debe atenderse a las características personales del sujeto para valorar la conveniencia de permitirle gozar de la libertad durante el desarrollo del proceso o hacerle cumplir una pena distinta a la prisión. Pero en ambos casos se trata de decisiones distintas a la punición.

e) La determinación de la pena en un sistema penal democrático

La punición de los imputables

Para elaborar una propuesta teórica consistente sobre la punición es necesario partir de los distintos niveles de la actuación penal del Estado. Como señalé en el primer capítulo, cada uno de estos niveles tiene sus propias características, aunque entre todos colaboran para alcanzar la finalidad de todo el sistema: la protección de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

La punibilidad apunta a la prevención general, y para establecerla el legislador tiene en cuenta el bien jurídico protegido y la magnitud -dolo o culpa- del ataque al bien. En ese intervalo quedan comprendidas todas las magnitudes de culpabilidad posible relacionadas con la respectiva clase de ataque al bien jurídico en cuestión.

La pena busca la prevención especial. El límite máximo está dado por la punición y el mínimo por las necesidades de preventivo generales fijadas por el legislador, dentro de este marco, la duración de la pena dependerá de las efectivas posibilidades de reinserción social del sujeto.

La punición, por su parte, es la fijación de la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito, hecha por el juez en la sentencia. En

este nivel, el juez individualiza la pena que debe cumplir el delincuente imputable dentro del marco fijado por la punibilidad. Dentro del intervalo normativo, el juez determina la pena individual en función de la culpabilidad del sujeto.

El juez no tiene los elementos para atender racionalmente las necesidades preventivo generales o preventivo especiales, pero además no le corresponde. A él le toca juzgar un caso concreto para impartir justicia, tal como lo establece el artículo 17 de la Constitución mexicana. No le corresponde medir el impacto de sus decisiones en el resto de la comunidad o pronosticar sobre la conducta futura del sujeto. Esta afirmación requiere dos aclaraciones.

En primer lugar, lo anterior no significa negar los efectos preventivo generales y especiales de la punición. Una punición adecuada a la culpabilidad -y en esto coincido con los partidarios de la prevención general- será suficiente para reforzar la credibilidad en el sistema y, en consecuencia, intimidar a potenciales delincuentes. Asimismo, una punición con las características señaladas incluirá el máximo de prevención especial aceptable para el delito en cuestión. Si el sujeto requiriera, en razón de sus necesidades de reinserción social, menor cantidad de pena, ello debe resolverse en el nivel ejecutivo, donde se tiene la posibilidad de observar el comportamiento del sujeto y los efectos que sobre él tiene la ejecución de la pena.

En segundo lugar, la afirmación de que la punición debe ser adecuada a la culpabilidad del sujeto no significa un pronunciamiento en favor de un derecho penal de corte retributivo. La utilidad social de protección de bienes jurídicos es la finalidad última del sistema, pero para alcanzarla se requiere que los niveles de actuación estatal se articulen de acuerdo a sus propias características. Los distintos niveles de actuación estatal se coordinan para lograr que todo el sistema esté orientado a la protección de bienes jurídicos. No es cierto que, como señaló Hassemmer, los distintos niveles de actuación penal persigan finalidades distintas que se traducen en disfuncionalidades en el sistema. Es posible que las necesidades preventivo especiales del sujeto requieran menos pena que la adecuada a su culpabilidad, pero eso, como señalé, debe ser valorado en la fase ejecutiva. Quienes como García Arán o

Dolcini sostiene que el juez debe tener en cuenta consideraciones preventivo especiales, deben reconocer, de todos modos, que el límite mínimo de la punición no está dado por esas valoraciones sino por lo estipulado en la ley o, como sostiene Roxin, por el mínimo de intervalo de culpabilidad.

El reproche de la culpabilidad debe abarcar, tal como señalé, todas las circunstancias existenciales del sujeto que incidieron en la realización del injusto. Es así que el juez debe valorar los motivos; las modalidades de la conducta delictiva, en tanto no estén contempladas en el tipo penal; las conductas anteriores y posteriores del sujeto que se relacionen con el delito; su situación individual, familiar y social, y todas aquellas circunstancias que hayan condicionado su decisión de actuar en contra de la norma.

Serán los datos señalados los que le permitirán al juez graduar la culpabilidad y determinar la punición. La sola comprobación de que el sujeto decidió libremente asumir las consecuencias posibles de su conducta contraria a derecho le sirven para afirmar la existencia de la culpabilidad, pero no para graduarla. Una vez comprobado que el autor del injusto decidió libremente, el juez deberá valorar todas las circunstancias que influyeron en su decisión.

Los motivos que inspiraron al autor del delito son, quizá, el principal indicador de culpabilidad. Como señala Dolcini, el juez debe tener en cuenta dos aspectos: la fuerza que hayan ejercido sobre la voluntad del agente y su valor ético²⁸⁸. En contra de esto, Nino sostiene que, desde una concepción liberal, no es aceptable la valoración moral de los motivos, entendidos estos como fines últimos perseguidos por el sujeto. Considera que quienes tienen en cuenta los motivos del delincuente suscriben una concepción perfeccionista según la cual la pena debe aplicarse al sujeto de acuerdo con el grado de su reprochabilidad moral, y esto se acopla con criterios retributivos²⁸⁹. Pero esto no tiene por qué ser necesariamente así. La ponderación de los motivos que impulsaron al sujeto a cometer el delito no debe hacerse desde la moral sino desde la escala axiológica social. No es igualmente reprochable una conducta que persigue una finalidad altruista que otra que obedece a propósitos altamente egoístas, ello marca la diferencia

²⁸⁸ Ver *supra* p. 78.

²⁸⁹ Nino, C., *Los límites...*, p. 301.

entre Robin Hood y un narcotraficante o entre quien mata pensando que es la única manera de detener a un multihomicida o quien lo hace por dinero. Pedirle al juez que no valore, desde criterios objetivos, los motivos que impulsaron al sujeto a delinquir es pedirle que no juzgue al delincuente. Es cierto que una valoración hecha dentro de los parámetros señalados tiene en cuenta la mayor o menor reprochabilidad social de la conducta pero ello no convierte al sistema en uno de tipo retributivo sino que, tal como señalé, esa será la medida adecuada a las necesidades de prevención general y especial.

Las modalidades de la conducta forman parte del reproche de culpabilidad siempre que no hayan sido tenidas en cuenta por el legislador al elaborar el tipo, de ser así ya fueron incluidas en la punibilidad y no deben serlo en la punición. Cuando el legislador describe modalidades lo hace porque detecta que se llevan a cabo conductas con esas características, por ello las incluye en su mensaje y las valora al momento de amenazar a los gobernados con un determinado intervalo de privación de bienes.

Las circunstancias existenciales del sujeto: su educación, su situación familiar y social, su historia, su personalidad y demás características personales deben ser valoradas por el juez en función del grado de afectación a su libertad de decisión. No es igual la situación de quien roba un banco y nació en una familia de asaltabancos, en la que desde chico se le enseñó a robar, que la de aquel otro que roba un banco pero proviene de una familia de alta posición económica, fue a las mejores escuelas y lo hace por divertirse. Si nos atuviéramos a criterios de prevención especial quizá el primer caso podría ser considerado como de más difícil reinserción, pero si atendemos a la culpabilidad el segundo caso merece mayor reproche. El juez debe fijar la punición tomando en cuenta el grado de reproche y la autoridad ejecutiva concederá o no los beneficios valorando las posibilidades de reinserción social del sujeto.

En el capítulo siguiente analizaré los contenidos del reproche de culpabilidad a la luz de la legislación mexicana.

La punición de los inimputables

Los inimputables, quienes carecen de la capacidad de comprender la ilicitud o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, no son capaces de culpabilidad. Ellos no tienen la capacidad de escoger con libertad entre dos opciones porque, precisamente, no pueden comprender los alcances de una y de otra. Por eso, para efectos del derecho penal se los considera sujetos a las reglas del determinismo y no del libre albedrío.

Se debe distinguir entre inimputables transitorios y permanentes. Los primeros son los que carecen de la capacidad de comprender la ilicitud o de conducirse de acuerdo con esa comprensión al momento de la comisión del injusto, pero luego la recuperan sin que sea previsible que la vuelvan a perder. Los permanentes, en cambio, son quienes padecen esa incapacidad antes, durante y después de la comisión del ilícito. Pero también deben considerarse como inimputables permanentes aquellos cuyo padecimiento es recurrente, como un sonámbulo o un adicto, por lo que haya una probabilidad fundada de que cometa una conducta similar a la que está siendo juzgada.

A los inimputables no se les impone una pena, ya que no son responsables por el hecho cometido, sino que se les aplica una medida de seguridad. La medida tiene por objeto remover las causas de inimputabilidad del sujeto, que fueron las que lo llevaron a la comisión del injusto o, de no ser posible, a impedir, por medio del aislamiento, que vuelva a cometer hechos similares. Esto sólo tiene sentido para los sujetos que siguen siendo inimputables o cuyo padecimiento pueda volver a presentarse después de la comisión del evento antisocial, aquellos que recuperaron su capacidad de comprensión no requieren tratamiento de ningún tipo. Tampoco se les podría imponer una pena, ya que al momento del ilícito eran inimputables.

El juez debe establecer el tipo penal en el que incurrió el inimputable permanente, pero no fija los límites temporales de la medida de seguridad aplicable. La medida tendrá como límite superior el máximo de punibilidad previsto por el legislador para el tipo de que se trate. El mínimo estará dado por la recuperación o adquisición de la capacidad valorativa por parte del

sujeto, la cual debe ser evaluada, de acuerdo a la evolución del sujeto y a su respuesta al tratamiento, por la autoridad ejecutora.

En cambio, si le corresponde al juez decidir qué tipo de medida -en libertad o en internamiento- se le debe imponer. La elección de la medida aplicable debe hacerse teniendo en cuenta criterios de prevención especial, pero para ello debe apoyarse en la opinión de los peritos en la materia. La decisión sobre la peligrosidad del inimputable no se funda en un juicio de valor (que se relaciona, según Ferrajoli, con el poder de *connotación* del juez) sino que se trata de un enunciado descriptivo basado en datos verificables empíricamente (*denotación*). El juez debe atenerse a las consideraciones científicas expresadas por los expertos para aplicar la medida más adecuada a las características personales del inimputable.

CAPITULO III

LOS CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA PENA EN LA LEGISLACION MEXICANA

1. La legislación anterior a 1931

El estudio de los criterios de determinación de la pena en el derecho penal mexicano abarca el periodo que va desde la independencia hasta nuestros días. Como señalé en el primer capítulo, en el derecho penal europeo anterior a la Ilustración los espacios de discrecionalidad judicial fueron amplísimos, lo que evidencia la falta de normas reguladoras de la punición. En México, ésta fue una característica tanto del derecho prehispánico como del de la época colonial.

El sistema penal azteca tenía dos fuentes: la tradición -las normas de conducta de vida heredadas- y la voluntad omnimoda y dictatorial de la autoridad suprema²⁹⁰. El soberano era máximo legislador y suprema autoridad judicial, calidades derivadas de su *status* de supremo sacerdote *Tlatoani*, representante de Dios en la tierra. Además, la legislación azteca carecía de una adecuada proporción entre el delito y la pena, prevalecía la tendencia de aplicar penas que hoy consideraríamos desmesuradas en relación con la falta cometida. En un contexto tal no había cabida para limitaciones a la potestad judicial. Aunque algunos autores señalan que los aztecas conocieron las circunstancias atenuantes y agravantes²⁹¹, es posible afirmar que el juez, dentro de un margen muy amplio de opciones, elegía a su criterio la sanción aplicable al caso concreto.

Una situación similar imperó en la época colonial. En América se aplicó el derecho indiano que se conformaba con: 1. El derecho originario de cada virreinato, incluido el derecho indígena siempre que no contradijera los intereses de la Corona; 2. El derecho especial o disposiciones dictadas por el

²⁹⁰ Azzolini, Alicia y Luis de la Barreda, *El derecho penal mexicano: Ayer y hoy*, Insituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1993, p. 18.

²⁹¹ Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal: Parte General*, Porrúa, México, 1969, p. 42.

monarca sobre materias en particular o para instituciones determinadas, y 3. La *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680. En carácter supletorio se aplicó el derecho castellano compuesto por: *Recopilación de las Leyes de Castilla* (1567), *Leyes de Toro* (1505), *Pragmáticas* dictadas especialmente por los Reyes Católicos, *Ordenamiento de Montalvo*, *Ordenamiento de Alcalá* (Alfonso XI), *Fueros Municipales y Personales*, *Leyes de Estilo*, *Fuero Real* (Alfonso X) y *Siete Partidas* (Alfonso el Sabio).

El derecho penal colonial se caracterizó por su casuismo y su alto contenido religioso, heredados del derecho español. Si bien la ley contemplaba las penas aplicables a cada caso, los jueces tuvieron un amplio margen para la apreciación de los hechos y para la aplicación de la pena en los casos concretos²⁹². Aunque el sistema de justicia fue burocrático y, en ocasiones, inequitativo -sólo los no españoles eran azotados, pesaba más la palabra de un español que la de un indígena-, también es cierto que el juez examinaba todas las circunstancias en que se había cometido el delito y que ejercía una especie de discreción salomónica para resolver cada caso particular²⁹³.

El ordenamiento jurídico del México independiente incorpora las garantías individuales propias de la Ilustración, ya consagradas, muchas de ellas, por la *Constitución de Cádiz* de 1812. En el ámbito penal se siguió aplicando la legislación vigente en la época de la colonia hasta que en 1871 se dictó el primer Código Penal Federal. Pero desde la declaración de la independencia en 1821 hasta la promulgación de este Código hubo distintos proyectos, estatales y federales, para codificar la legislación penal. Todos ellos contenían un título o capítulo donde se regulaba la determinación de la pena²⁹⁴. En este lugar se señalaban cuáles eran los criterios que debía tener en cuenta el juzgador al decidir la sanción penal aplicable en el caso concreto.

²⁹² Avila Martel, Almiro, *Esquema de derecho penal indiano*, Universidad de Chile, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 1941 y Taylor, Williams, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

²⁹³ Azzolini, A. y De la Barreda, *op. cit.* p. 26.

²⁹⁴ En los primeros ordenamientos, como el Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851 -Proyecto Corona- y el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1869, se habla de circunstancias que agravan o disminuyen el delito.

Sin embargo, es interesante observar cómo, a lo largo de los años, fueron cambiados sustancialmente los principios rectores de la punición.

Los ordenamientos penales del siglo XIX se inspiraron en la legislación española de 1822 y 1848, y es por eso que adoptan el sistema de atenuantes y agravantes que deben ser consideradas por el juez al momento de la punición. El proyecto de reforma de 1903 y el Código de 1929, aunque tienen otras influencias, mantienen el mismo criterio. Es el Código de 1931 el que rompe con esa tradición e incorpora el sistema actual. Pero esto puede verse mejor al analizar los proyectos más relevantes y los códigos mencionados.

Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835

Este ordenamiento siguió fielmente al código penal de la España liberal de 1822, que prácticamente no tuvo vigencia en su patria de origen²⁹⁵. Se inspiró en los postulados de la Ilustación: atendió a la utilidad social de la pena a través de la prevención general y a la proporcionalidad entre delitos y penas.

Las reglas para la determinación de la pena se incluían en la Sección III *-De las circunstancias que agravan o disminuyen el delito, y de las penas que se deben aplicar cuando concurren diversos delitos*, que establecía:

Artículo 119. En todos los delitos se tendrán por circunstancias agravantes las siguientes:

- 1. El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden ó escándalo que cauce el delito.*
- 2. La mayor frecuencia ó repetición conque el delito se comete.*
- 3. La mayor malicia, premeditación, ventaja y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia ó artificio, ó el mayor número de medios empleados para ejecutarla.*
- 4. La mayor dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad ó con las personas contra quienes delinquiere.*
- 5. El mayor número de personas que concurren al delito.*

²⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, no. 2, vol. II, México, abril-junio 1985, pp. 50-51.

6. *La mayor autoridad del sitio del delito, ó la mayor solemnidad del acto en que se comete.*
7. *En todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo ó conflicto de la persona ofendida.*
8. *El acompañar la perpetración de un delito con la comisión de otros de distinta especie.*
9. *El valerse del favor, amistad ó confianza que se ha depositado en el reo, sus cómplices o fautores, para que se cometa algún delito.*
10. *El cometer un delito por cohecho ó soborno ó por esperanza de recompensa.*

Artículo 120. *Se tendrán por circunstancias atenuantes las siguientes:*

1. *La corta edad del delincuente, y su rudeza ó poca malicia.*
2. *La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, el arrebató violento de ira, siempre que hubieren sido causas impulsivas para cometer el delito.*
3. *El haberse cometido el delito por amenazas ó temores, cuando unas ú otras no son bastantes para excusar de pena.*
4. *El arrepentimiento acompañados de la restitución y reparación de daños y perjuicios que hiciere espontáneamente el reo, en los casos en que se repararen por estos medios los delitos cometidos.*

...

Artículo 122. *Cuando en la perpetración de un delito concurren circunstancias agravantes o atenuantes, el juez tomando en consideración unas ú otras, y usando del albedrío que la ley le concede, aplicará la pena que fuere de justicia; no pudiendo nunca escender del máximun ni bajar del mínimun que la ley establece²⁹⁶.*

La mayoría de los criterios enunciados aluden a aspectos retributivos de culpabilidad, aunque también hay de carácter preventivo general, como la referencia al mayor perjuicio, desorden o alarma causado por el delito y a la autoridad del sitio o solemnidad del acto en que se cometa (artículo 119 incisos 1 y 6). Pero es evidente que el juez debía decidir, en última instancia, en función de la reprochabilidad del acto cometido.

El sistema de atenuantes y agravantes es una delimitación substancial a la discrecionalidad que gozaban los jueces en el periodo colonial. La libertad

²⁹⁶ Este texto fue publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales bajo el título de *Leyes penales mexicanas*, tomo 3, México, 1979, p. 37.

del juez a que se refiere el artículo 122 se limita a la compensación entre atenuantes y agravantes, él deberá decidir, cuando concurran ambas circunstancias, el peso que dará a cada una. Sin embargo, la predeterminación por parte del legislador del valor positivo o negativo (agavante o atenuante) de cada una de las consideraciones que enumera entraña el riesgo de que una circunstancia tenga, en el caso concreto, un valor distinto al que le fue asignado. Así, por ejemplo, el mayor número de personas que concurran al delito, que fue considerada como una agravante, puede representar, en los hechos, una menor reprochabilidad de la conducta para alguno de los participantes.

Código Penal para el Estado de Veracruz de 1869

Este Código, obra de Fernando Corona, fue, según Zaffaroni, el más liberal de la época²⁹⁷. En él desaparecieron los delitos contra la religión y la pena de muerte. En su sistemática siguió los lineamientos del código español de 1848. Introdujo el sistema de conmutación de penas corporales por pecuniarias, aunque hay dudas sobre la efectiva vigencia de la multa sustitutiva²⁹⁸.

En materia de determinación de la pena establecía, al igual que el ordenamiento de 1835, el sistema de atenuantes y agravantes en los siguientes términos:

Artículo 17. *En todos los delitos se tendrán por circunstancias agravantes las siguientes:*

- 1. El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desórden ó escándalo que cause el delitos.*
- 2. La mayor frecuencia ó repetición con que el delito se comete.*
- 3. La mayor malicia, premeditación, ventaja y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, impudencia, crueldad, violencia ó artificio, ó el mayor número de medios empleados para ejecutarla.*
- 4. La mayor dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad ó con las personas contra quienes delinquiere.*

²⁹⁷ Zaffaroni, E. R., *op. cit.*, p. 52.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 52-52.

5. *El mayor número de personas que concurran al delito.*
6. *La mayor respetabilidad del lugar en que se cometa el delito, ó se intente cometer, ó la mayor solemnidad del acto en que el mismo se perpetre ó intente.*
7. *La tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo ó conflicto de la persona ofendida.*
8. *El acompañar la perpetración de un delito con la comisión de otros de distinta especie.*
9. *El valerse del favor, amistad ó confianza que se ha depositado en el reo, sus cómplices ó fautores, para que se cometa algún delito.*
10. *El cometer un delito por cohecho ó soborno, ó por esperanza de recompensa.*
11. *Haber seducido, cohechado ó sobornado á alguno para la comisión del delito, ó valerse de la autoridad que sobre él se ejerce para obligarlo á la perpetración del mismo.*
12. *Haberse cometido el delito de noche, en lugar despoblado ó solitario. Para los efectos de esta fracción se entiende por noche el tiempo que corre desde que se pone hasta que sale el sol; y por despoblado el lugar que no esté habitado á lo menos por cinco familias que vivan en casas distintas, ó que diste de ellas doscientos metros a lo más.*

Artículo 18. *Aunque el delito se cometa con circunstancias agravantes, la pena no podrá exceder de la mayor establecida por la ley.*

...

Artículo 27. *Se tendrán por circunstancias atenuantes las siguientes:*

1. *La corta edad del delincuente, ó su rudeza o poca malicia.*
2. *La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, el arrebató violento de ira, ocasionado por el agredido, siempre que hubiesen sido causas impulsivas para cometer el delito.*
3. *El haberse cometido éste por amenazas ó temores, cuando no son bastantes para eximir de penas.*
4. *El arrepentimiento acompañado de la restitución y reparación que espontáneamente hiciere el reo, de daños y perjuicios, en los casos en que se reparen por estos medios los delitos cometidos.*
5. *El cometer el delito en propia defensa, cuando por no haber guardado en ella la debida moderación no queda exento de toda pena.*

Artículo 28. *Las circunstancias atenuantes no eximen de la pena de trabajos forzados por diez años ó con retención, sino en el caso que expresamente lo dispone así este código.*

Tampoco atenuarán las otras penas de manera que pueda imponerse menos del minimum señalado por la ley, salvas las excepciones de ésta en favor del delincuente de tierna edad; pero cuando los procesos hayan sufrido demoras que prolonguen indebidamente la prisión de los

encausados, podrá descontárseles de la respectiva condena el tiempo que se considere justo de la sufrida

Las circunstancias atenuantes y agravantes son similares a las del Código de 1835. Entre las agravantes, se agregaron las de los incisos 11 (Haber seducido, cohechado ó sobornado á alguno para la comisión del delito, ó valerse de la autoridad que sobre él se ejerce para obligarlo á la perpetración del mismo) y 12 (Haberse cometido el delito de noche, en lugar despoblado ó solitario. Para los efectos de esta fracción se entiende por noche el tiempo que corre desde que se pone hasta que sale el sol; y por despoblado el lugar que no esté habitado á lo menos por cinco familias que vivan en casas distintas, ó que diste de ellas doscientos metros a lo más), y entre las atenuantes la del inciso 5 (El cometer el delito en propia defensa, cuando por no haber guardado en ella la debida moderación no queda exento de toda pena). En este último supuesto, el exceso en la legítima defensa es considerado como atenuante en vez de preverse la punibilidad culposa, como lo hacen la mayoría de los códigos actuales.

Es muy importante, si bien no se relaciona con la determinación de la pena, el reconocimiento del tiempo compurgado en prisión preventiva como parte de la pena. Aunque quedaba a la discrecionalidad del juez descontar de la condena el tiempo *que considerara justo* de la privación de libertad ya sufrida, ello fue un avance indiscutible en materia de derechos humanos de los sentenciados.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871

Este código, conocido como el código de Martínez de Castro, siguió los lineamientos de la Escuela Clásica y combinó principios retributivos y utilitaristas²⁹⁹. En el ámbito de la determinación de la pena prevalecía el criterio de la culpabilidad.

²⁹⁹ Cfr. Azzolini, Alicia y Luis de la Barreda Solórzano, *El derecho penal mexicano: Ayer y hoy*, Inacipe, México, 1993, pp. 31 a 33.

Igual que los anteriores ordenamientos, establecía un catálogo de atenuantes y agravantes. La enumeración era excesivamente casuística y, por lo tanto, muy extensa. Las atenuantes y agravantes se clasificaban en cuatro clases, con lo que el sistema se tornaba complicado y de difícil aplicación.

Las atenuantes y agravantes se asociaban con la criminalidad del hecho cometido:

Artículo 35. Las circunstancias atenuantes disminuyen la criminalidad de los delitos y consiguientemente atenúan la pena. Las agravantes aumentan la criminalidad y aumentan la pena.

Entre las atenuantes destacan las siguientes:

-De primera clase: haber tenido el acusado anteriormente buenas costumbres, confesar su delito el delincuente que no fue aprehendido infraganti, delinquir excitado por una ocasión favorable, cuando ésta fue fortuita.

-De segunda clase: presentarse voluntariamente a la autoridad, haciendo confesión espontánea del delito con todas sus circunstancias, cometer el delito excitado por hechos del ofendido que representaron un poderoso estímulo para perpetrarlo.

- De tercera clase: La embriaguez incompleta, accidental e involuntaria, haber dejado de hacer lo que manda una ley penal por impedimento difícil de superar, haber reparado espontáneamente el responsable todo el daño que causó.

- De cuarta clase: la enajenación mental incompleta (*no quita enteramente al infractor su libertad, ó el conocimiento de la ilicitud de la infracción*), ser el acusado decaído, menor o sordomudo, si no tiene el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infracción, obrar el agente con error fundado de que lo hacía en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber, haber precedido provocación o amenaza grave de parte del ofendido, haberse propuesto el delincuente hacer un mal menor al causado.

Es interesante señalar que se incluía entre las atenuantes la de que el sujeto obrare creyendo erróneamente que está ejerciendo un derecho o cumpliendo un deber, lo que hoy día se conoce con el nombre de error de prohibición indirecto. En la actualidad esta situación, cuando se trata de error invencible, excluye la culpabilidad, por lo que no hay delito.

Como era imposible que se agotaran totalmente todas las circunstancias que pueden llegar a concurrir en la comisión de un delito, y previendo que pudiera presentarse una atenuante que no hubiera sido prevista en el código, se estableció que el juez que dictara la sentencia ejecutoria informara de ello al *Gobierno*, para que éste procediera a reducir o conmutar la pena, *si creyere justo hacerlo*³⁰⁰. De esta manera se delegaba en el ejecutivo una facultad que es propia del poder judicial: la de decidir la imposición de la pena. El texto era el siguiente:

Artículo 43. Cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este Capítulo y que iguale ó exceda en importancia á las de las clases tercera ó cuarta, así como también cuando concurren dos ó más semejantes á las de primera ó segunda clase, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración; pero el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará de ésto con justificación al Gobierno, á fin de que conmute ó reduzca la pena, si lo creyera justo.

El listado de circunstancias agravantes es muy extenso -mucho más que el de las atenuantes-. Entre ellas se pueden mencionar:

-De primera clase: faltar a la consideración que se deba al ofendido por su avanzada edad o por su sexo, cometer el delito por la noche o en des poblado o paraje solitario, ser el delincuente persona instruida, haber sido anteriormente de malas costumbres, haber sufrido antes el delincuente la pena impuesta en dos o más procesos, por delitos diversos del que se le acusa, si no hubieran pasado tres años desde el día en que cumplió la última condena, ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta.

-De segunda clase: causar deliberadamente un mal leve pero innecesario para la comisión del delito, prevalerse el delincuente del carácter

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 336.

público que tenga, delinquir en un cementerio o en un templo, sea cual fuere la religión o secta a que se halle destinado, cometer un delito contra la persona del ofendido sin que haya habido por parte de éste provocación o agresión, que el acusado falte a la verdad declarando hechos o circunstancias falsos a fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación.

-De tercera clase: cometer el delito aprovechándose del desorden o confusión general producida por alguna calamidad pública, valerse de llaves falsas, fractura, horadación o escalamiento, delinquir al estar el reo cumpliendo una condena, cometer el delito en un teatro o en cualquier otro lugar de reuniones públicas, durante éstas, ser frecuente en el territorio el delito que se trate de castigar.

-De cuarta clase: cometer el delito por retribución dada o prometida, ejecutarlo por medio de incendio, inundación o veneno, cometerlo auxiliado de otras personas, armadas o sin armas, o tener gente prevenida para procurarse la impunidad, delinquir en un lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones, causar gran alarma a la sociedad, escándolo o desorden, o poner en grave peligro su tranquilidad, cometer el delito *haciendo* violencia física o moral al ofendido.

En cuanto a la tarea de la determinación de la pena por parte del juez, el ordenamiento establecía lo siguiente:

Artículo 180. La aplicación de las penas propiamente tales corresponde exclusivamente á la autoridad judicial.

Artículo 181. No podrán los jueces aumentar ni disminuir las penas traspasando el máximun ó el mínimun de ellas, ni agravarlas ni atenuarlas sustituyéndolas con otras, ó añadiéndoles alguna circunstancia; sino en los términos y casos en que las leyes los autoricen para hacerlo, ó lo prevengan así

...

Artículo 192. Si la duración del proceso excediere del tiempo que la ley señale para terminarlo, podrán los jueces imputar el exceso, si creyeren justo hacerlo, en la pena que impongan en la sentencia, cuando ésta consista en un sufrimiento de la misma especie, ó de mayor gravedad que el que haya tenido el reo durante el juicio.

Artículo 193. Si el sufrimiento del reo durante el proceso, fuera de distinta especie y menor que el que la pena le ha de causar, podrá el juez bajarle en su sentencia hasta la mitad del exceso.

...
Artículo 229. Cuando en el delito no hay circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena señalada en la ley; exceptuando los casos de acumulación y reincidencia, en los cuales se observará los que se previene en los artículos 206 à 218.

...
Artículo 230. En los casos de conato, delito intentado, ó delito frustrado; se tomarán en consideración las circunstancias atenuantes y las agravantes, solamente para fijar la pena que debería imponerse al delincuente si hubiera consumado su delito, y no para computar después la pena del conato, la del delito intentado ni la del frustrado.

Artículo 231. Si sólo hubiere circunstancias atenuantes, se podrá disminuir la pena del medio al mínimum; y aumentarla del medio al máximun si sólo hubiere agravantes.

Cuando concurran circunstancias agravantes con atenuantes, se aumentará ó disminuirá la pena señalada en la ley, según que promedie el valor de las primeras ó el de las segundas, computado en los términos que dice el artículo 37.

En relación con el cómputo de las atenuantes y agravantes, el Código preveía:

Artículo 37. El valor de cada una de dichas circunstancias es el siguiente: las de primera clase representan la unidad; las de segunda equivalen a dos de primera; a tres las de tercera; y a cuatro las de cuarta.

Artículo 38. Tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes..., dejarán de tener ese carácter y no se tomarán en consideración para aumentar o disminuir la pena:

I. Cuando sean de tal modo inherentes al delito de que se trate, que sin ellas no pueda cometerse;

II. Cuando constituyan el delito imputado al reo y aquél tenga señalada en la ley una pena especial;

III: Cuando la ley las mencione al describir el delito de que se trate para señalarle pena.

La sólo lectura del texto del Código de 1871 permite corroborar la afirmación de Victoria Adato, quien calificó a este catálogo de atenuantes y agravantes como *confuso*³⁰¹. En aras de restringir el arbitrio judicial se ideó un sistema mucho más complejo que el de los anteriores ordenamientos. En la exposición de motivos se señalaba la necesidad de dejar que los jueces tuvieran cierta libertad para decidir la pena aplicable, sin embargo, agregaban los redactores del código, no era conveniente dejar esta situación al total arbitrio del juez. Por eso se hizo una enumeración prolija y minuciosa de las circunstancias atenuantes y agravantes consideradas como dignas de atención. Y más aún, se dividieron en cuatro clases teniendo en cuenta *su gravedad intrínseca y no...el estado moral del agente*³⁰². Al fijarse las atenuantes y agravantes que podían ser admitidas y su respectivo valor, los legisladores confiaron en que se evitaría que ante dos casos muy similares los jueces fijaran penas de distinta gravedad, por no contar con reglas precisas. Sin embargo, es evidente que el catálogo transcrito era demasiado extenso, y ésto aunado al complejo sistema de valoración, lejos de facilitar la labor del juez la dificultaba.

En el catálogo de atenuantes y agravantes se entremezclaban criterios de prevención general, especial y retributivos. Así, por ejemplo, la atenuante de haber tenido el acusado con anterioridad buenas costumbres y la agravante de haber tenido malas costumbres previas responden a criterios preventivo especiales; las agravantes de ser sacerdote o ministro de cualquier religión o secta y la de cometer un delito frecuente obedecen a razones de prevención general, y la atenuante de cometer el delito excitado por hechos del ofendido y la agravante de cometer el delito por retribución dada o prometida se fundan en consideraciones retributivas. A pesar de estos diversos criterios, es acertada la afirmación de Almaraz de que el el Código de 1871 seguía los lineamientos de la Escuela Clásica y, basándose en el libre albedrío, asociaba la determinación de la pena a la culpabilidad y, por consiguiente, a la finalidad retributiva³⁰³.

³⁰¹ Adato Green, Victoria, *Reflexiones sobre la reforma penal mexicana: Parte general*, edición de la autora, México, 1963, p. 22.

³⁰² *Actas de la Comisión Redactora del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871*, publicada por Inacipe: *Leyes Penales Mexicanas*, Tomo 1, México, 1979, p. 336.

³⁰³ Almaraz, José, *Exposición de motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929*, en Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, tomo 3, México, 1979, p. 48.

Proyecto de Reforma al Código Penal de 1871

En 1903 se integró una comisión encargada de realizar reformas al Código Penal de 1871, presidida por Miguel S. Macedo. En términos generales, los redactores del proyecto de reformas siguieron los mismos lineamientos doctrinales que inspiraron al Código de 1871.

En la Exposición de Motivos se afirma que la necesidad de la reforma estaba fuera de duda, ya que la práctica había demostrado que el Código, *notable desde muchos puntos de vista*, contenía pasajes oscuros y , además, se habían producido cambios sociales profundos desde la época de su elaboración que exigían la correspondiente actualización del ordenamiento³⁰⁴.

En el ámbito de la determinación de la pena se producen las siguientes modificaciones:

En el artículo 35 se sustituye la palabra *criminalidad* por *culpabilidad*, que según los redactores es más *propia*. De esta manera se afirma que las circunstancias atenuantes disminuyen la culpabilidad y las agravantes la aumentan.

Aunque se mantiene el valor otorgado a las cuatro clases de atenuantes y agravantes, se incorpora el artículo 37 *bis* que autoriza a los jueces a apartarse de la clasificación fijada cuando, por razones especiales, estimen que alguna circunstancia atenuante o agravante debe ser considerada con una importancia mayor o menor a la atribuida por el código. Con esto se flexibiliza notoriamente el sistema anterior.

Las propuestas de modificación a las circunstancias atenuantes consisten, fundamentalmente, en el cambio de valoración de algunas de ellas:

³⁰⁴ *Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma al Código Penal de 1871*, en Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, tomo 2, México, 1979.

- Las buenas costumbres anteriores del sujeto, que era una atenuante de primera clase, es considerada como atenuante de cuarta clase y se reemplaza, para superar la vaguedad del término anterior, por *haber tenido anteriormente el acusado hábitos de moralidad*;

- La confesión circunstanciada por parte del delincuente que no fue aprehendido in fraganti pasa de ser atenuante de primera clase a ser atenuante de tercera clase. Además, se incorpora la presentación voluntaria ante la autoridad para ser juzgado como atenuante de segunda clase. La presentación voluntaria ante la autoridad acompañada de la confesión espontánea del delito pasa de atenuante de segunda clase a atenuante de cuarta clase;

- Se incorpora como atenuante de segunda clase la embriaguez completa si el agente ha cometido antes un delito estando ebrio o si ha tenido conocimiento de que la embriaguez lo predispone al delito que cometió, o ambas. Por su parte, se suprime la embriaguez incompleta como atenuante (el código de 1871 la clasificaba como de tercera clase);

- La reparación espontánea del daño causado pasa de ser atenuante de tercera clase a ser de cuarta, *porque es un claro indicio de que no hay perversión en el delincuente, y de que el delito ha sido un acto ocasional, producto de arrebatos o de pasajero descarrío*³⁰⁵;

- Se suprime como atenuante la enajenación mental *incompleta* porque se la considera como excluyente de responsabilidad, y

- La provocación o amenaza grave pasan de ser atenuantes de cuarta clase a ser de tercera.

En relación con las circunstancias agravantes destacan las siguientes propuestas:

- Se propone que la agravante de ejecutar un delito faltando a la consideración que se debe a la persona por su avanzada edad, sea suplantada

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 48.

por la de *faltando a la consideración que se debe a la persona por su edad*, para incluir también la consideración debida a los niños;

- La habitualidad, consistente en *haber sufrido antes el delincuente la pena impuesta en dos o más procesos, por delitos diversos de aquel de que se le acusa, si no hubieren pasado tres años contados desde el día que sufrió la última condena*, pasa de ser agravante de primera clase a ser de cuarta clase; además, se extiende el plazo de tres a cinco años desde el día en que se cumplió la última condena. Con ello se pretende ampliar el concepto de delincuente habitual;

- Se incorpora como agravante de segunda clase el *delinquir en lugar destinado a que la autoridad ejerza sus funciones, o en una oficina pública*;

- La agravante de *faltar a la verdad el acusado, declarando circunstancias o hechos falsos...* pasa de ser agravante de segunda clase a serlo de tercera, y

- Se incorpora como agravante de cuarta clase la embriaguez provocada intencionalmente para asegurar o facilitar la ejecución del delito o para procurar una circunstancia excupante o atenuante.

Como puede verse los cambios propuestos no son sustanciales. Entre las circunstancias incorporadas hay algunas que se relacionan con la culpabilidad (provocación o amenazas), otras con la prevención especial (hábitos de moralidad) y con la prevención general (delinquir en lugar destinado a que la autoridad ejerza sus funciones). Por su parte, es evidentemente inconstitucional en la actualidad, y lo era en ese entonces, la agravante de faltar el acusado a la verdad porque se opone a la garantía de no ser compelido a declarar en su contra.

Los trabajos de la comisión encargada de la reforma al Código Penal de 1871 culminaron en 1912, sin que el Proyecto de Reformas haya podido aprobarse debido a la inestabilidad política imperante en el país.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929

Los ordenamientos penales mexicanos elaborados en el transcurso del siglo XX se apartan de la legislación española y se apoyan, fundamentalmente, en fuentes italianas y alemanas. Ejemplo de ello es el *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales* de 1929, que se basó en los principios del positivismo penal.

Este Código contenía graves deficiencias técnicas que hicieron prácticamente imposible su aplicación³⁰⁶ pero, según palabras de su autor, tuvo el mérito de *haber roto con los antiguos moldes de la Escuela Clásica...y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito con base en la defensa social e individualización de sanciones*³⁰⁷.

El texto permite apreciar la mencionada influencia del positivismo, tanto de la escuela italiana como de la vertiente alemana, la escuela de la defensa social de von Liszt, a cuyas clases asistió Almaraz³⁰⁸. Esta orientación justificó que se le otorgara mayor interés al delincuente que a sus actos.

En el campo de la determinación de la pena, el código, a semejanza del de 1871, contiene una compleja enumeración de circunstancias agravantes y atenuantes, dividida cada una de estas categorías en cuatro clases, *según la mayor o menor influencia en la temibilidad del delincuente*³⁰⁹.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 35.

³⁰⁷ Almaraz, José, *op. cit.*, p. 25.

³⁰⁸ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 69. Este autor, a su vez, obtiene esta información de la obra de Luis Garrido, "José Almaraz", en *Ensayos penales*, México, 1952, pp. 28 y ss.

³⁰⁹ Artículo 48 del Código Penal de 1929, en Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, tomo 3, México, 1979, p. 127. Así, por ejemplo, era atenuante de primera clase *el hallarse al delinquir en estado de ceguera y arrebatado, producidos por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por un gran afecto lícito, si éste no es un agravio para el mismo ofendido*; era atenuante de segunda clase *el presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado*; era atenuante de tercera clase *el dejar de hacer lo que manda la ley por un impedimento difícil de superar*, y era atenuante de cuarta clase *el haber tenido anteriormente el acusado hábitos de moralidad personal, familiar y social, comprobados con hechos positivos*. Por su parte, era agravante de primera clase *ejecutar un hecho delictuoso contra la persona, faltando a la consideración que se deba al ofendido por su edad o su sexo*; era agravante de segunda clase *causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito*; era agravante de tercera clase *cometer el delito durante un tumulto, sedición a(sic) conmoción popular, terremoto, naufragio, u otra cualquiera calamidad pública, aprovechándose del desorden o confusión general que producen, o de*

Entre las atenuantes se mencionan:

-De primera clase: el *hallarse al delinquir en estado de ceguera y arrebatado, producido por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente y delinquir exitado por una ocasión favorable.*

-De segunda clase: presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado, cometer el delito por temor reverencial.

-De tercera clase: confesar el delito quien no fue detenido in fraganti, que haya precedido una amenaza grave de parte del ofendido.

-De cuarta clase: haber tenido anteriormente el acusado *hábitos de moralidad personal, familiar y social* comprobados, haberse propuesto hacer un mal menor al causado, haber obrado con error racionalmente fundado de que lo hacía en ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber, presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado inmediatamente después de cometido el delito.

Algunas de las agravantes son:

-De primera clase: faltar a la consideración que se deba al ofendido por su edad o por su sexo, cometer el delito por la noche, o en despoblado, o en paraje solitario, ser el delincuente persona instruida, haber sido de malas costumbres, demostradas por una vida anterior viciosa o desarreglada, ser el delincuente sacerdote o ministro de cualquier religión o secta.

-De segunda clase: causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito, ser frecuente en el territorio el delito que se trata de reprimir, inducir a otro a cometer un delito, si el inducido es ya responsable de él por hechos diversos, delinque en una oficina pública o en un lugar destinado a que la autoridad ejerza sus funciones, vencer graves obstáculos o emplear gran número de medios.

la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia, y era agravante de cuarta clase cometer el delito por retribución dada o prometida, por mandato de otro, o por cualquier motivo fútil.

-De tercera clase: cometer el delito durante una calamidad pública, aprovechándose del desorden o confusión que produce, valerse de llaves falsas, fractura, horadación o escalamiento, cometer el delito en el teatro o en un lugar de reuniones públicas, durante éstas, faltar a la verdad el acusado, declarando circunstancias o hechos falsos, a fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación.

-De cuarta clase: cometer el delito por retribución dada o prometida, por mandato de otro o por cualquier motivo fútil, ejecutarlo por medio de incendio, explosión, inundación, veneno o gases asfixiantes, cometerlo auxiliado de otras personas, armadas o sin armas, o tener gente prevenida para procurarse la impunidad, causar deliberadamente un mal grave que no sea necesario para la consumación del delito, valerse de cualquier medio que oculte o modifique la verdadera personalidad del delincuente (empleo de disfraz, uniforme).

La enumeración de atenuantes y agravantes sigue el mismo sistema casuista del código anterior, y se mantienen muchas de las circunstancias contempladas en él. Pero mientras que en los ordenamientos previos no se explicitaba un único criterio que prevaleciera en el momento individualizador, sino que combinaban consideraciones preventivas y retributivas, en el texto penal de 1929 se alude expresamente a la *temibilidad* del delincuente. De esta manera, siguiendo los postulados positivistas, se daba prioridad a la finalidad preventivo especial del derecho penal. Esto se confirmaba en el artículo 68 del código que explicitaba que el objeto de las sanciones era *prevenir los delitos, reutilizar (sic) a los delincuentes y eliminar a los incorregibles*³¹⁰.

El objeto de la valoración judicial no era tanto el delito, sino la personalidad del delincuente. Al respecto, el código establecía:

*Artículo 161. Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la **temibilidad** del delincuente.*

³¹⁰ *Ibidem*, p.131.

Prevalece en el texto, en concordancia con el pensamiento de la época, consideraciones de prevención especial negativa, ya que se pensaba que para la seguridad social era más importante neutralizar al delincuente que readaptarlo. Prueba de ello es la referencia a la *temibilidad* (posibilidad de que el delincuente cometa nuevos delitos) como principal criterio individualizador.

Almaraz, presidente de la Comisión Redactora, señala que el Código de 1871, siguiendo los lineamientos de la Escuela Clásica, relaciona la determinación de la pena con la *culpabilidad moral revelada en el delito cometido*, que se apoya en el libre albedrío. A esto se opone la doctrina de la determinación de la voluntad que concibe al delito como producto de las condiciones exteriores en el momento de cometido el hecho y de la organización interna del actor, que, a su vez, se encuentra determinada por su constitución psico-fisiológica y por las condiciones del medio. Dentro de esta corriente destaca la importancia de los avances de la Etiología criminal, que permitió comprobar que hay anomalías psíquicas constitucionales que predisponen a una vida antisocial y que precisamente los tipos antisociales de máxima temibilidad se encuentran por lo regular bajo la influencia de estas variantes psíquicas que no se les pueden imputar, *y son impulsados por el camino del crimen*. En este sentido, al basarse el sistema de atenuantes y agravantes en la temibilidad del infractor, y no en su culpabilidad moral, se superan los defectos del código anterior y logra una regulación acorde con el derecho penal utilitario³¹¹.

³¹¹ Almaraz, José, *op. cit.*, pp 48-53.

2. El Código Penal para toda la República en materia del Fuero Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común de 1931

El fracaso del ordenamiento penal de 1929 -que, por innumerables defectos técnicos, resultó inaplicable- motivó la inmediata designación, por el Presidente Portes Gil, de una comisión revisora de ese texto, la cual estuvo presidida por el licenciado Alfonso Treja Zabre³¹² y cuyos miembros fueron José López Lira, José Angel Ceniceros, Luis Garrido y Ernesto E. Garza.

Treja Zabre presentó la exposición de motivos del nuevo código en el Congreso Jurídico Nacional, reunido en la Ciudad de México en mayo de 1931. En ella se rechaza el dogmatismo positivista y se revaloran parcialmente los postulados de la Escuela Clásica, por lo que se defiende un eclecticismo pragmático, descalificándose el determinismo mecanicista del positivismo.

Otro de los integrantes de la comisión, José Angel Ceniceros, expresó que el nacimiento del Código se remontó a la necesidad de substituir el de 1929, que había sido muy criticado por la opinión pública por su acusado positivismo y por el poco conocimiento de la realidad judicial del país que se dejaba entrever en sus normas. Afirmó, asimismo, que *ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable*³¹³.

Aunque Zaffaroni no está de acuerdo con las expresiones de los autores y sostiene que el nuevo código siguió siendo marcadamente positivista³¹⁴, lo cierto es que el ordenamiento contenía una combinación equilibrada de principios clásicos y positivistas, que le permitió, modificaciones mediante, subsistir hasta nuestros días.

³¹² Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*, Parte general, Editorial Trillas, México, 1986.

³¹³ Ceniceros, José Angel, *Un discurso sobre el Código Penal de 1931; (Bosquejo de una sociología de la delincuencia)*, Editorial La Justicia, México, 1977, (Serie Estudios Jurídicos), p.9.

³¹⁴ Zaffaroni, E. R., "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Revista mexicana de justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1985, p. 69.

El 13 de agosto de 1931 se promulgó el nuevo código penal, actualmente en vigor.

En materia de determinación de la pena, el cambio fue radical. Se abandonó el sistema de atenuantes y agravantes, con lo que se amplió drásticamente el arbitrio judicial al respecto. Las reglas para la *aplicación de las sanciones* fueron las siguientes:

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 peculiaridades del delincuente.

Artículo 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrán en cuenta:

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

2º La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas;

3º Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

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

Sobre los objetivos que persiguió la comisión redactora en materia de determinación de la pena, José Angel Ceniceros señala que:

La Comisión redactora del Código de 31, tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal que estiman indispensable la existencia de un suficiente arbitrio judicial como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, pero sin olvidar la realidad de la vida jurídica mexicana, que se caracteriza por la falta de elementos técnicos y económicos, y por la desconfianza que se tiene a los funcionarios

judiciales, ya porque se dude de su capacidad, ya porque se tema que se dobleguen ante el poder, se rindan ante la amistad, o se vendan ante el dinero.

No se pensó en un arbitrio judicial amplio, por las restricciones constitucionales y, porque, además, hubiera sido ir demasiado lejos después de haber vivido durante un largo lapso con un sistema minucioso de métrica penal ³¹⁵.

Es de dentro de este orden de ideas que se eliminaron las circunstancias atenuantes y agravantes y se dejó en libertad al juez para valorar las circunstancias objetivas que concurran en la comisión del delito y las subjetivas del infractor.

Si bien el artículo 52 estableció las circunstancias que debían ser tenidas en cuenta para la individualización, el legislador no las ponderó, por lo que dejó en libertad al juez para que las valorara, en pro o en contra del delincuente, de acuerdo a las características del caso. Con ello se dio al juez el arbitrio necesario para decidir la pena aplicable.

En este nuevo sistema se establecieron punibilidades máximas y mínimas para cada tipo doloso consumado, y dentro de ese intervalo el juez tenía libertad para decidir la pena aplicable, pero debía atender a los lineamientos de los artículos transcritos.

El legislador del 31 fue menos dogmático que el del 29 y no se definió por la prevención o la retribución como criterio de individualización. En todo caso, asumió una posición neutral al aludir a las *circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente*. Esta fórmula por sí sola no expresa una postura definida y debe interpretarse en el contexto del sistema penal vigente. No debe olvidarse que la Constitución mexicana de 1917 había sentado las bases de un sistema penal respetuoso del individuo y de su dignidad; las diversas garantías consagradas en sus artículos (16, 18, 19, 20, 21, 22...) permiten afirmar que se dio prioridad al individuo frente a la acción represiva del Estado. En este contexto es posible interpretar que las condiciones exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente

³¹⁵ Ceniceros, J., *op. cit.*, p. 11.

conforman la reprochabilidad por el hecho cometido, tal como se ha analizado en el capítulo anterior.

Las condiciones exteriores de ejecución se refieren, indudablemente, al cómo, cuándo y dónde se realizó el hecho, a las particularidades de la ejecución -u omisión- de la conducta típica. Hay quienes prefieren hablar para este caso de la gravedad del injusto, pero a ello se hará referencia en el siguiente apartado. Por lo pronto es posible afirmar que las condiciones exteriores de ejecución son objeto del reproche de culpabilidad.

Las peculiaridades del delincuente, o sea las características de personalidad y las condiciones particulares de existencia, son también objeto del reproche de la culpabilidad. Sería absurdo interpretar que las particularidades del delincuente a que alude el artículo son aquellas que no tienen ninguna relación con el hecho típico. Las únicas características personales que pueden interesar al juez para la determinación de la pena son las que intervienen o condicionan la comisión del delito. El contenido del juicio de culpabilidad abarca las condiciones existenciales del sujeto, ya que sólo así es posible valorar la reprochabilidad del hecho. El análisis de las peculiaridades del delincuente ayuda a determinar el ámbito de libertad en que decidió la ejecución del delito.

Es cierto, como se verá en el siguiente capítulo, que ésta no fue la interpretación que prevaleció en la doctrina y la jurisprudencia y, probablemente, tampoco ésta haya sido la idea del legislador. Frecuentemente se entendió que las circunstancias objetivas del hecho permitían medir su gravedad, y por tanto su reprochabilidad, mientras que las peculiaridades del delincuente aludían a su peligrosidad, o sea a la prevención especial. Esta interpretación coincide con la declaración de los autores del código que hablaron de una postura ecléctica, que combinaba criterios retributivos con preventivos. Sin embargo, aunque el legislador haya cometido el error de no tomar en cuenta la voluntad del Constituyente, el encargado de aplicar la ley no puede hacerlo. La Constitución de 1917 estableció un sistema penal respetuoso de la dignidad humana y basado en los principios del Estado de Derecho, en el que se juzga a la persona por lo que hace y no por lo que es. Un sistema así rechaza la instrumentalización del individuo en función del

conjunto social y antepone la libertad personal a la tranquilidad social. En este contexto, la fórmula contenida en el artículo 51 del Código Penal de 1921 sólo podía aludir a la culpabilidad como parámetro de punición.

Claro está que la inclinación de juristas y jueces por seguir los lineamientos positivistas en la etapa de la individualización judicial no era casual: se apoyaba, fundamentalmente, en el contenido del artículo 52. Este artículo que, según González de la Vega, fue tomado, con pequeñas variantes, del Código Penal Argentino de 1921³¹⁶, vino a sustituir el catálogo rígido de atenuantes y agravantes por una enumeración de circunstancias que el juez debía, a su libre arbitrio, valorar. El análisis de estas circunstancias facilitará su comprensión.

La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla. Encuadra en las circunstancias exteriores de ejecución. Se refiere a aquellas peculiaridades en la ejecución de la conducta típica, que no hayan sido contempladas por el legislador en la ley, y que ayuden a valorarla; por ejemplo el robar las donaciones hechas para ayudar a las víctimas de una catástrofe. Los medios son el instrumento o la actividad distinta de la acción, que no hayan sido previstos por el legislador, empleados para realizar la conducta o producir el resultado³¹⁷; por ejemplo, matar a alguien con golpes de machete o con algún otro instrumento que provoque sufrimiento.

La extensión del daño causado y del peligro corrido. También encuadran en las circunstancias objetivas de ejecución. La extensión del daño significa la magnitud de la lesión al bien jurídico. Habrá tipos en los que la lesión del bien no sea mensurable, como el de homicidio, pero hay otros en los que sí, como las lesiones o el daño en propiedad ajena. En todo los casos, y por el principio señalada en el capítulo 1, el juez sólo puede tener en cuenta la extensión del daño que no haya sido considerada por el legislador al decidir la punibilidad aplicable. La extensión del peligro corrido alude al riesgo, a las probabilidades, que tuvo el delincuente de ser descubierto, aprehendido o lesionado a causa de la ejecución del delito. Es inversamente proporcional a

³¹⁶ González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, Porrúa, México, 1974, p. 126.

³¹⁷ Islas, Olga, *Análisis lógico*...p. 50. En el texto la autora hace referencia a que los medios deben estar contemplados en el tipo, se refiere a ellos como elementos del tipo. En el supuesto que estamos analizando, por el contrario, ellos no deben estar en el tipo, porque de ser así ya los valoró el legislador para establecer la punibilidad.

las posibilidades del sujeto pasivo de lesionar el bien jurídico, por ejemplo, el robarle la bolsa a una mujer que está cuidando a su hijo pequeño en el parque, y por lo tanto no está en condiciones de prestar la atención suficiente a sus pertenencias.

La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, la conducta precedente del sujeto y las condiciones económicas del sujeto. Todas estas circunstancias encuadran en las peculiaridades del delincuente. Deben ser tenidas en cuenta sólo en la medida en que se relacionen directamente con el hecho cometido. Recordemos, una vez más, que para la formulación del juicio de reproche deben tenerse en cuenta las circunstancias existenciales en que se haya inmerso el sujeto, de lo contrario estaríamos dejando de lado variables que, necesariamente, afectan su libertad de decisión. No es lo mismo un homicidio por venganza cometido por alguien que se crió en una comunidad donde vengar a sus muertos es una cuestión de honor, que uno cometido por un alto funcionario que, por salvaguardar su orgullo, ordena a un subordinado que mate a un individuo que lo ha perjudicado en su carrera política. No tienen la misma libertad para decidir si se apodera de un dinero ajeno que está a su alcance, sin mayores obstáculos, aquél que no tienen trabajo y no tiene para sufragar los gastos más elementales de su familia, que el próspero banquero que no sufre ningún apuro económico.

Los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Constituyen un elemento subjetivo, por lo que se relacionan con las peculiaridades del delincuente. Ya se trató suficientemente en el segundo capítulo que los motivos son medulares para el juicio de culpabilidad. La mayor o menor reprochabilidad de una conducta delictiva se relaciona directamente con los motivos que la impulsaron. Una vez más hay que destacar que, para que el juez los tenga en cuenta para graduar la culpabilidad, no deben haber sido considerados por el legislador en el tipo, de lo contrario serían objeto y parámetro, a la vez, del juicio de reproche.

Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito. Estas hacen referencia tanto a circunstancias objetivas como subjetivas, por ello se relacionan con las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente. Las situaciones externas como

la soledad, el abandono, el acoso de personas o grupos, y las internas como la angustia, la depresión, el miedo o la desesperación pueden condicionar las decisiones del sujeto.

Los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse.

Aluden, sin duda, a peculiaridades del delincuente. La palabra *demás* señala que aquí se trata de situaciones distintas a las señaladas en el inciso 2. Aparte de los antecedentes mencionados, el juez deben tener en cuenta otros que, de acuerdo a la redacción del tercer inciso, parecen relacionarse más con la personalidad del sujeto que con el hecho en sí. Pero no debe olvidarse que esta alusión a la prevención especial la hace el legislador en último lugar, por lo que era perfectamente compatible con esta redacción del Código individualizar la pena de acuerdo a la culpabilidad, o al menos, siguiendo el criterio del espacio de juego.

Sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales. Forman parte de la peculiaridades del delincuente. También en este caso parece hacerse alusión a cuestiones de prevención especial. Sin embargo, pueden interpretarse en función de las condiciones existenciales del sujeto, que, como dijimos, pueden incidir, en mayor o menor medida, eso debe comprobarlo el juez, en el proceso de decisión del autor del delito.

La calidad de las personas ofendidas. Se relaciona con las circunstancias exteriores de ejecución. Carrancá y Trujillo menciona que *calidad* hace referencia a la idea de dignidad, nobleza y jerarquía social, pero deja de lado las condiciones personales: edad, sexo, educación, costumbres nivel económico, etcétera³¹⁸. Pero, en vista que las condiciones personales de la víctima forman parte de las circunstancias exteriores del hecho a que se refiere el artículo 51, el juez puede considerarlas en la determinación de la pena. Las características de la víctima forman parte del hecho cometido, y, por lo tanto, deben evaluarse dentro de la culpabilidad por el hecho. No es igual de reprochable robarle a un indigente el único dinero que tienen para comprar comida que robarle a alguien de holgada posición una cantidad

³¹⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, Porrúa, México, 1976, p. 146.

similar; mientras que en el primer caso, para la víctima, el robo significa una tragedia, en el segundo, es un hecho intrascendente.

Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad. Aunque se trata de circunstancias exteriores de ejecución, el legislador las relaciona con una peculiaridad del delincuente, su *temibilidad*. Este término *-temibilità-* fue acuñado por Garófalo³¹⁹, eminente representante del positivismo italiano. Es una referencia directa a la prevención general de corte negativo, y alude a la mayor o menor probabilidad de que una persona cometa delitos. Ferri retomó este concepto en el de peligrosidad: *...la peligrosidad lleve en sí como consecuencias propias, de una parte la mayor o menor temibilidad del sujeto, y de otra, la mayor o menor readaptabilidad a la vida social*³²⁰. De este modo combinó la prevención especial negativa y positiva. Es interesante que el legislador de 1931 haya escogido la referencia a la *temibilidad*, ya que el artículo 41 del Código Penal Argentino, que sirvió de modelo, hace referencia a la *peligrosidad*. Pareciera que el legislador mexicano hubiera querido quedarse con el aspecto negativo de la prevención especial que, en aras de la defensa social, justifica por sí solo la imposición de una medida estatal. Sin embargo, como se verá en el siguiente capítulo, en nuestra práctica forense se habló en todo momento de peligrosidad, entendida como sinónimo de temibilidad, sin que nunca quedara clara cuál era la connotación precisa de una y de otra. En todo caso, es posible afirmar que el legislador refirió, en última instancia, al criterio preventivo especial para completar a la culpabilidad, lo que podría entenderse en el sentido de la teoría del margen de libertad³²¹.

En relación con los delitos de *imprudencia*, el código estableció:

Artículo 60 ...

La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52 y las especiales siguientes:

³¹⁹ Garófalo, R., *La criminología*, Trad. Dorado Montero, Madrid, 2da. ed., p. 401, citado por García Arán, M., *Los criterios de...*, p. 70.

³²⁰ Ferri, E., *op. cit.*, p. 270.

³²¹ Ver capítulo 2, punto 2, apartado c de este trabajo.

- I. La mayor o menor facilidad de prever o evitar el daño que resultó;*
- II. Si para ello bastan una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;*
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;*
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios, y*
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.*

Esta enumeración viene a complementar lo señalado en el artículo 52. Las fracciones I, II, IV y V aluden a circunstancias que permiten graduar la gravedad de la culpa, que es producto de la omisión de cuidado del sujeto ante la lesión de un bien jurídico previsible y provisible. Esto permitirá, a su vez, graduar la mayor o menor reprochabilidad del hecho típico cometido.

La fracción III es la única que alude a la finalidad preventivo especial que, como señalé, debe entenderse como complemento de la culpabilidad.

3. Las reformas al El Código Penal para toda la República en materia del Fuero Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común de 1931 y el texto vigente

El Código Penal de 1931, todavía vigente, ha sido objeto de múltiples modificaciones que, en ciertas materias, han transformado radicalmente su contenido original. Las reformas más importantes se produjeron en las últimas dos décadas, en enero de 1984, diciembre de 1991 y enero de 1994.

Los cambios introducidos al código han respondido a distintos motivos: en algunas ocasiones fueron producto de las presiones ejercidas por grupos sociales específicos que buscaban mejor protección hacia sus derechos -es el caso de la movilización de organizaciones de mujeres que provocaron las modificaciones en materia de delitos sexuales de 1984, 1989 y 1991-; otras, obedecieron a la necesidad de las autoridades de *hacer algo* ante el incremento de la criminalidad -ejemplo de esto lo constituyen las reformas de enero de 1988 y mayo de 1996, en las que se incrementó la punibilidad de ciertos tipos delictivos-, y, otras más, respondieron al propósito de adecuar los contenidos del código a los avances de la teoría penal y a las nuevas propuestas ideológicas que sustentan la actuación estatal -como las tres importantes reformas señaladas en el párrafo anterior-.

Dentro del último de los sentidos mencionados, el del cambio del sustento teórico, se inscribe la paulatina eliminación de los contenidos positivistas del Código de 1931. En enero de 1984 se suprime la figura de la retención, por la cual un sujeto que había cumplido la condena impuesta por el juez podía permanecer en la prisión si no se había rehabilitado totalmente, y la presunción de dolo; en diciembre de 1991 se deroga la figura de vagancia y malvivencia, en virtud de la cual se penalizaba a alguien por lo que era y no por lo que había hecho, y en enero de 1994 se alude a la culpabilidad en la determinación de la pena y se quita toda referencia a la peligrosidad.

Es así que en el ámbito de la punición se producen cambios sustanciales que requieren ser analizados con detenimiento. Hasta 1984 los artículos 51 y 51 no sufrieron ninguna alteración, lo que permitió, como veremos, que se fuera desarrollando una amplia jurisprudencia que delineó,

aunque no con la claridad necesaria, los criterios prácticos de determinación de la pena, que fueron aplicados por los jueces y magistrados del país.

1. En enero de 1983 se introdujo el inciso 4 del artículo 52, que establecía:

Artículo 52. ...

4.- Tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 213 de este Código.

...

A su vez, el artículo 213, también modificado, decía:

Artículo 213. Para la individualización de las sanciones previstas en este título, el juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos de delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

Esta disposición particular para los servidores públicos es una respuesta de las autoridades a la extendida corrupción dentro de la administración pública mexicana. Precisamente, la disposición se introduce inmediatamente después de que asume un nuevo gobierno³²² que, al igual que otros anteriores, se propuso combatir la comisión de prácticas ilícitas muy arraigadas en el ejercicio de la función pública. Desde un punto de vista estrictamente dogmático la reforma no tuvo razón de ser, todo lo que indica el artículo 213 estaba comprendido en el texto del artículo 52. La calidad de *empleado de base o de confianza*, quizá la única precisión que aporta el nuevo artículo, debía ser analizada de todos modos por el juez entre *las condiciones especiales que se encontraba* (el sujeto) *en el momento de la comisión del delito*. Todas las circunstancias indicadas aluden a la mayor o menor reprochabilidad del ilícito.

³²² La reforma fue publicada el 5 de enero de 1983 en el Diario Oficial, el 1 de diciembre de 1992 había asumido la Presidencia de la República Miguel de la Madrid Hurtado, quien había puesto en marcha una campaña para combatir la corrupción.

Además, el legislador introduce una fórmula vaga e inoperante al mencionar que la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena. Si no hay una indicación precisa sobre cuánto deben elevarse las punibilidades de los tipos que fueren cometidos por servidores públicos, no puede incrementarse la pena aplicable, de lo contrario se estaría violando el principio de legalidad contemplado en el artículo 14 constitucional. Esto motivó que, con posterioridad, se introdujera el artículo 231 bis en el que se indica que cuando los delitos de abuso de autoridad, intimidación y cohecho sean cometidos por miembros de alguna corporación policiaca, aduanera o migratoria, las penas previstas serán aumentadas hasta en una mitad y, además, se impondrá destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar algún empleo, cargo o comisión públicos.

2. El 13 de enero de 1984 se incorpora un último párrafo al artículo 52, que dice:

Artículo 52. ...

Para los fines de este artículo, el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales.

El artículo 41 del Código Penal argentino menciona que el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias el hecho en la medida requerida para cada caso. El legislador mexicano de 1931 no tomó en cuenta esta disposición pero, probablemente a raíz de situaciones detectadas en la práctica forense, decidió incorporar la disposición transcrita. Con ello se buscó que el juez fundamentara su decisión en elementos objetivos, evitando así punitivas arbitrarias. Pero el párrafo propuesto no menciona el conocimiento directo del sujeto sino de los dictámenes periciales sobre su personalidad. Está claro que, siguiendo la tradición jurisprudencial, se buscaron elementos que sirvieran de apoyo para graduar la *temibilidad o peligrosidad*. Con esto, el legislador obligó al juez a

atender a los estudios que el personal técnico de los reclusorios practica a los internos.

En esta misma reforma se modificó el texto del artículo 54, que quedó así:

Artículo 54. El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor del delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

En la versión original se establecía que las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tuvieran relación con el hecho u omisión sancionados aprovechaban o perjudicaban a todos los que intervinieran en la comisión del delito y que las circunstancias personales de alguno de los delincuentes perjudicaban a todos los que intervinieran teniendo conocimiento de ellas. Esto significaba el reconocimiento de responsabilidad objetiva en el ámbito penal.

El nuevo artículo se refiere, al igual que el anterior, a los tipos calificados o atenuados, de lo contrario no podría hablarse de aumento o disminución de la pena. Constituye una directriz para que el juez encuadre la actuación de cada sujeto interviniente en el tipo pertinente. Por ejemplo, la conducta de quien actúa conjuntamente con otro para matar al padre de este último, encuadra en el tipo de homicidio y no en el de homicidio en relación del parentesco. Se trata de una regla de tipificación y no de punición.

3. El 14 de enero de 1985 se agrega un segundo párrafo al artículo 51, cuya función es precisar el cálculo de la punibilidad de algunas normas.

Artículo 51. ...

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

Esta disposición no afecta en nada a la punición, solamente establece la manera de calcular la punibilidad de los tipos de tentativa, de la reincidencia, y de todas aquellas normas en que se prevean penas proporcionales a las previstas para el tipo doloso consumado. En todos los casos se crea un nuevo intervalo dentro del cual el juez determinará la pena aplicable siguiendo los criterios ya señalados. Sin embargo, esta regulación tuvo dificultades en su aplicación práctica, ya que muchos jueces esperaban que el legislador estableciera la punición correspondiente.

4. El 27 de diciembre de 1991 se agrega una frase al primer párrafo del artículo 51, que queda así:

Artículo 51. Dentro de los límites... 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.

...

Esta disposición se refiere a las punibilidades alternativas y, aparentemente, está orientada a reforzar la posibilidad de imponer la pena privativa de libertad. Es evidente que si existen dos o más alternativas de punibilidad el juez puede escoger entre cualquiera de ellas, pero el legislador, en vista de que en esta misma reforma se transformaron varias punibilidades conjuntivas -prisión y multa- en alternativas -prisión o multa-, creyó conveniente recalcar esa opción.

Pero lo más importante es la finalidad que debe perseguir el juez. En una fórmula que encuadra perfectamente en los planteamientos de la teoría del margen de libertad, se hace referencia a la justicia (culpabilidad) y a la prevención general y especial. Aunque no se da prioridad a ninguna de las tres finalidades en el momento de la determinación de la pena, el juez deberá armonizarlas. La mejor manera, que corresponde a la interpretación propuesta para el artículo 52 original, es que el juez identifique, dentro del marco de la punibilidad, el sub-marco de pena adecuada a la culpabilidad del hecho, para proceder, dentro del mismo, a considerar las finalidades preventivas. Aunque con este agregado se refuerza nuestra propuesta inicial, en la práctica forense

no se le dio mayor importancia, al punto que los jueces siguieron individualizando la sanción como lo habían hecho hasta ese momento.

5. El 10 de enero de 1994 se publica en el Diario Oficial una reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. La reforma incorpora conceptos de la escuela finalista: la definición de dolo, la resolución del error de prohibición y la inexigibilidad de otra conducta como excluyente de delito, son algunos de ellos. Esta toma de postura doctrinaria ha dado lugar a reiteradas críticas, que sostienen que el legislador no debe adoptar una teoría, sino que ha de limitarse a crear las normas indispensables sin incluir definiciones innecesarias. A su vez, hay quienes justifican esta toma de postura legislativa en aras de la seguridad jurídica, argumentando que hay que dar a los jueces directrices claras porque de lo contrario no sabrían cómo interpretar la ley. Con esto se pone de relieve la ausencia de una práctica judicial enriquecedora, en la que los jueces más que estar influenciados por la dogmática sean sus propios creadores.

Criterios para la punición

La reforma también toma partido en el campo de la punición, adoptando a la culpabilidad como criterio rector. Como ya mencioné, la redacción anterior no impedía llegar a una conclusión similar, pero, una vez más, el legislador quiso ser explícito para contrarrestar la práctica jurisprudencial que se había orientado hacia una interpretación diferente.

Para ello se reforma el artículo 52 del Código Penal, que queda de la siguiente manera:

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 tomará en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sena relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

El nuevo artículo, que es el vigente, merece un análisis detallado con el fin de determinar sus alcances precisos.

El juez fijará las penas y medidas de seguridad... con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente:

Con este encabezado el legislador pretendió fijar un marco dentro del cual deben interpretarse las circunstancias contenidas en los distintos incisos. Es indudable que no quiso dejar nada librado a la interpretación judicial, sino que trató de abarcar todas las situaciones en que el juzgador debe ejercer su facultad individualizadora y de cerrar el paso a criterios que no sean compatibles con la culpabilidad por el hecho.

El primer punto digno de atención es la alusión a las penas y medidas de seguridad. De acuerdo con el artículo, el juez debe tener en cuenta la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente tanto para fijar la pena como para determinar la medida de seguridad aplicable. Esto plantea un primer problema: distinguir entre *pena y medida de seguridad*.

La incorporación de medidas de seguridad a un ordenamiento penal tuvo lugar, sin perjuicio de algunos antecedentes, en el Anteproyecto de Código Penal Suizo de 1893 elaborado por Stoos. Fue, según Righi, consecuencia de la lucha de escuelas y de las *soluciones de compromiso*

*emergentes de la confrontación entre los defensores de las teorías absolutas y los partidarios de la prevención especial*³²³.

El sistema *dualista*, en su versión original, preveía penas de carácter retributivo para los imputables, y medidas de seguridad, fundadas en la peligrosidad del autor, para los inimputables. En esto radicaba la diferencia entre ambas, que, en lo sustancial, se mantuvo hasta hace poco tiempo:

1. La pena tiene un contenido expiatorio (sufrimiento), se impone al cupable de un delito, y su duración debe ser proporcional a la importancia del bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor.

2. La medida de seguridad es una privación de derechos que persigue un fin tutelar (sin sufrimiento), es consecuencia de un *estado peligroso* y de duración indeterminada.

Pero, como vimos en el primer capítulo, este esquema es puesto en duda en la actualidad. En primer lugar, la mayoría de la doctrina coincide en que la *pena* -etapa de ejecución- tiene, fundamentalmente, finalidad preventivo especial. Asimismo, se ha dejado de lado la indeterminación de las medidas para fijarles un límite igual al máximo de punibilidad prevista para el tipo penal aplicable. Ya nadie niega que tanto la pena como la medida de seguridad ocasiona sufrimiento a quien le son impuestas.

En el otro extremo se encuentra el sistema *monista* que propugna un tipo de sanción única en la lucha contra el delito. Esta postura se funda en que:

1. La distinción entre pena y medida no tiene sentido pues ambas se identifican (presuponen la comisión de un delito; tienen carácter aflictivo; poseen carácter jurisdiccional, y tienden a un mismo fin, la defensa social o la reinserción social del delincuente), y

³²³ Cfr. Esteban Righi, "Medidas de seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. I, México, enero-marzo 1983, pp. 219-220.

2. El monismo se justifica desde la perspectiva práctica por la total identidad en la ejecución de la pena y de la medida de seguridad³²⁴.

Las críticas al monismo niegan la posible identidad entre pena y medida de seguridad, para lo que se fundan en que: 1. La pena cumple funciones de prevención general y especial, mientras que la medida de seguridad agota su función en la prevención especial, y 2. Las relaciones entre pena y medida de seguridad no se pueden reducir a una mera cuestión práctica de política criminal, sino que es preciso tener en cuenta los principios elaborados por la dogmática penal en la materia³²⁵.

Un tercer sistema, el *vicarial*, supone una solución de compromiso entre los sistemas dualista y monista. En este caso la medida de seguridad puede, excepcionalmente, ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto con la culpabilidad se da también una peligrosidad relevante en el autor del delito. Deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, computándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se comprueba que la finalidad preventiva se ha realizado satisfactoriamente, el resto de la pena que quede aún por cumplir no debe aplicarse, porque podría poner en peligro esa finalidad preventiva ya alcanzada³²⁶.

También se han formulado críticas contra el sistema vicarial porque: 1. Concede excesivo arbitrio al juez al permitirle decidir libremente acerca de la ejecución de la medida de seguridad, en detrimento de la certeza y la igualdad, y 2. Tiende a eliminar las diferencias entre pena y medida de seguridad en cuanto ambas respuestas son intercambiables³²⁷.

Con excepción del sistema monista, que ha sido muy poco aceptado, las distintas posturas comparten la distinción entre pena y medida de seguridad. El uso de los dos conceptos nos lleva, necesariamente, a otorgarles alcances distintos.

³²⁴ Barreiro, Agustín, "Crisis del dualismo", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1995, p. 96.

³²⁵ *Ibidem*, pp. 96-97.

³²⁶ Muñoz Conde, Francisco, "Introducción" al libro de Roxin *Culpabilidad y prevención ...*, p. 39.

³²⁷ Barreiro, A., *Op. cit.*, p.98.

El Código Penal mexicano alude a penas y medidas de seguridad, aunque no distingue con claridad entre ellas. El artículo 24 empieza diciendo que *Las penas y medidas de seguridad son...* y a continuación enumera en forma indistinta a unas y otras. Pero al usar ambos conceptos queda claro que el legislador no los identifica, la prisión enumerada en el inciso 1 del artículo no puede ser a la vez pena y medida, sino alguna de las dos.

Además, en otros pasajes, el código regula las medidas de seguridad en forma independiente. El capítulo V del Título Tercero del Libro Primero, que se denomina *Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefaciente o psicotrópicos, en internamiento o en libertad*, trata exclusivamente de medidas de seguridad aplicables a los inimputables, los adictos a psicotrópicos o estupefacientes y los semiimputables.

Para los inimputables se prevé tratamiento en internamiento o en libertad. En el primer caso se los internará en la institución correspondiente, en el segundo serán entregados a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que esas personas se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia.

En el supuesto de los sentenciados que tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará que la autoridad sanitaria competente les aplique el tratamiento que corresponda sin interrumpir por esto el cumplimiento de la pena.

Por último, para quienes tienen disminuida la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, se establece que el juez, a su juicio, les impondrá hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad prevista para los inimputables o bien ambas.

La reforma de enero de 1984 estableció que la medida de tratamiento impuesta por el juez no podrá exceder en ningún caso la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Con esto se buscó la proporcionalidad entre la medida de seguridad y el bien jurídico lesionado

(daño causado). De esta manera se estrechó aún más la distancia entre pena y medida de seguridad.

Sin embargo, lo expuesto hasta el momento permite distinguir entre penas y medidas en el contexto del derecho penal mexicano. Es indudable que la pena se aplica a sujetos imputables con base en su culpabilidad. En cambio, la medida se impone a sujetos inimputables -que no tienen capacidad de culpabilidad- a sujetos con capacidad de culpabilidad disminuida, según palabras de Jescheck³²⁸, o a sujetos con adicción a estupefacientes o a psicotrópicos. En el primer caso es evidente que la medida no se aplica en función de la culpabilidad. En el segundo supuesto, el de los semi imputables, el juez puede optar entre pena y medida o escoger ambas. Si la pena se aplica a los imputables culpables, el juez impondrá pena cuando la capacidad de culpabilidad no esté mayormente disminuida e impondrá medida cuando esa capacidad sea mínima. Pero, si además puede imponer ambas a la vez, ello significa que una atiende a la culpabilidad mientras la otra responde a la peligrosidad, pues de lo contrario no se justificaría la conjunción.

En nuestro Código, la medida de seguridad es el tratamiento que se impone a los inimputables o a aquellas personas que tienen la capacidad de culpabilidad francamente disminuida y son peligrosos. En ambos casos o bien los sujetos no pueden decidir libremente o bien su decisión estará fuertemente condicionada. El supuesto de los adictos a estupefacientes es un ejemplo de quienes pueden estar compelidos a la realización de una conducta.

Tanto el cumplimiento de la pena como el de la medida de seguridad -etapa ejecutiva- tienen por finalidad la prevención especial, pero las bases de la determinación judicial -punición- son distintas. Para decidir la pena el juez atiende a la culpabilidad del sujeto, mientras que para decidir el tipo de medida de seguridad aplicable tiene en cuenta la peligrosidad. Como ya se dijo, el juez se limita a establecer el tipo penal en que incurrió el inimputable pero no fija la duración de la medida, ya que ésta debe durar mientras el sujeto sea peligroso hasta el máximo previsto en el Código.

³²⁸ Jescheck, H., *op. cit.*, p. 105-106.

Si el inimputable o el sujeto con capacidad de culpabilidad disminuida no son peligrosos, la medida de seguridad no tiene sentido. En el primer caso no debe haber respuesta penal alguna y en el segundo se debe imponer una pena menor.

Por ello, el primer párrafo del artículo 52 sólo puede interpretarse en el sentido de que para la selección de la clase de medida de seguridad aplicable -internamiento o libertad-, el juez debe tener en cuenta la gravedad del ilícito. Este fue el criterio que también usó el legislador para poner un límite a la reacción penal.

El segundo punto a tratar es la referencia a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad. Para muchos autores la gravedad del ilícito es objeto de valoración en el juicio de culpabilidad, para otros es un elemento independiente de la culpabilidad y, finalmente, hay quienes niegan que el ilícito sea graduable.

Dolcini, como se vió en el segundo capítulo, incluye el desvalor objetivo del ilícito dentro de la antijuridicidad y sostiene que la realización de un hecho típico y antijurídico es un elemento de la culpabilidad. Afirma que la ilicitud es una categoría graduable que debe ser considerada en el juicio de culpabilidad. Desde esta perspectiva sería innecesaria la mención a la gravedad del ilícito: hubiera sido suficiente con aludir a la culpabilidad. Asimismo, Welzel incluye dentro del grado de culpabilidad factores generales e individuales, y dentro de los primeros menciona la valoración ético-social media de la lesión de la norma³²⁹ que formaría parte, indiscutiblemente, de la gravedad del ilícito.

En cambio, Mir Puig relaciona la gravedad del injusto con el principio de proporcionalidad, y la medida en que el injusto es atribuible al autor con la culpabilidad. Para este autor, el principio de proporcionalidad parte de la dañosidad y de la peligrosidad del hecho antijurídico cometido, y el de culpabilidad valora el grado de atribuibilidad de aquél a su autor. De esta forma en un hecho de elevada gravedad de injusto podrá concurrir nula o

³²⁹ Ver capítulo 2, página 82.

escasa culpabilidad o viceversa. El juez deberá primero examinar la gravedad del injusto (*proporcionalidad*) y a continuación valorar en qué medida es atribuible a su autor (*culpabilidad*)³³⁰. Esta perspectiva es congruente con la disposición del artículo 52 del código mexicano.

Dentro del contenido de la gravedad del injusto sólo deben considerarse aquellas cuestiones que no hayan sido valoradas por el legislador para establecer la punibilidad aplicable, ya que de lo contrario el juez incurriría en la doble estimación de los elementos típicos ya mencionada³³¹. Así, por ejemplo, debería tener en cuenta si el sujeto actuó con dolo directo o eventual -pero no que actuó con dolo- y la valoración ético-social media de la lesión de la norma a que alude Welzel -pero no el valor del bien lesionado-.

Finalmente, hay autores, como Elpidio Ramírez, que niegan que el injusto sea graduable porque los aspectos antes mencionados los toman en cuenta para el juicio de culpabilidad.

De acuerdo al concepto de culpabilidad ya expuesto, la llamada *gravedad del injusto* queda incluida dentro de los elementos a tener en cuenta en el juicio de culpabilidad. La alusión por parte del legislador a la gravedad del injusto y a la culpabilidad puede dar lugar a confusión y favorecer que los jueces incurran en una doble estimación de los elementos típicos. Por ello, y tal como está redactado el artículo 52 actual, es importante atenerse a lo señalado por Mir Puig -aunque no lo compartamos- y distinguir entre proporcionalidad y culpabilidad, para no caer en esa doble valoración.

En cuanto al concepto de culpabilidad, es evidente que el legislador está considerando la postura normativa, pues de lo contrario no aludiría al grado de culpabilidad. Pero además, tomando en cuenta otras disposiciones como la regulación del error de prohibición (artículos 15 fracción VIII inciso b y 66 del Código Penal) y la enumeración de los elementos del tipo (artículo 1 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y artículo del Código Federal de Procedimientos Penales), es posible afirmar que dentro de la teoría normativa se ha inclinado por la *teoría pura*.

³³⁰ Mir Puig, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 164.

³³¹ Ver capítulo 1, página 46.

La redacción del primer párrafo del artículo 52 es precisa: ordena al juez tomar en consideración la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad sin, aparentemente, dar cabida a ninguna otra variable. Pero a continuación enuncia un conjunto de situaciones que **también** deben ser tenidas en cuenta por el juez, lo que genera alguna confusión: ¿éstas situaciones deben considerarse **además** de la culpabilidad y de la gravedad del ilícito o se trata de meras ejemplificaciones de esos dos principios?

El contenido de la mayoría de las fracciones hace referencia a circunstancias que quedan comprendidas dentro del juicio de culpabilidad, lo que demuestra que no se trata de algo distinto. Por consiguiente, la enumeración del artículo 52 sólo puede interpretarse como un señalamiento, a modo de ejemplo, de las situaciones que el juez debe tener en cuenta y que están incluidas en alguno de los dos parámetros rectores de la punición (gravedad del ilícito y culpabilidad). Esta hipótesis es la que ofrece solución, si no a todos, sí al mayor número de los problemas que se presentan en la aplicación del texto. De lo contrario el intérprete quedaría atrapado en una contradicción irresoluble: determinar la pena **solamente** en función de la culpabilidad y de la gravedad del ilícito, pero **también** tener en cuenta otros criterios.

La enumeración del artículo 52 y el contenido del artículo 65 merecen un análisis especial.

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

La distinción entre lesión (daño causado) y puesta en peligro del bien jurídico fue establecida, al parecer, por Stübel. Posteriormente, Binding concibió por primera vez la noción de peligro como elemento subjetivo de un tipo de delitos³³². Por su parte, Welzel señala que, en materia de delitos

³³² Cfr. Malo Camacho, Gustavo, "Lesión o puesta en peligro del bien jurídico", en *Revista Mexicana de justicia*, No. 1, Vol. I, México, enero-marzo 1983, p.264.

culposos, la leyes más modernas se conforman, cada vez más, con un peligro en lugar de una lesión³³³.

El peligro, además de la lesión, como uno de los contenidos del tipo penal no ha sido puesto en cuestión por la doctrina que, en cambio, sí ha discutido sobre su definición. Se pueden distinguir tres posturas para explicarlo: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría subjetiva-objetiva³³⁴. Para los subjetivistas el peligro no constituye algo real, sino que supone una representación de la mente humana, toda vez que en realidad no hay peligro para la posibilidad o la probabilidad del acontecimiento; si el resultado lesivo no se produce es porque no podía acontecer. Un representante de esta postura es Von Buri quien, sin embargo, distinguió entre la peligrosidad de la acción y la producción de un peligro determinado, dando origen a la teoría de los delitos de peligro abstracto. La orientación objetiva, en cambio, afirma que la acción peligrosa es aquella que en el plano de la realidad tiene la probabilidad de producir un resultado lesivo; uno de los representantes de esta corriente, Von Rohland, define al peligro como la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento lesivo. Finalmente la teoría subjetiva-objetiva o mixta afirma que tanto la postura subjetiva como la objetiva incluyen aspectos que deben ser atendidos y que, a pesar de su diferencia, tienen componentes comunes. Así, por ejemplo, Oppenheim sostiene que el conocimiento de la probabilidad constituye algo subjetivo, en tanto que la situación misma es objetiva, y Petrocelli opina que el peligro está constituido por un elemento objetivo y uno subjetivo: uno es el factor causal existente en el mundo exterior y otro es el juicio que relaciona el factor con el resultado estableciendo la posibilidad de su producción. Sin embargo, cada vez más prevalece en materia penal la concepción objetiva de peligro que últimamente ha sido defendida, entre otros, por Novoa Monreal, Baigún, Córdoba Roda, Juan Bustos y Marino Barbero³³⁵.

Para clarificar los conceptos de lesión y puesta en peligro son de gran ayuda las definiciones, de carácter objetivo, de Olga Islas, quien entiende por lesión *la destrucción, disminución o compresión del bien, contempladas en el tipo, y por puesta en peligro -o peligro de lesión- la medida de probabilidad,*

³³³ Welzel, H., *El nuevo sistema del derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 77.

³³⁴ Malo Camacho, *op. cit.*, p. 268 y ss.

³³⁵ *Ibidem*, pp. 271-273.

*señala en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico*³³⁶. El que la lesión o puesta en peligro se asocie a la destrucción, disminución o compresión del bien depende de la clase de bien de que se trate: en el homicidio la lesión estará dada por la destrucción de la vida, en la privación ilegal de la libertad, por la compresión de la libertad deambulatoria y en las lesiones que implican la pérdida de un órgano, por la disminución de la integridad física. En cada caso la puesta en peligro dependerá de que exista probabilidad de destrucción de la vida, probabilidad de compresión de la libertad deambulatoria y probabilidad de disminución de la integridad física.

Los artículos 122 fracción I del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 168 fracción I del Código Federal de Procedimientos Penales señalan como elementos del tipo a la lesión o al peligro corrido por el bien.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina distingue entre tipos de peligro y tipos de daño o lesión. El peligro puede ser presumido por la ley (peligro abstracto) o real (peligro efectivamente corrido). El *peligro presumido* es un peligro que la ley considera inherente al comportamiento, un peligro potencialmente contenido por éste (Núñez señala como ejemplo el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar). El peligro *real* es aquél que, como consecuencia del comportamiento, debe existir efectivamente para un bien jurídico en un momento determinado (disparo de arma de fuego)³³⁷. Tanto la lesión como el peligro pueden ser elementos de un delito consumado. En cambio, la tentativa de delito sólo puede contener la puesta en peligro del bien.

Olga Islas y Elpidio Ramírez, por su parte, sostienen que la lesión del bien jurídico es un elemento de los tipos de consumación mientras que la puesta en peligro es un elemento de los tipos de tentativa³³⁸. Consideran que

³³⁶ Islas, O., *Análisis lógico...*, p. 51. Señala esta autora que la lesión y puesta en peligro del bien jurídico ha sido tratado erróneamente por los autores, unos los consideran como constituyentes de la antijuridicidad material, otros los entienden como el resultado formal y, finalmente, algunos entienden a la lesión o puesta en peligro como resultado formal y antijuridicidad material.

³³⁷ Núñez, Ricardo, *Manual de derecho penal*, Parte General, Córdoba-Buenos Aires, 1977, p. 176.

³³⁸ Islas, Olga y Elpidio Ramírez, *La tentativa en el derecho penal mexicano*, en Separata de la *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, Año III, No.3, México, julio 1979-junio 1980, 201-212. Estos autores considera a la tentativa como un tipo autónomo.

lo que los demás autores califican como *tipos de peligro* no son tales, sino que no se ha identificado correctamente el bien jurídico protegido. Así, en el ejemplo puesto por Nuñez seguramente dirían: en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el bien jurídico protegido no es el bienestar o la salud de los dependientes -que serían los expuestos al peligro- sino la seguridad de que éstos últimos sean provistos de alimentos.

Pero en lo que se refiere a la determinación de la pena lo más importante es que mientras la puesta en peligro admite siempre una graduación con la lesión del bien no pasa lo mismo. Como ya se dijo la puesta en peligro es la medida de probabilidad asociada a la lesión del bien, la mayor o menor probabilidad de lesión será un factor a tener en cuenta por el juez³³⁹. En cambio, la lesión la mayoría de las veces no es graduable, como, por ejemplo, la destrucción de la vida en el homicido. Hay casos, como los delitos patrimoniales, que admiten cuantificación, pero el juez debe estar atento a que ella no haya sido considerada por el legislador para establecer la punibilidad, ya que de lo contrario incurriría en la doble estimación. En el Código mexicano el valor de lo robado es tenido en cuenta por el legislador para la punibilidad y esto mismo es aplicable al daño en propiedad ajena.

La magnitud del daño causado o del peligro a que hubiere sido expuesto el bien quedan incluidas en lo que la legislación italiana denomina como consecuencias culpables del delito y que Dolcini relaciona con el desvalor objetivo del ilícito que, según este autor, queda incluido en la culpabilidad³⁴⁰. En el contexto de nuestro código formaría parte de la gravedad del ilícito.

La referencia a la legislación italiana nos recuerda que sólo podrán tenerse en cuenta la magnitud de la lesión o del peligro corrido por el bien cuando fueren previsibles por el sujeto, pues de lo contrario se incurriría en un supuesto de responsabilidad objetiva.

³³⁹ Malo Camacho refiere que Carnap atribuye a la probabilidad tres acepciones: como un concepto clasificatorio, como un concepto cuantitativo, que es numérico, y como un concepto comparativo, que es un concepto de orden, sin uso de valores numéricos. Malo considera que la probabilidad en sentido no numérico es la que se aplica a la noción de peligro, que puede ser entendido como el grado mayor o menor de la producción de acontecimiento dañoso o lesivo, admitiendo diversos grados. *Op. cit.*, p. 274.

³⁴⁰ Ver página 79

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

Naturaleza significa esencia y propiedad característica de cada ser, virtud calidad o propiedad de las cosas. Con la expresión *naturaleza de la acción* se alude a las particularidades de la conducta del sujeto que, sin influir sobre la calificación legal del hecho, le confieren un significado particular, positivo o negativo. Según Hilda Marchiori, la naturaleza de la acción se refiere a la manera de ser de la ejecución...de cada delito,... se trata de considerar la cualidad de la acción..., o su índole particular de ejecución y la responsabilidad del individuo³⁴¹.

Respecto de la naturaleza de la acción es difícil imaginar un supuesto que no haya sido considerado por el legislador. Pero podría pensarse en la conducta de robarle a un ciego la limosna, lo que aumentaría la reprochabilidad del acto.

Los medios, según Olga Islas, *son el instrumento o la actividad distintos de la acción...empleados para realizar la conducta o producir el resultado*³⁴². Hilda Marchiori hace referencia a medios objetivos y subjetivos³⁴³, pero estos últimos se traducen en una actividad (engaño). El caso de los medios es más fácil de ejemplificar: el uso de determinados instrumentos como armas o el empleo de violencia no previstos en el tipo.

Vale la pena reiterar una vez más -y esto se explica por el análisis que se lleva a cabo en el siguiente capítulo- que el juzgador deberá tener mucho cuidado de no determinar una pena más alta por circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta por el legislador al elaborar la norma.

³⁴¹ Marchiori, Hilda, *Determinación judicial de la pena*, Marcos Lerner, Córdoba, 1995, p. 27.

³⁴² Islas, O., *Análisis lógico...*, p. 50.

³⁴³ *Ibidem*, pp. 31-32.

La naturaleza de la acción y los medios empleados deben ser considerados para valorar la reprochabilidad de la conducta, aunque quizá el legislador, dado su esquema bipartito, los pensó como parte de la gravedad del ilícito.

III: Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado.³⁴⁴

Las circunstancias de tiempo hacen referencia al tiempo o lapso en el que se realizó la conducta; las de lugar, al espacio en que se realizó la conducta, y las de ocasión, a la situación especial en que se llevó a cabo. En muchos casos estas circunstancias son contempladas por el legislador en el tipo, pero cuando no sea así podrán ser valoradas por el juez entre los elementos a tener en cuenta en el juicio de culpabilidad. Por ejemplo, en el secuestro y violación, en la madrugada, de una enfermera que sale de trabajar y está esperando el camión, deben valorarse todas estas circunstancias.

El modo es la manera de realizarse una conducta por lo que, en alguna medida, abarca a las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión. Pero si el legislador lo señaló aparte es que quiere referirse a algo más, por ejemplo, el matar a alguien estrangulándolo lentamente.

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.

La forma se refiere a su calidad de la participación ³⁴⁵, a las características de la conducta realizada. Esta circunstancia nos remite, necesariamente, a aquellos delitos en los que interviene más de una persona. Por ejemplo, si varios amigos son coautores de daño en propiedad ajena por haber destruido un auto, es necesario distinguir la conducta particular llevada a cabo por cada uno de ellos.

³⁴⁴ Ricaro Núñez señala: *Las circunstancias del delito, vale decir, sus accidentes de tiempo, lugar, modo y ocasión constituyen datos sobre la mayor o menor capacidad criminal del delincuente... Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1978.

³⁴⁵ Marchiori, H., *op. cit.* p. 58.

El grado de participación se refiere al tipo de conducta realizada de acuerdo a lo previsto en el artículo 13. Nuestro Código prevé la autoría material (artículo 13 fracción II), la coautoría (artículo 13 fracción III), la autoría mediata (artículo 13 fracción IV), la instigación (artículo 13 fracción V), la complicidad (artículo 13 fracción VI) y el encubrimiento-complicidad³⁴⁶ (artículo 13 fracción VIII). La fracción I del artículo 13 no tiene contenido (*los que acuerden o preparen su realización*) ya que por sí sola es inaplicable. La fracción VIII se refiere a la complicidad correspectiva que no es propiamente un grado de participación.

A su vez, el penúltimo párrafo del artículo 13 establece:

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Esto obliga a los jueces, cuando más de un sujeto intervenga en la comisión de un delito, a valorar en forma independiente la culpabilidad de cada uno para fijarle la pena correspondiente.

El tema de la autoría y la participación ha sido fuertemente debatido en la doctrina. Mientras la mayoría opina que los tipos de participación son accesorios, hay quienes piensan que no hay tal participación, que todos son tipos autónomos entre sí y que, por ejemplo, el cómplice es autor material del tipo de complicidad, que es materia de estudio de la parte especial de la teoría³⁴⁷.

Para efectos de la determinación de la pena, el juez sólo debe tomar en cuenta los grados de participación que no hayan sido valorados por el legislador. Según el artículo 64 bis del Código Penal, al cómplice y al cómplice-encubridor le corresponden las tres cuartas partes de la pena prevista para el delito que se juzga. Por, ello el juez no debe tener en cuenta

³⁴⁶ Este nombre lo ecogí arbitrariamente para designar a quien en cumplimiento de una promesa anterior presta una ayuda posterior a la comisión del delito.

³⁴⁷ Uno de los que sostienen la diferencia entre autor y partícipe es Enrique Gimbernat en su libro *Autoría y participación en derecho penal*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1966. En cambio, Elpidio Ramírez niega esa distinción en "Autoría y participación", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1985, pp. 245-251.

esta distinción. En cambio, atendiendo a la forma de participación podrá distinguir entre la ayuda prestada por cada uno de los cómplices³⁴⁸. Del mismo modo podrá valorar la distinta forma de actuar del autor material y del instigador.

Cuando se trata de un grupo delictivo es importante el rol que juega cada uno de sus componentes y la participación interpersonal que conduce a la comisión del delito. Todo ello permitirá valorar, en su totalidad, cada uno de los injustos personales.

La calidad del agente se refiere a las características de su persona y no al *status* socio-cultural-económico, al que se hace mención en la siguiente fracción. De lo contrario tendríamos dos fracciones con contenidos similares, lo que carece de sentido. Por ejemplo, la calidad del sujeto activo de servidor público, familiar de la víctima o médico³⁴⁹, siempre y cuando esto no haya sido tenida en cuenta por el legislador en el tipo. La calidad debe valorarse en función de la culpabilidad, es decir de la mayor o menor reprochabilidad por el hecho.

La calidad de la víctima también se refiere a sus características personales, pero puede ser interpretada en sentido un poco más amplio que la del agente ya no se vuelve a hacer referencia a ella en las fracciones siguientes.

La víctima es la persona que padece un sufrimiento físico y/o psicológico como consecuencia de una conducta agresiva antisocial³⁵⁰. En la mayoría de los casos coincide con el sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido, pero hay ocasiones -por ejemplo, cuando se le roba a una

³⁴⁸ Por ejemplo, el Código Penal Argentino distingue entre cómplices necesarios y no necesarios, a los primeros les corresponde la punibilidad del tipo cometido y los segundos se les disminuye de un tercio a la mitad. Al no existir en nuestro código esta distinción, debe ser hecha por el juez.

³⁴⁹ Marco Antonio Díaz de León señala que debe atenderse a la calidad en aquellos delitos que exijan un sujeto activo calificado, en *Código Penal Federal con comentarios*, Porrúa, México, 1994, p. 96. Sin embargo, es precisamente en los tipos donde no se exige una calidad específica del activo donde debe ser tenida en cuenta, en los otros casos el legislador ya la valoró en la punibilidad.

³⁵⁰ Marchiori, H., *op. cit.*, p. 88.

empleada doméstica el reloj de la patrona que llevaba a la relojería para su reparación- en que la víctima de la conducta no es la misma que la del delito.

El juez debe valorar las características de la víctima que le permitan detectar su mayor o menor vulnerabilidad: su edad, su salud, si está expuesta a peligros, etcétera. No debe tener en cuenta las situaciones que ya fueron consideradas por el legislador y sólo debe atender a aquellas que se relacionen con la mayor o menor reprochabilidad del comportamiento del autor.

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:

Las circunstancias mencionadas en primer término (edad, ilustración, costumbres y condiciones sociales y económicas) forman parte de las circunstancias existenciales del sujeto que deben ser valoradas en el juicio de reproche. El juez debe tenerlas en cuenta siempre que guarden relación con el hecho cometido. Así, por ejemplo, no es lo mismo que un joven de 19 años de edad conduzca imprudentemente que lo haga un padre de familia de 49 años.

Los motivos que determinaron al sujeto a delinquir es uno de los elementos más importantes para graduar la culpabilidad. Esto fue tratado con detalle en el capítulo anterior. Sin embargo, hay que recalcar la importancia de que el juez indague acerca de las razones que llevaron al sujeto a la conducta delictiva. La valoración deber ser hecha desde una perspectiva ético-social

La referencia a los usos y costumbres en aquellos casos en que el procesado pertenezca a un grupo étnico indígena, es innecesaria. Es cierto que el término *costumbre* está usado como derecho consuetudinario y no como cualquier otra práctica reiterada. Pero de acuerdo al concepto de culpabilidad planteado en el capítulo anterior, los usos y las costumbres forman parten de las circunstancias existenciales del sujeto, y, en tanto se relacionen con el

hecho cometido, no pueden ser ignorados. Además, se deben tomar en cuenta los usos y costumbres de cualquier minoría y no sólo de los indígenas (por ejemplo, los menonitas). Sin embargo, dada la situación de los grupos indígenas en nuestro país y teniendo en cuenta que los derechos de los pueblos indios han sido expresamente reconocidos en la Constitución, es entendible que el legislador haya preferido introducir una regulación explícita sobre el tema.

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido.

El comportamiento posterior del acusado no es objeto del reproche de culpabilidad, por lo que esta fracción es incompatible con el encabezado del artículo. Lo que el sujeto haga después de cometido el delito puede ser tenido en cuenta por el juez sólo como una ayuda para entender y valorar mejor la conducta ilícita. La persona que, después de haber atropellado a alguien, se detiene inmediatamente y gracias al auxilio que le presta le salva la vida, pone en evidencia que valora la vida humana.

Una valoración que fuera más allá de lo señalado violaría el principio general de culpabilidad a la luz del cual deben aplicarse todas estas fracciones.

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma:

Esta última fracción trata de cubrir todas aquellas circunstancias que puedan presentarse y que no fueron enunciadas en las fracciones precedentes. Con ella queda claro que la enumeración es abierta. Pero el legislador quiso reforzar una vez más su referencia a la culpabilidad como parámetro de punición al señalar que deben ser relevantes para determinar si el sujeto tuvo la posibilidad de ajustar su conducta a la norma.

Finalmente, queda fuera de duda que el legislador se apoya en una concepción normativa de la culpabilidad.

Hasta aquí las fracciones del artículo 52 que, para quien lea el Código por primera vez, aparentan ser las únicas directrices para la punición. Pero la reforma de enero de 1994 y la de mayo de 1996 modificaron el artículo 65 que actualmente dice:

La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

En caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

En el caso del párrafo anterior, el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

El Código Penal mexicano establece que hay reincidencia cuando el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, comete un nuevo delito. Esta definición encuadra en la llamada *reincidencia ficta*, que es aquella que exige la sola condena anterior, sin necesidad de que el sujeto la haya cumplido efectivamente.

En la redacción de 1931 la reincidencia era una agravante obligatoria, por la cual en la segunda condena se incrementaba de uno a dos tercios la punibilidad del delito cometido, si se trataba de reincidencia genérica, y de dos tercios a otro tanto, si era específica. Contra esta figura se levantaron muchas voces, entre ellas la de Luis de la Barreda, quien señaló que la reincidencia violaba dos principios: 1. El de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, que implica que debe haber una punición independiente para cada delito (y en la reincidencia se toma en cuenta el

delito anterior para la segunda punición), y 2. El de culpabilidad, que exige que al delincuente se le reproche solamente el hecho ilícito cometido³⁵¹.

En 1994, acorde con la corriente de eliminar todo vestigio peligrosista, se elimina la reincidencia como agravante de la punibilidad pero se la mantiene como parámetro de punición. Esta disposición es incongruente con el primer párrafo del artículo 52 que alude solamente a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad. La alusión a la reincidencia en la punición permite pensar que, a pesar de su tajante afirmación, el legislador siguió el modelo del margen de libertad y no el del punto exacto.

Como el Código no señalaba si se juez debía valorar la reincidencia en perjuicio o en beneficio del inculpado, ello queda al criterio del juez. No debe olvidarse que hay autores como Zaffaroni que entienden que quien tiene mayor inclinación al delito actúa en un ámbito más restringido de libertad y por lo tanto su acción es menos reprochable³⁵². Según sus últimas posturas, Zaffaroni hablaría de que el reincidente es más vulnerable.

Esta interpretación es atendible y ella nos daba elementos para compatibilizar la reincidencia con las disposiciones del artículo 52: el límite máximo de la punición estaba dado por la culpabilidad y la gravedad del ilícito y, hacia abajo, el juez podía valorar cuestiones de prevención especial. Pero, además de que el criterio seguido por los jueces es muy distinto -la reincidencia siempre se valora negativamente para el acusado-, la reforma de 1996 volvió las cosas al estado inicial, o a uno muy similar.

Ahora la reincidencia, en caso del tercer delito grave, es una agravante obligatoria que eleva la punibilidad. En estos casos ya no debe ser tenida en cuenta por el juez porque el legislador la contempló al decidir el intervalo de pena aplicable. El juez sólo valorará la reincidencia cuando ella no implique el aumento de la punibilidad y sólo debe considerar reincidente al que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 20 del Código Penal.

³⁵¹ Luis de la Barreda, "Los jinetes de la peligrosidad", en *Revista mexicana de justicia*, No. 4, Vol. V, México, octubre-diciembre 1987, p. 26

³⁵² Zaffaroni, Eugenio, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 538.

La punición de los delitos culposos

La reforma de 1994 también modificó las disposiciones relativas a la punición de los delitos culposos. El actual párrafo cuarto del artículo 60 establece:

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. El deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales del oficio o actividad que desempeñe le impongan;

III. Si el inculpaado ha delinuido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios;

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehiculos, y

VI. (Derogado)

Más allá de las discrepancias doctrinarias derivadas de las distintas posturas teóricas, la mayoría de los penalistas define a la culpa a partir de la inobservancia de un deber de cuidado³⁵³. Zaffaroni explica que esta coincidencia obedece al fracaso de las tentativas de valerse de la causalidad para individualizar la conducta culposa. El deber de cuidado es, según este autor, un componente normativo del tipo objetivo culposo que es ampliamente reconocido como prioritario y decisivo por casi toda la doctrina³⁵⁴.

El artículo 9 del Código Penal recoge esta postura al determinar que:

³⁵³ Por ejemplo, Nuñez dice que *La razón de ser de la culpa reside en la voluntad contraria a la precaución que el autor está obligado a observar en determinadas circunstancias para no dañar intereses ajenos. Op. cit., p. 234.* Por su parte, Welzel señala que *El disvalor de acción de los delitos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos. Derechos penal, Depalma, Buenos Aires, 1956, ppp. 137-138.*

³⁵⁴ Zaffaroni, E. R., *Manual de ...*, Cárdenas, México, 1986, p. 458.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó 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.

Olga Islas, renuente a utilizar el concepto de *deber de cuidado* -quizá para no incluir un elemento valorativo en la conducta³⁵⁵-, afirma que *existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión típica, previsible y provisible, se haya o no previsto*³⁵⁶. A partir de esta definición destaca cuatro conceptos básicos: la previsibilidad, la provisiabilidad, la previsión y la provisión.

*Previsibilidad quiere decir que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; provisiabilidad significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y provisión es el poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien*³⁵⁷.

En relación con la culpa se presenta una situación similar a la del juicio de culpabilidad, aunque los autores no se han detenido a analizarla. No es posible demostrar que en el caso concreto el sujeto pudo haber puesto más cuidado o pudo haber previsto la lesión. Será necesario partir de lo que jurídicamente se considera exigible a esa persona en esa circunstancia.

Welzel señala que en los tipos culposos la acción típica no está definida en la ley, se trata de tipos abiertos que necesitan ser completados por el juez en el caso concreto³⁵⁸. El juez tiene que averiguar cuál es el cuidado requerido en la actividad realizada (por ejemplo, conducción de vehículos) y después, mediante la comparación de la conducta debida con la real, constatar si ésta era o no conforme al cuidado debido.

³⁵⁵ Los autores de la teoría lógica definen a la conducta como el proceder volitivo descrito en el tipo y dentro de la voluntad (aspecto interno) incluyen al dolo y a la culpa, ver Olga Islas, *Análisis lógico...*, p. 42

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 45.

³⁵⁷ *Loc. cit.*

³⁵⁸ Welzel, *El nuevo sistema...*, p. 70.

Aunque esta postura no es aceptada unánimemente, lo cierto es que el legislador consideró que eran necesarias directrices especiales para la determinación de la pena en los delitos culposos.

En 1994 se introdujo el sistema de *numerus clausus* para los tipos culposos, que quedan limitados a aquellos casos señalados expresamente en el Código. Con ello se limita considerablemente el número de los posibles delitos culposos.

Respecto del contenido del artículo cabe señalar lo siguiente:

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

Este párrafo introductorio mantiene la redacción original de 1931. Solamente se sustituyó la palabra *imprudencia* por *culpa*, que satisface mejor las exigencias técnico-jurídicas.

La calificación de la gravedad de la culpa permitirá determinar la pena en función de la mayor o menor reprochabilidad del hecho cometido (artículo 52). El objeto de reproche de la culpabilidad en los delitos culposos es la censurable actitud interna del autor ante el derecho, ya sea porque actuó descuidadamente habiendo previsto como posible la lesión o porque no prestó atención a una situación peligrosa³⁵⁹.

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó.

En este caso se hace referencia a la previsibilidad y la provisióbilidad de la lesión. Esto permitirá al juez graduar la culpabilidad.

Aunque se trata de una cuestión previa a la determinación de la pena, es importante señalar que debe descartarse totalmente la responsabilidad objetiva, si la lesión es imprevisible e impreviible no hay delito.

³⁵⁹ Jescheck. *op. cit.*, pp. 780-781.

II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales del oficio o actividad que desempeñe le impongan.

El juez deberá tener en cuenta la situación en que actúa el sujeto así como sus características personales. No le es exigible el mismo cuidado a un cirujano especializado que opera en un quirófano perfectamente equipado que a un paramédico que, en situación de urgencia, opera en medio de la selva.

Jescheck sostiene que los mandatos de cuidado no se encuentran exclusivamente en la ley, sino que la continua evolución obliga a recurrir a la praxis judicial³⁶⁰.

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes.

Esta referencia no se atiene a los lineamientos del artículo 52 sino que toma en cuenta consideraciones de prevención especial. Alude a una suerte de reincidencia informal que no puede interpretarse dentro de la gravedad del ilícito ni del grado de culpabilidad. Pareciera hacer referencia a una suerte de *peligrosidad propia de los delincuentes culposos*.

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios.

El legislador quiere que el juez se cerciore de que la lesión era provisible para el sujeto. Un médico no puede actuar de igual manera ante un paciente que requiere una operación urgente para salvarle la vida que ante otro al que puede practicarle todos los estudios necesarios antes de formular el diagnóstico.

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos, y

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 778.

La referencia al tránsito vehicular, ferroviario o aeronáutico es casi obligatoria tratándose de delitos culposos, por ser una actividad de por sí riesgosa y por el alto índice de accidentes que se producen.

El juez debe tener en cuenta el mantenimiento del equipo y, en caso de que la lesión del bien sea resultado de deficiencias, deberá identificar al responsable.

La sustitución de sanciones y la condena condicional

Pero el legislador ha otorgado al juez otra facultad además de la de la determinación de la pena, la de decidir la procedencia, en los casos permitidos, de los sustitutivos penales y de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción. El código penal mexicano fue objeto de múltiples reformas en esta materia.

Los sustitutivos penales fueron introducidos en 1984 para evitar las penas cortas de prisión, posteriormente, en 1991 y en 1996, fueron modificados algunos de los requisitos para su concesión. El actual artículo 70 permite sustituir la prisión por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; por tratamiento en libertad, si la pena no excede de tres años, y por multa, si la pena no excede de dos años. El mismo artículo aclara que no se podrá sustituir la pena de prisión cuando se trate de un sujeto condenado con anterioridad en sentencia ejecutoria por un delito doloso que se presiga de oficio³⁶¹.

La condena de ejecución condicional es una institución jurídica que permite que el juez, una vez declarada la existencia del delito y determinada

³⁶¹ No debe confundirse la sustitución con la conmutación de sanciones. Mientras que la primera es una facultad otorgada al juez para cualquier sujeto que haya sido condenado a penas que no rebasen los límites legalmente establecidos, la conmutación es una institución jurídica a través de la cual el Poder Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, conmuta la sanción impuesta por una menos grave. La conmutación está regulada en el artículo 73 del Código Penal. Al respecto, ver Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*, Trillas, México, 1993, pp. 412-415.

la pena aplicable, suspenda, fundadamente, la ejecución de la sanción. Ojeda Velázquez señala que se trata de una renuncia del Estado a su potestad punitiva, sujeta a condiciones suspensivas³⁶². Los motivos que indujeron al legislador a introducir esta figura son los mismos que los que justifican a los sustitutivos: evitar la pena de prisión de corta duración, sus efectos degradantes, las consecuencias funestas para el grupo familiar y para la vida futura del condenado. El artículo 90 de nuestro código establece los requisitos indispensables para el otorgamiento de este beneficio. A diferencia de los sustitutivos, cuya aplicación es facultativa para el juez, la condena condicional debe concederse, de oficio o a petición de parte, siempre que concurren las condiciones exigidas por la ley: que la pena de prisión impuesta no exceda de cuatro años; que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y que haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible, y que por sus antecedentes y su modo honesto de vivir se presuma que no volverá a delinquir. Pero, además, se le exige al sentenciado que garantice que se presentará ante la autoridad cada vez que sea requerido; que se comprometa a residir en determinado lugar (del que no podrá ausentarse sin autorización judicial); que desempeñe un empleo o profesión lícitos; que se abstenga de ingerir bebidas embriagantes y de emplear estupefacientes, y que repare el daño causado.

Aunque el artículo 70 establece que para decidir sobre el otorgamiento de los sustitutivos el juez deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 71 y 72 del código, es evidente que en este caso y en de la condena condicional prevalece el criterio de prevención especial sobre el de culpabilidad. La referencia a la conducta del sujeto posterior al hecho punible (artículo 70) y a la presunción de que no vuelva a delinquir (artículo 90) lo confirman. Mientras que para la determinación de la pena el criterio es -con las excepciones mencionadas- el de la culpabilidad del delincuente, para el otorgamiento o no de los beneficios el legislador le ordena al juez atender a la prevención especial.

Es incuestionable que para el otorgamiento de los sustitutivos deben atenderse criterios de prevención especial. No se trata de fijar el monto y la

³⁶² *Ibidem*, p. 416.

calidad de la reacción estatal por el delito cometido, sino de valorar la conveniencia de reemplazar la sanción escogida por otra que, de acuerdo a las características personales del delincuente, favorezca su reinserción social.

Asimismo, el otorgamiento de la condena condicional obedece a la suposición de que, para algunos sujetos, no es necesario cumplir la condena, ya que hay razones para pensar que no volverán a delinquir y además, dado que no se trata de delitos de mucha gravedad, no existe una exigencia social determinante para que se los obligue a cumplirla.

Para decidir ambos casos el juez está pensando en la etapa ejecutoria y no en la determinación de la sanción. El otorgamiento de la condena condicional o de los sustitutivos en un paso posterior a la punición. Mientras ésta condicionada por el grado de culpabilidad, aquéllas están sujetas a razones de prevención especial, que, una vez más, debe ser entendida en su aspecto positivo.

CAPITULO IV LA PRACTICA FORENSE (ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y DE SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA)

1. La sentencia penal³⁶³

Colín Sánchez afirma que, para algunos, la palabra *sentencia* proviene del latín *sententia* que significa dictamen o parecer, mientras que otros la relacionan con el vocablo, también latino, *sentiendo* porque el juez, apoyándose en el proceso, declara lo que siente³⁶⁴. Cavallo la define como:

*...la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperativamente, en las formas establecidas por la ley, el derecho substantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agita en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia*³⁶⁵.

Se trata de un acto procesal en que el órgano jurisdiccional juzga el objeto de la relación jurídico procesal. A su vez, la sentencia se ubica dentro de lo que Goldschmidt denomina *resoluciones*, que constituyen *manifestaciones de la voluntad emitidas por el juez con el fin de verificar lo que se estima justo*³⁶⁶. El juez ejerce su facultad decisoria y resuelve el litigio creando una norma individualizada para aplicar al caso concreto. Es un acto procesal que pone fin al litigio resolviendo la contienda entre las partes, declarando imperativamente el derecho en el caso concreto.

³⁶³ Para la elaboración de esta sección he tomado como base un texto que presenté en el *Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Penal*, que se llevó a cabo en la ciudad de San Luis Potosí del 3 al 7 de septiembre de 1990. La ponencia, "Sentencia penal y sistema penal democrático" fue publicada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales en la compilación que se denominó *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*, editada en México, en 1991.

³⁶⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México 1979, p. 453.

³⁶⁵ Cavallo, Vincenzo, *La sentenza penale*, Napoli, 1936, p. 144, citado por Guillermo Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 454.

³⁶⁶ Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*, Editorial Obregón y Heredia, México, 1983, p. 110.

Los procesalistas señalan que la sentencia debe ser escrita y debe estructurarse en diferentes partes: el prefacio, los resultandos, los considerandos y la parte decisoria.

El *prefacio* inicia la sentencia, en él se expresan aquellos datos necesarios para singularizarla como son: la fecha y el lugar en donde se dicte, el tribunal que la pronuncie, el número de expediente, los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, la edad, el estado civil, en su caso la pertenencia a un grupo étnico, el domicilio y la profesión.

En los *resultandos* se hace un extracto de los hechos, que debe ser breve, en el que se incluye la historia de los actos procedimentales realizados (averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas, etcétera).

Los *considerandos* incluyen la calificación y el razonamiento de los acontecimientos, lo que implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales en las que se apoya el juez para robustecer su criterio y la cita de los preceptos legales en que se sustentan jurídicamente los razonamientos del juez.,

La *parte decisoria* contiene la declaración imperativa y concreta de que hubo o no delito. En el primer caso, se indica y se justifica la naturaleza de la sanción y su duración o, en su caso, la medida de seguridad aplicable.

La sentencia debe redactarse con un lenguaje claro y preciso en el que no quede duda alguna sobre la decisión judicial y su fundamentación. Además debe cumplir con todos los requisitos de forma necesarios para su validez, entre ellos la fecha de expedición, las firmas del juez y del secretario y el sello del Juzgado.

Ahora bien, si consideramos a la sentencia penal como una norma penal individualizada podemos estructurarla en dos partes fundamentales, la primera, relativa a la existencia del delito, y la segunda, a la punición:

1. En la primera parte el juez debe valorar si los hechos son típicos, si fueron realizados por el acusado, si no media justificación alguna y si el acusado puede ser considerado culpable de la realización del injusto.

En principio, el juez debe constatar si los hechos de la realidad encuadran en la descripción hecha por el legislador. La labor del juez consiste en verificar si el acontecimiento fáctico es típico. Los procesalistas declaran que el proceso penal tiene como fin específico el descubrimiento de la verdad histórica u objetiva y que, por ende, la sentencia será la expresión de esa verdad³⁶⁷. Este planteamiento peca de excesiva simplicidad y es blanco fácil de las críticas que atacan a la completitud del sistema jurídico y a los postulados del legislador racional y del juez natural³⁶⁸. Por ello es importante precisar ciertos puntos.

El juez no conoce los hechos en forma inmediata, conoce lo que se dice sobre esos hechos y, en algunos casos, objetos que hacen referencia a ellos. Si el procedimiento es escrito (como en México) conoce lo que está en el expediente, lo que el expediente dice que las partes dicen de los hechos. Además, esa información que el juez recibe a través del expediente debe ser ofrecida por las partes sólo de ciertas maneras específicas³⁶⁹.

El juez debe decidir si los hechos son o no típicos y esa creencia debe estar fundada en razones objetivamente suficientes para garantizar que la creencia está determinada por lo acontecido en la realidad y no por motivos subjetivos de quien cree. Objetivo es aquello cuya validez no depende del punto de vista particular de una o varias personas sino que es válido con independencia de este punto de vista para todo sujeto de razón que lo considere³⁷⁰. Para que el saber del juez sobre los hechos sea algo más que un simple estar cierto, se requiere una situación comunitaria en que varios sujetos puedan comprobar lo mismo.

³⁶⁷ Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁸ Cfr. Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, pp. 105 y ss.

³⁶⁹ Cfr. Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 18.

³⁷⁰ Villoro, L., *Crear, saber, conocer*, Siglo XXI, México, p. 137.

Es muy importante que los medios probatorios que puedan constituir, o se apoyen en, evidencias empíricas, sean valorados a través de razonamientos que no sean violatorios de las leyes de la naturaleza, y los que no contienen, o no se sustentan en, evidencias empíricas se valoren por medio de razonamientos que no sean contradictorios entre sí o de los que no se derive alguna contradicción.

La verdad como concepto semántico supone una relación entre dos términos: oraciones y hechos. Pero si nos referimos a la verdad que puede conocerse, el sujeto, o sea por el juez, debe aparecer en los dos términos de la relación de verdad. Aunque los hechos existen con independencia de cualquier sujeto, ellos no pueden ser conocidos con la misma independencia. Esto nos lleva a la distinción entre verdad y criterios de verdad³⁷¹.

Esta idea de saber no incluye la verdad absoluta de lo sabido, ya que el conocimiento de la verdad de los enunciados empíricos es relativa a un tiempo y a una sociedad histórica. Villoro afirma que la *relativización de la noción de objetividad a condiciones históricas y sociales de una comunidad, no implica relativización de la verdad*³⁷². Lo que sucede es que la verdad absoluta no es alcanzable por los sujetos históricos.

Para tipificar los hechos y decidir sobre su carácter delictivo el juez debe saber sobre ellos por lo que pudo conocer a través de su propia experiencia o del conocimiento ajeno. Para que el juez pueda saber sobre los hechos, para que pueda tener razones objetivas que justifiquen ese saber, es necesario que pueda allegarse de la mayor cantidad posible de información sobre lo ocurrido. Esto sólo podrá lograrse en el marco de un proceso penal acusatorio, que permite la libre valoración de las pruebas y en el que las partes tienen igualdad de oportunidades. Aunque este sistema no garantiza por sí sólo el descubrimiento de la verdad objetiva, es requisito indispensable para poder alcanzarla.

La Constitución mexicana, tal como se señaló, prevé un proceso penal acusatorio, pero las leyes secundarias y la práctica forense lo han dejado de

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 141-177.

³⁷² *Ibidem*, p. 195.

lado.El proceso penal que vivimos, a pesar de las reformas de los últimos años, tiene rasgos inquisitoriales observables, sobre todo, en las prerrogativas del Ministerio Público durante la averiguación previa. Llegar a la verdad en un sistema así será sumamente azaroso³⁷³.

Ahora bien, suponiendo que el sistema esté estructurado de tal manera que existan muy pocos filtros entre el juez y los hechos, se puede presentar otro tipo de obstáculos como el de la interpretación o el de las lagunas normativas. Conocer lo hechos, decidir si lo que se dice de ellos es verdadero o falso, es concomitante con su articulación normativa. Vernengo afirma que *el conocimiento de los hechos... no es la verificación de tesis empíricas sobre la realidad, sino la admisibilidad de hipótesis posibles en el marco de una articulación normativa de los datos*³⁷⁴.

Hay pensadores, como Perelman o Rodríguez Mourullo, que sostienen que la valoración que el juez hace de los hechos no se reduce al binomio verdadero-falso, ya que la lógica del razonamiento jurídico no responde a los lineamientos de la lógica demostrativa tradicional³⁷⁵. Con esto se justifican decisiones valorativas que no se derivan lógicamente de los hechos, lo que puede dar lugar a decisiones arbitrarias que respondan, en última instancia, a criterios personales del juez.

Reconozcamos que, en ocasiones, pueden requerirse decisiones valorativas pero, aún así, en un sistema penal democrático las pautas de valoración aplicables deben ser las previstas en las normas. Las garantías penales están dadas en favor del acusado por lo que toda situación dudosa lo beneficia. El Estado debe optimizar los medios para proteger los bienes jurídicos necesarios para la convivencia pacífica, pero si, al momento de la sentencia, el juez no cuenta con criterios de verdad objetivos sobre los hechos, no puede inventarlos. El juez no debe echar mano de la retórica jurídica para imponer sus creencias personales.

³⁷³ Ramírez H., Elpidio, "Juicio penal y derechos humanos", en *Revista mexicana de justicia*, vol. V, oct.-dic. 1987, pp. 229-234.

³⁷⁴ Vernengo, R., *op. cit.*, p. 18.

³⁷⁵ Rodríguez Mourullo, G. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica.*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 39-41. Este autor afirma que *el pensamiento jurídico es fundamentalmente aporético antes que sistemático.*

La *comprobación* de los hechos significa para el juez cerciorarse de que encuadren en un tipo penal y de que no se haya presentado ninguna justificante. Asimismo, una vez acreditado el injusto, el juez debe valorar si aquél le es o no reprochable al sujeto, debe decidir si el acusado es o no culpable.

En este primer momento de la sentencia el juez decide si hubo o no delito, por lo que la sentencia será *condenatoria* o *acusatoria*:

La sentencia de condena es la resolución judicial que, sustentada en las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso penal, afirma la existencia del delito y lo declara al autor culpable, imponiéndole por ello una pena.

La sentencia absolutoria, en cambio, determina la absolución del acusado en virtud de que de las actuaciones procesales no se desprende la existencia de delito, en virtud de que se presenta algún supuesto de atipicidad, de que existe una causa de justificación o de que hay ausencia de culpabilidad.

Especial atención merecen las sentencias en las que se declara al sujeto inimputable. En ellas debe acreditarse la existencia del injusto y la peligrosidad del sujeto. Si se reúnen los dos requisitos hay necesidad de medida de seguridad. Si se presenta algún caso de atipicidad, existe causa de justificación o el sujeto no es peligroso no es necesario imponer una medida.

Sólo en caso de que el sujeto sea considerado culpable o de que exista necesidad de imponer una medida de seguridad tiene lugar la punición. De lo contrario, el juez debe decalarar la absolución del acusado o la ausencia de necesidad de imponer una medida.

2. La punición es la fijación, por parte del juez en la sentencia, de la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito. Para la determinación de la pena que debe cumplir el delincuente, el juez debe tener en cuenta la reprochabilidad del ilícito, tal como se explicó en los capítulos anteriores. Sin embargo, es importante formular algunas precisiones más.

Reprochar algo a alguien implica un juicio de valor negativo, que en este caso está a cargo del juez. Ese juicio deberá sustentarse en valores jurídicos y no morales, y debe recaer sobre la conducta del sujeto y no sobre su persona³⁷⁶. El reproche será por haberse comportado en contra de la norma penal, norma que, si es legítima, será portadora de los valores sociales imperantes. El juez debe valorar la conducta apoyándose en parámetros objetivos y evitar que interfieran sus intereses personales. Aunque es inevitable que cada individuo actúe desde las circunstancias que lo conforman, le es posible identificar prejuicios que lo condicionan y desecharlos. Por ejemplo, Stanciu ha detectado que los jueces franceses son mucho más severos, en proporción, con los extranjeros autores de robo que con los autores de homicidios en accidentes de tránsito de nacionalidad francesa con quienes se sienten identificados³⁷⁷.

En la punición el juez hace uso del llamado *arbitrio judicial*, que es la *facultad legalmente concedida a los órganos jurisdiccionales para dictar sus resoluciones...*³⁷⁸. Constituye el momento valorativo por excelencia. Pero el arbitrio debe ser ejercido dentro de los límites legalmente establecidos por el sistema: la determinación de la pena debe ajustarse al principio de culpabilidad y debe estar fundada y motivada. La fundamentación debe apoyarse en hechos comprobados y no en meras suposiciones o hipótesis indemostrables.

En algunos casos -delitos culposos, tentativa, concurso de delitos, delito continuado, imputabilidad disminuida, distintos supuestos de *complicidad*, error de prohibición indirecto vencible- el juez deberá calcular la punibilidad en relación con la del tipo doloso consumado. Para ello debe guiarse por la regla contenida en el último párrafo del artículo 51 que le ordena calcular un nuevo intervalo -mayor o menor, según sea el caso- y, dentro de él, determinar la pena aplicable apoyándose en los criterios ya señalados³⁷⁹.

³⁷⁶ Cfr. Kaufmann, Hilde, "Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año III, Buenos Aires, 1974, pp. 109-120.

³⁷⁷ Ver su artículo "Investigaciones criminológicas sobre las sentencias penales", en *Revista de la facultad de derecho*, Reus, Madrid, 1981, p. 96.

³⁷⁸ Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 469.

³⁷⁹ Ver capítulo III, página 139.

Una vez determinada la pena aplicable el juez debe decidir -nuevamente valorar- la procedencia, en los casos permitidos, de la suspensión condicional de la ejecución o de los sustitutivos penales.

Delimitados los aspectos teóricos sobre este segundo momento de la sentencia, es importante contrastar con la jurisprudencia y con la práctica de los jueces de primera instancia. Sólo así podremos tener un panorama de la problemática de la punición en el sistema pena mexicano.

2. La jurisprudencia sobre la determinación de la pena

Ulpiano definió la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas humanas y divinas, la ciencia de lo justo y de lo injusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justī atque, injusti scientia*)³⁸⁰. Esta definición identifica a la *jurisprudencia* con la ciencia del derecho, considerándola como un conjunto de conocimientos científicos sobre todos los aspectos de lo jurídico³⁸¹.

La concepción antigua fue seguida por la clásica: *hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren*³⁸², que refiere a la labor de los tribunales. La jurisprudencia judicial es la *interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento*³⁸³.

El valor que se otorga a la jurisprudencia varía en cada sistema. En los países del *common law* el precedente judicial es obligatorio para los jueces y tribunales de rango inferior, en los ordenamientos que siguen al sistema continental europeo, en el que prevalece la ley escrita, su importancia es mucho menor.

En México, cuyo criterio legislativo al respecto encuadra en el segundo de los supuestos mencionados, el valor de la jurisprudencia está determinado por la *Ley de Amparo*, que reglamenta los artículos 103 y 107 constitucionales. De su contenido se desprende que la jurisprudencia es la interpretación de la ley, firme, reiterada y de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia, en pleno o en salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. La jurisprudencia emitida por estos tribunales es obligatoria, en esencia, para todos los tribunales de la República sujetos a su jerarquía o cuyos actos puedan ser sometidos a sus respectivas jurisdicciones. Pero para que estas

³⁸⁰ Definición contenida en el *Diccionario jurídico mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 1891.

³⁸¹ Cfr. Burgoa O., Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional garantías y amparo*, Porrúa, México, 1992, p. 258. Este autor señala que esta definición atañe al carácter *lógico-científico* del concepto.

³⁸² *Diccionario jurídico...*, *loc. cit.*

³⁸³ *Loc. cit.*

decisiones sean obligatorias se requiere que lo resuelto en ellas sea sostenido en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario; en el caso de la Corte deben haber sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en el caso de jurisprudencia de las Salas; en el supuesto de los Colegiados de Circuito, la jurisprudencia debe haber sido aprobada por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado (artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo).

En relación con la punición -que en las publicaciones jurisprudenciales está catalogada como *individualización de la pena*- existe un gran número de pronunciamientos de la Corte y de los Tribunales Colegiados. No todas las decisiones sobre el tema tienen valor de jurisprudencia, pero incluso las que no lo tienen son importantes para conocer los criterios de la justicia federal sobre la determinación de la pena.

Bajo el rubro *individualización de la pena* se agrupa un conjunto de decisiones jurisprudenciales que abarca varias cuestiones y que exceden el ámbito propio de la punición. Al menos podemos distinguir cinco tipos de problemas: 1. El arbitrio judicial en materia de determinación de la pena; 2. El procedimiento a seguir para la determinación; 3. Los criterios de determinación de la pena; 4. El concepto de peligrosidad y su graduación, y 5. La determinación de la pena en los delitos culposos.

1. El arbitrio judicial en materia de determinación de la pena

La regla general está dada por el reconocimiento del arbitrio judicial en la materia. Existe jurisprudencia sentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito que sostiene:

La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados

*en la ley y sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena.*³⁸⁴

Este criterio fue sustentado en diversas tesis en las que se resalta que la individualización es una facultad discrecional del juez. En todos los casos se señala como límite de ese arbitrio las disposiciones normativas contenidas en el código penal. Existen tesis en las que los tribunales van un poco más lejos e interpretan cuáles son esas disposiciones normativas. Por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el siguiente sentido:

*Aun cuando el juzgador puede usar libremente de su arbitrio para cuantificar las sanciones adecuadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe compaginar con la peligrosidad del acusado*³⁸⁵.

En este caso la Corte asumió, conforme a lo sostenido en la jurisprudencia 176/85, que la ley consagraba la *peligrosidad* como criterio individualizador. Esto reforzó, como veremos más adelante, una interpretación limitada y errónea de los artículos 51 y 52 del Código Penal³⁸⁶.

Resumiendo: se respeta el arbitrio judicial siempre que éste se mueva dentro de los criterios legalmente establecidos, lo que se traducirá en permitirle al juez valorar la *peligrosidad* en cada caso. Este criterio permaneció inalterado hasta la reforma de 1994, que necesariamente obligará a los tribunales federal a una nueva reflexión sobre el tema.

2. El procedimiento a seguir para la determinación de la pena

Además de reconocer las limitaciones normativas al arbitrio judicial en la materia, los tribunales se han ocupado en numerosas oportunidades de

³⁸⁴ Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito; Fuente: Seminario Judicial de la Federación; Epoca: 8A; Tomo: IX-Febrero; Tesis: V.2o.J/19. NOTA: Jurisprudencia publicada en la Gaceta del Seminario de la Federación número 50, página 53.

³⁸⁵ Primera Sala, Fuente; Seminario judicial de la Federación, Epoca; 6A, Volumen: XVII. Página: 205. Tesis relacionada con la jurisprudencia 176/85.

³⁸⁶ Este criterio era aplicable a los demás códigos penales de la República que tienden a reproducir, casi textualmente, las disposiciones del federal.

establecer las reglas que los jueces deben respetar en la individualización -determinación- de la pena. Quizá el mayor número de tesis y jurisprudencias agrupadas en el rubro de individualización esté dedicado a este aspecto esencialmente formal.

El criterio más importante al respecto lo sienta una jurisprudencia del Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito que establece:

Para una correcta individualización de la pena, no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular, ni es suficiente enumerar las circunstancias con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; sino que es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera cómo influyen en el ánimo del juzgador para determinar la penalidad que corresponda³⁸⁷.

En el texto transcrito se exige a los jueces que razonen y motiven la determinación. Aunque éste es un requisito que alcanza a todo el contenido de la sentencia, es muy importante que se recalque en el ámbito de la individualización ya que, en ocasiones, los jueces actúan mecánicamente sin explicitar sus criterios de valoración. Con esto se pone en evidencia que el ámbito de la punición exige un cuidado especial por parte del juzgador, quien debe justificar con los datos de la causa las exigencias contenidas en la ley.

El mecanismo a seguir para cuantificar la pena aplicable al caso concreto ha sido descrito por la Corte en la siguiente jurisprudencia:

Por regla general el quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la infracción y con las características del delincuente, y si el análisis valorativo de las circunstancias de agravación o atenuación que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se debe mover hacia el mínimo y en caso contrario hacia el máximo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al

³⁸⁷ Instancia; Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Época: 8A, Número: 58, Octubre de 1992, tesis: II.3o. J/34, Página 43.

*índice así obtenido, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso*³⁸⁸

La proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia se traduce, en la mayoría de las sentencias, en adecuación entre peligrosidad y quantum de la pena: si la peligrosidad es mínima, al monto de la sanción se mueve hacia el mínimo, en caso contrario se mueve hacia el máximo. Precisamente, la Sala había sostenido en una tesis relacionada con la jurisprudencia transcrita que es *ilógico el sentenciador que razona una temibilidad mínima e impone una pena cercana al medio*³⁸⁹. Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito ha exigido que el juez sea preciso al determinar la peligrosidad del delincuente para poder fijar la pena en proporción a ella, por lo que no basta con que se limite a decir, por ejemplo, que la peligrosidad es *media con tendencia hacia abajo*, porque el concepto de *tendencia hacia abajo* es impreciso³⁹⁰.

Existen diversos pronunciamientos que rechazan la *doble sanción o recalificación*. Es conveniente citar una resolución reciente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que establece:

*De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no puede atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomadas en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer;... ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 constitucional*³⁹¹.

³⁸⁸ Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice 1985, Parte: II, Tesis: 177, Página 381.

³⁸⁹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Época: 6A, Volumen: XXV, Página 64.

³⁹⁰ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 8A, Tomo: VI Segunda Parte-2, Página: 599.

³⁹¹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Época: 9A, Tomo: II, diciembre del 95, Tesis: 11.2o.P.A./2, Página 430.

El Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, por su parte, consideró que también se incurre en *doble sanción* cuando se toma en cuenta la naturaleza del delito en abstracto, que ya fue tenida en cuenta por el juzgador al fijar la punibilidad³⁹².

De todo lo anterior se desprende que la justicia federal consideró que el juez debe fijar con precisión el quantum de *peligrosidad* y proporcionalmente fijar el monto de la pena. Para ello debe abstenerse de valorar las circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta por el legislador en la norma. Como veremos en el siguiente apartado, el criterio de peligrosidad se impuso indiscutidamente hasta 1994, fecha de la reforma del Código Penal Federal.

Con posterioridad a esa reforma, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito precisó que le juez no tiene obligación de analizar todos los supuestos contemplados en abstracto por el artículo 52 del Código Penal Federal, sino que sólo debe citar aquellas circunstancias que en el caso concreto justifiquen *el porqué de un menor o mayor reproche (culpabilidad), y la aplicación de la sanción correspondiente, razonando en cada caso el motivo de la agravación o de la atenuación del "quantum" de la pena a que se hubiere hecho acreedor el enjuiciado*³⁹³. De esta manera el tribunal asume el nuevo criterio, aceptando una culpabilidad normativa.

3. Los criterios de determinación de la pena

Como se pudo apreciar en las resoluciones que regulan el proceder de los jueces en la determinación de la pena, la peligrosidad ocupó el lugar estelar. La interpretación que hicieron los tribunales de los artículos 51 y 52 del Código Penal del Distrito Federal y de los demás códigos estatales que contenían disposiciones similares fue muy distinta a la propuesta en este trabajo. Aunque se mencionan textualmente las palabras del artículo 51

³⁹² Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 8A, Tomo: VII Marzo, Página: 188.

³⁹³ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 9A, Tomo: II Segunda Parte 2o., Página: 259.

circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, las reducen, finalmente, a la peligrosidad. En este sentido el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito afirmó:

*La pena impuesta es adecuada cuando la responsable realiza una debida individualización de la misma atendiendo a las circunstancias externas del delito y a las peculiares del delincuente, relacionando el grado de peligrosidad del acusado en función del daño causado y la consumación del delito*³⁹⁴.

En cambio, el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito fue más categórico:

*La legislación penal vigente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamentales; uno es el del arbitrio judicial, y otro, el de la temibilidad; esto es, que toda pena debe ser cuantificada por el grado de temibilidad del acusado, y el juzgador debe moverse entre los términos que fija la ley, teniendo en cuenta el grado de esa temibilidad para fijar la pena*³⁹⁵.

Por su parte, la Suprema Corte de justicia ha sentado jurisprudencia en un sentido similar a los señalados:

*La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos, las sanciones que al agente del delito deben ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito*³⁹⁶.

³⁹⁴ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 8A, Tomo: VI Segunda Parte-1, Tesis: VI.2o.J/55, Página: 382. Nota: Jurisprudencia publicada también en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 43, página 96.

³⁹⁵ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 8A, Tomo: VIII-Agosto, Tesis: VI.1o.J/56, Página: 129. Nota: Jurisprudencia publicada también en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 44, página 47.

³⁹⁶ Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice 1985, Epoca: 7A, Parte: II, Tesis: 176, Página: 374.

La inclinación de los tribunales por la prevención especial es incuestionable, la cual se ve respaldada por una resolución en que la Primera Sala desecha la prevención general en la punición:

*El hecho de que el delito en cuestión sea frecuente en el medio, no es una circunstancia que deba atenderse al imponer la pena, porque sólo es un dato de política criminal que ya tuvo en cuenta el legislador al señalar las penas aplicables*³⁹⁷.

Con esto se reserva la finalidad preventivo general a la norma penal. A su vez, aunque no se delimita el alcance de la prevención especial, las disposiciones transcritas parecen inspirarse en el aspecto negativo. Existe una tesis de la Corte en la se sostiene que los artículos 51 y 52 del Código Penal del Distrito Federal no exigen que el juzgador determine la pena en función de las posibilidades de readaptación del delincuente, por lo que se considera indebida esa motivación; sin embargo, a renglón seguido se reconoce que *la pena tiende por su finalidad a la readaptación del delincuente*³⁹⁸. De esto se desprende que el juez no debe valorar las posibilidades de readaptación social, que quedan reservadas a la etapa de ejecución.

Vale la pena mencionar una tesis asilada en que la Primera Sala sostiene que *la culpabilidad es el fundamento de la pena*, la que debe estar referida a las *circunstancias especiales de ejecución y a las particulares del delincuente*³⁹⁹. Si bien este criterio dista mucho de considerar a la culpabilidad como parámetro de punición, es de los pocos en los que se menciona la finalidad retributiva.

El criterio de peligrosidad como parámetro de punición empieza -y sólo empieza- a ser dejado de lado en las tesis referidas al Código Penal Federal y del Distrito Federal posteriores a la reforma de enero de 1994. Existe una suerte de inercia en los jueces y tribunales que hace que las reformas

³⁹⁷ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: L, Página: 48.

³⁹⁸ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 7A, Volumen: 71, Parte: Segunda, Página: 53.

³⁹⁹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: XLV, Página: 24.

legislativas sean incorporadas paulatinamente en sus decisiones, como si se resistieran calladamente a los cambios realizados por el legislador. Algo similar sucedió, como comenta Miguel Angel Ceniceros, cuando se aprobó el código de 1931 que sustituyó el sistema de atenuantes y agravantes por el de la valoración del hecho y del delincuente: *...los jueces, cuyo espíritu por costumbre se había amoldado ya al sistema de la métrica casuística, siguieron aprovechando las listas de atenuantes y de agravantes de primera y cuarta clase...*⁴⁰⁰. Ejemplo de esto es una tesis de la Primera Sala, del año 1946, en la que se menciona que existiendo una sola agravante contra dos atenuantes y con la circunstancia de que el reo no represente peligro para la sociedad, no se debe aplicar una pena mayor al término medio de la señalada en la ley⁴⁰¹. Quince años después de la entrada en vigencia del nuevo sistema, la Corte seguía aludiendo a la correlación entre atenuantes y agravantes.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Segundo Circuito resolvió en mayo de 1995:

No puede afirmarse que el "ad quem" infringiera lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal federal y que hubiera dejado de tomar en cuenta las testimoniales de buena conducta ofrecidas en favor de la inculpada, o su educación, ilustración o costumbres, por el hecho de que al razonar sobre la peligrosidad (o culpabilidad de la inculpada) y respecto de las penas a imponer, no se hubiera hecho mención especial con relación a cada una de esas circunstancias, dado que la labor de individualización judicial de las sanciones aplicables, consiste en un razonamiento lógico-jurídico tendiente a justificar el porqué la autoridad jurisdiccional se inclina a establecer, en su caso, determinado grado de peligrosidad del agente, pero ello como producto de un análisis general y previa confrontación entre aquellos factores que benefician al reo, y los que le perjudican. Por consiguiente, bastará con hacer mención de los aspectos que sobresalen y que en el caso de que se trate revistan verdadera importancia ya sea para agravar o atenuar la sanción, más no existe razón lógica para enfatizar aquellos factores irrelevantes o ambivalentes en ese caso particular, que no aporten ningún dato eficazmente cuantificable para efectos de establecer la peligrosidad, que era la base de la determinación de las penas hasta antes de las reformas

⁴⁰⁰ Ceniceros, José Angel, *Un discurso sobre el Código Penal de 1931: (Bosquejo de una sociología de la delincuencia)*, Editorial "La Justicia", México, 1977, p. 12. (Serie Estudios jurídicos).

⁴⁰¹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 5A, Tomo:LXXXVIII, Página: 2100.

a los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, con vigencia a partir del 1o. de febrero de 1994 (o la culpabilidad del autor y magnitud del hecho, que constituyen la base para la imposición de las penas)...⁴⁰²

En esta larga cita se aprecia que el tribunal reconoce el nuevo criterio aplicable pero en ningún momento se pregunta sobre la diferencia con el anterior, de lo contrario hubiera acogido, por disposición del artículo 56 del Código Penal Federal, la ley que más beneficiara a la inculpada. Pareciera, por la manera en que se redacta la resolución, que se trata de conceptos de alcance similar que dan lugar a valorar las mismas circunstancias. Sólo se limita a ratificar lo dicho en una tesis transcrita anteriormente: que el juez no está obligado a analizar todas las circunstancias relacionadas con la determinación de la pena sino sólo aquellas que son las más relevantes.

4. El concepto de peligrosidad y su graduación

La lectura de las resoluciones de los tribunales federales nos revela que el concepto de *peligrosidad* utilizado no es preciso, no siempre se le da la misma connotación. En consecuencia, la denotación de *peligrosidad* también varía de sentencia en sentencia. Como ejemplo citaré dos resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la primera de ellas dice:

No es verdad que la peligrosidad, como elemento configurativo de la individualización de la pena, sea la que se desprenda de una conducta anterior a los hechos, pues la temibilidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, debiéndose atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, así como también evaluar los antecedentes del acusado⁴⁰³.

En este caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece considerar a la peligrosidad como un concepto que comprende, por un lado, a

⁴⁰² Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 9A, Tomo: II.2o. Página: 241.

⁴⁰³ Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca: 7A, Volumen: 44, Parte: Segunda, Página: 51.

la temibilidad y, por el otro, al daño objetivo y a la forma de consumación. En cambio, en la segunda de las resoluciones mencionadas el tribunal fue más preciso:

La pena tiene una doble finalidad: la transformación del delincuente y evitar la reincidencia: De aquí la necesidad de que la sanción sea proporcional a la peligrosidad del delincuente y no debe atender sólo a la relevancia del bien jurídico lesionado. La peligrosidad criminal es, como decía el criminólogo Mario Ruiz Funes, la perspectiva de nuevos delitos; cometido uno hay probabilidades de que se cometa otro. La peligrosidad implica un diagnóstico sobre la personalidad del delincuente y un pronóstico sobre su conducta futura. Prever el futuro de un delincuente es hacer el pronóstico criminológico. El peligro está en la suma de lo posible más lo probable. Se fue, o se es delincuente, y se puede llegar a ser nuevamente⁴⁰⁴.

La Suprema Corte, en primer lugar, reconoce como finalidad de la pena la prevención especial, en sus aspectos positivo y negativo. En consecuencia, adopta el concepto de peligrosidad elaborado por la doctrina y pone en un segundo plano al valor del bien lesionado. Es una postura mucho más ortodoxa, quizá por ello más clara, aunque más reduccionista, puesto que deja de lado todas las demás circunstancias que la ley obliga al juez a valorar.

La contradicción entre las tesis transcritas es evidente y responde a la falta de un sustento teórico sólido que las respalde. Los vaivenes entre las distintas resoluciones se ponen aún más en evidencia cuando se trata de determinar el *grado de peligrosidad*.

El Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito sostuvo una tesis similar a la primera de las mencionadas, al afirmar que no puede determinarse la peligrosidad de un individuo sólo con los estudios psicológicos sino que se requiere además *puntualizar las circunstancias exteriores de ejecución del delito, la naturaleza de la acción u omisión... y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad; esto es, el juzgador, para fijar el grado de peligrosidad, está obligado a atender también las particularidades objetivas que incidieron en la comisión de la*

⁴⁰⁴ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: XXII, Página: 147.

conducta punible⁴⁰⁵. Con esto se confunde una vez más peligrosidad con culpabilidad. Los tribunales, sin admitirlo, estaban atendiendo a cuestiones relativas a la culpabilidad del sujeto, tal como lo ordenaba nuestro código, y no sólo a la peligrosidad, que era lo único que reconocían.

Esa confusión está presente en la jurisprudencia sentada por el Segundo Tribunal del Sexto Circuito, que señala:

*La autoridad no está obligada a considerar en el sujeto activo del delito una temibilidad mínima por ser un delincuente primario, sino que debe tener en cuenta para fijar la gravedad de la conducta delictiva, todos los datos que al respecto arroja la causa*⁴⁰⁶.

La gravedad de la conducta delictiva es, como vimos, un dato que revela, en primer lugar, la culpabilidad por el hecho cometido, sólo interesa a la peligrosidad si hay un diagnóstico que permita suponer la futura reincidencia del sujeto.

La Corte, a su vez, ha valorado como datos reveladores de la poca peligrosidad de los sujetos circunstancias relacionadas con el menor reproche de la conducta delictiva: como *ser los acusados campesinos analfabetos*⁴⁰⁷; *la precaria situación económica*⁴⁰⁸, que la *acusada cursó únicamente hasta el segundo año de instrucción primaria elemental*⁴⁰⁹; *que no corrió peligro al ejecutar los hechos delictivos; que existió superioridad en relación con la víctima; que la atacó en forma sorpresiva impidiendo que se defendiera y que el motivo era insignificante*⁴¹⁰. Ninguno de estos datos representa una menor probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir, pero todos ellos pueden ser

⁴⁰⁵ Instancia: Tribunales Colegiados de Cuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 8A, Tomo: XIII-Marzo, Página: 417.

⁴⁰⁶ Instancia: Tribunales Colegiados de Cuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 8A, Tomo: IV Segunda Parte-2, Tesis: VI.2o.J/34, Página: 643.

⁴⁰⁷ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: XXXII, Página: 75.

⁴⁰⁸ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: XXX, Página: 73.

⁴⁰⁹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 6A, Volumen: XVII, Página: 241.

⁴¹⁰ Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 7A, Volumen: 169-174, Parte: Séptima, Página: 223.

valorados en el caso concreto para determinar la reprochabilidad de la conducta ilícita.

De lo anterior se deduce que en muchos casos los tribunales seguían las directrices de los artículos 51 y 52 del Código Penal y, quizá también en varias ocasiones, su parámetro de valoración no era precisamente la *peligrosidad* sino circunstancias estrechamente relacionadas con la culpabilidad. Pero en vista de que la práctica forense había entronizado a la peligrosidad como criterio individualizador y frente a la necesidad de valorar otras circunstancias, todo se metió en un amplio saco sin atender a las diferencias conceptuales.

5. La determinación de la pena en los delitos culposos

En el caso de los delitos culposos los tribunales federales han reconocido expresamente que deben valorarse otras circunstancias además de la peligrosidad del autor. Existe al respecto jurisprudencia obligatoria sentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que sostiene:

*La mayor o menor gravedad de la imprudencia es factor básico para individualizar la pena que se aplique a los responsables de los delitos culposos*⁴¹¹.

Mientras que en los delitos dolosos se habla -o, al menos, se hablaba hasta 1994- de la peligrosidad, en los culposos se menciona la *gravedad de la imprudencia*, que es una circunstancia a tener en cuenta para valorar la reprochabilidad de la conducta. En una resolución anterior la Corte mencionó a la gravedad de la imprudencia y a la peligrosidad:

*Para la individualización de la pena en los delitos de imprudencia, no sólo se debe calificar la peligrosidad del inculpaado, sino también atenderse a la mayor o menor gravedad de la imprudencia*⁴¹².

⁴¹¹ Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice 1985, Parte: II, Tesis: 131, Página: 271.

⁴¹² Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Época: 6A, Volumen: XXXVIII, Página: 75. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Jurisprudencia No. 147, Pág. 291, Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, Segunda Parte". NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1971, Segunda Parte, Primera Sala, página 47.

Aunque el Tribunal Colegiado del Octavo Circuito consideró en un fallo que en los delitos culposos debe atenderse a la gravedad de la imprudencia y en los dolosos a la peligrosidad del autor⁴¹³, la mayoría de las resoluciones siguen las directrices de la Corte y valoran ambas circunstancias.

También en en los delitos culposos la Corte ha llegado a mezclar valoraciones relacionadas con la culpabilidad -en este caso podría hablarse, incluso, de ausencia de culpa- con la temibilidad del sujeto:

Si del examen de las constancias procesales aparece que el procesado es persona de buena conducta, con modo honesto de vivir, que no manejaba en estado de ebriedad, ni tampoco con exceso de velocidad; que se había estacionado imprudentemente un coche, que restaba visibilidad al conductor del vehículo que causó el atropellamiento, y detrás del coche mal estacionado salió precipitadamente una persona que quiso cruzar la calle, sin dar el inculpaado el tiempo necesario para evitar el accidente, debe concluirse que se trata de una imprudencia leve aunque con resultados de gravedad máxima, pero como de acuerdo con el pensamiento moderno del derecho penal, para la aplicación de las sanciones cuenta más la temibilidad que el daño final, debe reconocerse que el acusado es de temibilidad inferior a la media⁴¹⁴.

Quizá la referencia última a que el acusado es de temibilidad inferior a la media se consideró indispensable para la individualización de la pena. Como se verá en el siguiente apartado, los jueces acostumbraban resumir todas las consideraciones sobre el hecho y sobre el sujeto en el grado de peligrosidad, en proporción al cual fijaban la pena aplicable. La Corte procedió de la misma manera, sin detenerse a examinar si todas las valoraciones aludían realmente a la *temibilidad*.

⁴¹³ Instancia: Tribunales Colegiados de Cicuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca 7A, Volumen: 79, Parte: Sexta, Página: 60.

⁴¹⁴ Instancia: Primera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Epoca: 5A, Volumen: CXXIX, Página: 511.

3. La determinación de la pena en las sentencias de primera instancia del Fuero Común del Distrito Federal

La fijación de las penas por parte de los jueces de primera instancia sigue, como se verá, los lineamientos sentados por los tribunales federales. Pero es en las sentencias de primera instancia donde se observa en su plenitud el procedimiento y los criterios de los jueces en la punición.

Jorge Ojeda Velázquez, en su libro *Derecho punitivo*, hace un estudio sociológico jurídico sobre las sentencias de los jueces y tribunales federales⁴¹⁵. Observa que hay mucha disparidad en las penas fijadas para casos semejantes, lo que atribuye a la falta de reglas explícitas que indiquen la clase de sentencia apropiada para cada caso y a que *si bien el juez está obligado a seguir el precedente judicial, al no codificarse la mayoría de las sentencias, se olvida que para idéntico caso debe aplicar igual sanción...*⁴¹⁶.

Esta afirmación merece dos objeciones. En primer lugar, no es cierto que para casos similares deban imponerse penas similares, en la punición el juez debe valorar la culpabilidad de cada sujeto que no será necesariamente igual. En segundo término, ya hemos visto que el código establece reglas que, aunque no sean tan claras como se desearía, sí fijan parámetros para la determinación de la pena. El problema radica en que no hay una interpretación homogénea de los conceptos, de manera que por peligrosidad o por culpabilidad cada juez entiende algo distinto.

Ojeda Velázquez señala -en 1993- con acierto que los jueces federales individualizaban erróneamente en proporción a la peligrosidad social del sujeto, en vez de hacerlo en función del hecho cometido. *En un derecho penal liberal se castiga al hombre delincuente por lo que hizo, es decir, por el hecho antijurídico por el que está siendo juzgado, relacionándolo con el grado de culpa -debió decir culpabilidad- en él desarrollado*⁴¹⁷. Para defender su posición menciona la jurisprudencia de la Corte, ya citada, que dice que el *quantum* de la pena debe guardar proporción analítica con la gravedad de la

⁴¹⁵ *Op. cit.*, pp. 102-108.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 104.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 107.

infracción y con las características del delincuente (ver página 65). Sin embargo, como ya hemos visto, existen otras jurisprudencias que aluden directamente a la peligrosidad. La tesis mencionada por Ojeda es de las más mesuradas y menos comprometida con el criterio de peligrosidad, pero es excepcional. Aunque se trata de una jurisprudencia del supremo tribunal del país, como no se define claramente un criterio, los demás jueces y tribunales siguieron individualizando de acuerdo a la peligrosidad sin que de ello resultara una contradicción evidente con lo dicho por la Corte.

Son muy interesantes los señalamientos que hace Ojeda respecto de las valoraciones personales -eminente subjetivas- de los jueces al momento de la punición en delitos contra la salud. Este autor señala que existe una marcada diferencia entre las sentencias dictadas por los jueces de distrito en las diferentes zonas en que se divide la República Mexicana; aunque los jueces federales, por regla general, no son oriundos del lugar en que residen, su quehacer se ve influido por la cultura de la región. Los jueces de distrito residentes en el norte del país fueron, según el autor, más benévolos que los del sur, *pues en aquellos lugares es natural ver y sentir la subcultura de la droga*⁴¹⁸ *No sucede así en el sur, donde la droga es repudiada por todas las clases sociales*. En cambio, los jueces de distrito del centro de la República, aun cuando no aceptan del todo dicha subcultura, tampoco lo sienten como un escándalo social,... se expresan respecto de la posesión de la droga como un delito sin víctima, como una forma de escape o solución a los problemas existenciales⁴¹⁹. También menciona el autor una investigación personal en la que descubrió que los jueces federales que dictaron sentencias más severas fueron aquellos cuya edad fluctuaba entre 30 y 40 años, *a pesar de que tienen ideas más permisivas y están preocupados por el bienestar social al tomar sus decisiones*⁴²⁰. En cambio, los magistrados unitarios de circuito -de los cuales diez tenían una edad entre 41 y 50 años, ocho tenían entre 51 y 60 años y seis entre 60 y 70 años- reflejaron, según Ojeda, madurez y serenidad en sus sentencias que, por lo general, fueron más moderadas⁴²¹.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁴¹⁹ *Loc. cit.*

⁴²⁰ *Loc. cit.*

⁴²¹ *Loc. cit.*

Lo anterior pone de manifiesto la dificultad de que las valoraciones judiciales sean todo lo objetivas que sería deseable. Seguramente en muchos casos la intromisión de prejuicios personales no es concientizada por el propio juez, quien cree estar actuando con total imparcialidad. Por ello es muy importante la reflexión que hagan los propios juzgadores sobre su trabajo cotidiano. Paradójicamente, existen muy pocos textos sobre este tema. Es indudable que cada sentencia llevará el *sello personal* de su autor, pero éste no debe dejarse guiar, al menos concientemente, por sus prejuicios.

Es acertada la propuesta de Ojeda de realizar un estudio de campo para poder conocer en profundidad el criterio y el procedimiento seguido por los jueces para la punición. Por eso, para tener un panorama más completo sobre el tema, decidí realizar un estudio de campo sobre la determinación de la pena. En este caso, recopilé sentencias de primera instancia del fuero común del Distrito Federal. Seleccioné este universo porque el fuero común es el ordinario *-el de entrecasa-*, en el que se conoce el mayor número de delitos, y la capital de la República es el lugar donde rige la legislación analizada que, con seguridad, se irá introduciendo paulatinamente en el resto del país. Otro condicionante -tan importante como los anteriores- fue la posibilidad de obtener esos fallos⁴²². El análisis de las sentencias me permite afirmar:

En el Distrito Federal, cada juzgado sigue un orden bastante rígido para la determinación de la pena, según el cual enlista los factores que el juzgador considera pertinente para la individualización. Sin embargo, no siempre queda claro cómo se gradúa la temibilidad o la culpabilidad en cada caso, ya que no es posible distinguir cuáles de los factores tenidos en cuenta agravan y cuáles atenúan esos parámetros.

En las sentencias dictadas antes del primero de febrero de 1994, el principal criterio para la determinación de la pena era la peligrosidad, criterio que, como se vio, era también sostenido por los tribunales federales. Uno de los juzgadores (ver apéndice, juzgado "B") menciona a la culpabilidad junto a la peligrosidad, queriendo indicar que se trata de términos equivalentes. Otro, (ver apéndice, juzgado "E") sitúa en un mismo rubro a la *magnitud del*

⁴²² Para conocer los casos estudiados y la metodología, ver apéndice.

injusto, grado de culpabilidad y temibilidad sin que sea posible distinguir qué comprende cada concepto.

No hay un criterio uniforme sobre los que debe valorarse para determinar la peligrosidad, mientras el juzgador "B" sólo toma en cuenta las características personales del delincuente, sin aludir a la conducta realizada, el "C" refiere a la extensión del daño causado y el "D" a las características del delito, entre las que incluye, por ejemplo, la naturaleza de la conducta -dolosa o culposa- y los medios.

En ocasiones es difícil entender lo que los jueces quieren significar con el término *peligrosidad*, por ejemplo, en el caso 15 se juzga un homicidio simple cometido con un cuchillo, donde el activo no corrió riesgos, es reincidente, tiene un índice de estado peligroso alto, la extensión del daño causado se califica como grave y, sin embargo, se establece que el sujeto tiene una peligrosidad ligeramente superior a la mínima. Esta determinación es injustificable si se tiene en cuenta el concepto de peligrosidad elaborado por la doctrina.

Las sentencias dictadas después de la reforma de febrero de 1994 mencionan a la culpabilidad como parámetro individualizador, aunque el juez "C" (ver apéndice, caso 11) menciona la *culpabilidad y peligrosidad* como bases de la determinación.

Varía lo que cada juez tiene en cuenta para fijar la culpabilidad, mientras que el juez "D" (ver apéndice, casos 32 a 40) pretende analizar las distintas circunstancias enumeradas en el artículo 52 reformado, el juez "I" (ver apéndice, casos 81 a 86) toma en cuenta el bien jurídico, los antecedentes penales y el estudio criminológico que, como se vió, nada tiene que ver con la culpabilidad.

El único juez que parece haber comprendido el cambio legislativo en toda su magnitud es el "G", quien expresamente menciona que *la culpabilidad de acto es el reproche al hombre por su acto en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto...*(ver apéndice, caso 75).

Llama la atención que el juez "H" toma en cuenta el estudio de personalidad *para darse cabal cuenta del comportamiento posterior de la acusada en relación al delito...* (ver apéndice, casos 78 y 79). No se entiende de qué manera las características personales del sentenciado den cuenta de su comportamiento posterior al delito.

En general, puede afirmarse que la reforma legislativa ha tenido poca influencia en la práctica forense. Es cierto que los juzgadores hablan ahora de culpabilidad, pero para graduarla tienen en cuenta casi los mismos factores que antes consideraba para la peligrosidad. No se manejaba un concepto preciso de peligrosidad o temibilidad antes de la reforma, y después de ella tampoco se utiliza un concepto preciso de culpabilidad. Actualmente, cuando se gradúa la culpabilidad se está haciendo referencia a algo que se asemeja mucho más a la peligrosidad, o, cuando menos, a la culpabilidad por la conducción de vida.

Merece especial mención el caso 3, en el que el juez reconoce que uno de los fines de la pena es la rehabilitación por lo que, para que los condenados no se contaminen con el ambiente carcelario se propone ser menos severo para sancionarlos. Aquí se confunde el parámetro individualizador, que debe ser la culpabilidad, con los criterios para otorgar los sustitutivos penales, que deben fundarse en la prevención especial.

En todas las sentencias revisadas se menciona la edad, filiación, ocupación, ingresos, *hobbys*, adicciones y antecedentes penales del sentenciado. Dos de los juzgados incluyen, invariablemente, el estudio de personalidad. Por el contrario, pocas veces se enuncian los motivos que lo llevaron a delinquir, solamente en los delitos que afectan al patrimonio se aclara que cometió el delito para obtener dinero con facilidad. Precisamente, el motivo es un factor determinante para graduar adecuadamente la culpabilidad del sujeto.

Cuando se hace referencia al medio empleado para la comisión del delito, es común que exista confusión con la conducta realizada, así, por

ejemplo, se dice el robo lo cometió por medio del apoderamiento, cuando éste constituye, precisamente, la conducta típica.

Se menciona al bien jurídico lesionado y a las características de la acción (dolosa o culposa), cuando éstas son cuestiones que el legislador ya tuvo en cuenta para establecer la punibilidad aplicable. En todo caso, cabría mencionar si se trató de dolo directo o eventual o si fue culpa conciente o inconciente. Es evidente que no todos los jueces tienen claro cuáles circunstancias son valoradas por el legislador y cuáles deben ser valoradas por ellos.

Otro aspecto digno de mención es el relativo a la determinación de la pena cuando se trata de delitos en los que intervinieron dos o más sujetos. De los 13 casos registrados en los que participan dos o más sujetos, en diez se impone la misma punición a todos los partícipes. La tendencia es a uniformar la punición sin atender al penúltimo párrafo del artículo 13 del Código Penal que establece que los autores o partícipes responderán cada uno en la medida de su culpabilidad. Esto es muy grave ya que la punición es, precisamente, el momento en el que el juez fija la privación de bienes para cada autor del delito, es el momento individualizador por excelencia. En ningún caso se analiza la reprochabilidad de cada una de las conductas realizadas por los sujetos intervinientes.

Lo señalado hasta el momento permite afirmar que la determinación de la pena es una tarea que se realiza en forma bastante mecánica, siguiendo los pasos rutinariamente. Se tiene en cuenta más las características personales del sujeto que las del hecho cometido. No se analiza la conducta realizada, los motivos que lo llevaron a ejecutarla, los medios... La falta de precisión en los conceptos genera inseguridad jurídica y favorece que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad.

Quizás, lo más grave, es la falta de conocimiento personal del sentenciado por parte del juzgador y la ausencia de compenetración con los hechos delictivos.

Finalmente, cabe observar una marcada tendencia a fijar penas entre el mínimo y la media de la punibilidad señalada por el legislador. Pareciera que los jueces trataran con cierta indulgencia a los delincuentes que, en casi todos los casos analizados, provienen de sectores socioeconómicos bajos.

Todo esto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de racionalizar y explicitar los criterios judiciales de determinación de la pena para lograr una mayor integración entre la legislación y la práctica y favorecer la impartición de la justicia.

CONCLUSIONES

1. En el marco del Estado de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* tiene límites claros y precisos. La legitimidad y la legalidad plantean exigencias ineludibles para satisfacer los intereses y la seguridad social. Es así que la finalidad primordial del sistema de justicia penal, la salvaguarda de los bienes jurídicos más importantes para la existencia y coexistencia pacífica de los integrantes de la sociedad, sólo puede satisfacerse a través de una actuación estatal respetuosa de los derechos humanos de los individuos. Defensa del interés social y respeto de las garantías individuales forman un binomio inseparable que obliga a los gobernantes a ajustar su conducta al mandato del Constituyente y de los representantes de la comunidad internacional.

Para la salvaguarda de los bienes jurídicos fundamentales, el Estado contemporáneo actúa en diferentes niveles, cada uno de los cuales está a cargo de un órgano competente y persigue su propia finalidad. La articulación de cada una de esas finalidades específicas no se traduce en un sistema disfuncional sino que, en la medida en que cada órgano respete los límites y los objetivos propios de su intervención, se sientan las bases de un sistema de justicia penal legítimo y eficiente.

El fracaso de las teorías retributivas y preventivas para explicar por sí solas la finalidad del *ius puniendi*, obedece, precisamente, a que no tuvieron en cuenta la complejidad del Estado moderno. Mientras que en la conminación legislativa el legislador busca intimidar a los miembros de la comunidad para que se abstengan de delinquir (prevención general negativa), en la imposición judicial el juzgador tiene por finalidad la impartición de justicia para fortalecer la vigencia del sistema (prevención general positiva), y en la etapa ejecutiva se pretende dotar al sentenciado de los elementos necesarios para que pueda vivir en sociedad sin delinquir (prevención especial positiva). Los medios para lograr estos objetivos también varían: para fijar una punibilidad que cumpla adecuadamente su finalidad intimidatoria, el legislador debe atender al valor del bien jurídico que quiere proteger y a la magnitud del ataque. Para que la pena impuesta sea valorada como justa, el juez debe fijar la punición en proporción a la culpabilidad del

agente. A fin de que la pena sirva para la reinserción social del delincuente, la autoridad ejecutora debe tener en cuenta, entre otras variables, la situación personal, el entorno familiar y social y el nivel económico del condenado, y así decidir el tratamiento más adecuado.

2. El aserto de que la punición debe fijarse en proporción a la culpabilidad del delincuente no determina que el castigo sea la finalidad perseguida por el juez. Significa, en todo caso, que la pena adecuada a la culpabilidad es la única que satisface la demanda social de justicia. No se trata de proponer un sistema penal retributivo, sino de que el castigo se utilice en función de las necesidades sociales -que son las únicas admitidas en un Estado de derecho- y con el debido respeto de la dignidad individual -requisito indispensable en un régimen liberal y democrático-.

La adecuación entre punición y culpabilidad se ha enfrentado a diversos obstáculos, tales como la dificultad para elaborar un concepto de culpabilidad apropiado para la determinación de la pena y el cuestionamiento del libre albedrío.

El concepto de culpabilidad ha evolucionado en el ámbito de la doctrina penal hasta convertirse en un elemento del delito estrictamente normativo, cuyo contenido está dado por la reprochabilidad del comportamiento ilícito. La culpabilidad es el reproche que se formula a una persona que conociendo la prohibición normativa y estando en condiciones de dejarse motivar por ella -o sea de acatarla- decide ignorarla y actuar en contra de lo exigido por el derecho. Es culpable quien elige con libertad violar el deber jurídico penal.

La culpabilidad es un elemento graduable. Es posible distinguir sujetos más culpables que otros. La presencia de la culpabilidad permite afirmar la existencia de un delito, su graduación permite determinar la pena adecuada. Para graduar la culpabilidad es necesario valorar las distintas circunstancias que son objeto del juicio de reproche. En el marco de un derecho penal de acto, que es el que responde a los lineamientos del Estado de derecho, sólo podrán evaluarse aquellas circunstancias que se relacionan con el hecho cometido. El juez debe valorar las circunstancias existenciales del sujeto al

momento del hecho para determinar el ámbito de libertad en que se desarrolló: a mayor libertad para decidir el comportamiento contrario a derecho, mayor culpabilidad.

Para poder formular el reproche, el juez debe tener en cuenta la situación familiar, social y económica del sujeto, sus características personales, su educación y otros antecedentes, pero sólo en la medida en que puedan haber condicionado la ejecución del delito. Siempre debe valorar los medios, las modalidades y, sobre todo, los motivos que impulsaron al sujeto a delinquir. El juicio de reproche debe basarse en valores ético-sociales y no en la moral privada del juez.

La reprochabilidad cuya existencia condiciona la del delito y sirve de sustento para la punición, presupone un ser humano libre, dotado de la capacidad de escoger una entre alternativas con libertad sin que sus decisiones sean el resultado causal necesario de factores precedentes o contemporáneos. Solamente un ser humano dotado de albedrío es capaz de responsabilidad jurídica y, en particular, de responsabilidad penal. Negar esta capacidad humana implicaría desconocer los últimos avances de las ciencias naturales y humanísticas y, peor aún, los presupuestos básicos de nuestra cultura.

La punición debe fijarse proporcionalmente a la culpabilidad del sujeto, la cual se gradúa en función de la extensión del margen de libertad con que decidió.

3. Las finalidades preventivas acompañan a la determinación de la pena pero no deben ser tenidas en cuenta para fijar el monto de la sanción. El juez no cuenta con los elementos para valorar racionalmente las necesidades preventivo generales o preventivo especiales, pero además no le corresponde. No es su función medir el impacto de sus decisiones en el resto de la comunidad o pronosticar sobre la conducta del sujeto al momento de la punición.

El hecho de que la punición se fije conforme a la culpabilidad no le otorga al sistema penal carácter retributivo sino que, por el contrario, refuerza

sus finalidades preventivas. La imposición de una pena adecuada a la culpabilidad cubre los requerimientos preventivo generales, en la medida que al impartirse justicia se satisface esta expectativa social. Asimismo, una punición con las características señaladas incluirá el máximo de prevención especial aceptable para el delito en cuestión. Si el sujeto requiriera, en razón de sus necesidades de reinserción social, menor cantidad de pena, ello debe resolverse en el nivel ejecutivo, donde existe la posibilidad de observar el comportamiento del sujeto y los efectos que sobre él pueda tener el cumplimiento de la pena.

En cambio, el juez debe atender a consideraciones preventivo especiales y, en ocasiones, preventivo generales para decidir sobre la conveniencia de sustituir la pena de prisión o de imponer una condena condicional. En estos casos ya no se trata de la medida de la pena -que ya debe estar fijada- sino de su índole.

4. La punición de los inimputables, quienes son incapaces de culpabilidad, debe fijarse atendiendo a consideraciones de prevención especial. Para ello el juez debe haber decidido que el sujeto no fue capaz de comprender la ilicitud de la conducta en la que incurrió o, en caso de que sí la haya podido comprender, que no fue capaz de conducirse conforme a esa comprensión. Asimismo, debe existir una posibilidad razonable de que el sujeto vuelva a incurrir en una conducta similar.

Cumplidos esos requisitos, el juez deberá escoger el tratamiento aplicable -en internamiento o en libertad- en función de las características personales del sujeto. La duración de la medida dependerá de la evolución del inimputable, pero no podrá exceder del máximo de punibilidad prevista por la norma legal correspondiente para los imputables.

5. La legislación mexicana cambió del sistema de atenuantes y agravantes ponderadas por el legislador, contenido en los códigos de 1871 y 1929, por el de la libre valoración de las circunstancias mencionadas en la ley, que incorporó el código de 1931, aún vigente.

El código positivista de 1929 fijó explícitamente el criterio de punición al mencionar la temibilidad del delincuente. En cambio, los otros dos ordenamientos contenían lineamientos más amplios, dejando a la interpretación del juez, de la doctrina y de la jurisprudencia el criterio aplicable.

El código de 1931, en su versión original, aludía a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente. A continuación mencionaba circunstancias que debían ser tenidas en cuenta por el juez para la aplicación de las sanciones, entre ellas, la temibilidad. El texto no representaba una toma de posición definitiva en favor de la prevención especial, sino que daba lugar a una interpretación menos rígida que podía encuadrarse, sin dificultad, en el ámbito del *margen de libertad*. Daba lugar a que la prevención especial fuera considerada como el parámetro individualizador dentro del margen marcado por la culpabilidad. Incluso una interpretación más radical podría haber sostenido que la referencia a la temibilidad era inconstitucional, en tanto en un sistema penal democrático -como el que reconoce la Constitución- no está permitido que se juzgue a una persona por lo que es (sino por lo que hizo). En fin, se trataba de un texto abierto que podría haber propiciado una discusión muy basta y enriquecedora.

Sin embargo, a partir de las palabras de la ley se fue desarrollando una práctica judicial que fundamentó la punición en la temibilidad, o mejor dicho, en la peligrosidad del condenado. Existió consenso casi unánime entre los jueces federales y locales en fijar las sanciones en forma directamente proporcional a la peligrosidad. Claro está que este concepto no fue interpretado siempre de igual manera, dando lugar a que, en ocasiones, bajo ese rubro se aludiera a la culpabilidad del sujeto.

En vista de lo anterior, y reponiendo a las exigencias de los avances de la teoría penal, el legislador decidió modificar los artículos reguladores de la punición. No se contentó con eliminar toda alusión a la peligrosidad, que hubiera sido lo más adecuado, sino que, conocedor de la inercia judicial, decidió imponer a los jueces la culpabilidad como criterio individualizador.

6. El texto vigente, a pesar de la referencia expresa a la culpabilidad, es confuso. En primer lugar alude tanto a penas como a medidas de seguridad, fijándoles los mismos criterios individualizadores. Mientras que las penas se aplican a sujetos imputables en razón de su culpabilidad, las medidas se aplican a los inimputables en función de su peligrosidad. En los casos en que se podría aplicar una medida a un imputable -imputabilidad disminuida, adicciones- ésta se le impone en función de aquel aspecto de su personalidad en virtud del cual no puede decidir con libertad. De lo contrario no tendría fundamento alguno la distinción entre penas y medidas.

En segundo lugar, el artículo hace referencia a la gravedad del ilícito como parámetro individualizador de igual entidad que la culpabilidad. Al respecto, hay quienes consideran que la gravedad del ilícito es objeto del juicio de culpabilidad y, por lo tanto, no puede ser algo distinto a ella, otros aceptan la diferencia y relacionan la gravedad del injusto con la dañosidad y la peligrosidad del hecho antijurídico, y otros más niegan que el injusto sea graduable. Este cúmulo de posturas encontradas es inevitable siempre que el legislador asume una postura teórica definida. Por lo pronto, y ante la inevitable inclusión del término en la ley, es importante que los jueces se abstengan de valorar dentro de este concepto elementos que ya fueron considerados por el legislador. Así el juez podrá tener en cuenta si la conducta fue con dolo directo o eventual, pero no que fue dolosa; podrá valorar la extensión del daño causado en el delito de calumnia, pero no en el de homicidio.

En tercer lugar, después de afirmar que el juez debe basarse en la gravedad del ilícito y en la culpabilidad le ordena también al juzgador tener en cuenta una serie de circunstancias enumeradas en las siete fracciones del artículo 52. Inmediatamente salta la contradicción: si debe atenderse sólo a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad ¿qué papel juegan esas *otras* circunstancias? La única manera posible de conciliar los dos mandatos es que el contenido de las fracciones referidas formaran parte ya sea de la gravedad del ilícito, ya sea de la culpabilidad. Esta es la interpretación que han hecho los jueces hasta el momento. Sin embargo, alguno de los supuestos, como la conducta posterior del sujeto, son difíciles de incluir en los dos rubros principales.

Pero, además de las dificultades señaladas, hay una franca oposición entre lo establecido en los artículos 51 y 52 y lo señalado en el 65, que alude a la reincidencia. Esta última no afecta en nada ni a la gravedad del ilícito ni a la culpabilidad. Menuda tarea deberán afrontar los jueces para compatibilizar contenidos tan disímiles.

Hasta el momento, los juzgadores se han limitado, en su mayoría, a incorporar la nueva terminología legal sin reflexionar en profundidad sobre los contenidos. Salvo contadas excepciones, en gran parte de las sentencias revisadas se hace referencia para graduar la culpabilidad a las mismas circunstancias que fundamentaban la peligrosidad. Las características personales del sujeto y el estudio de personalidad no pueden dar lugar, sin más, a fijar la culpabilidad. En todo caso, esos datos deberían valorarse en el marco estricto del hecho cometido.

7. Existe una marcada distancia entre los contenidos legislativos, las elaboraciones doctrinarias y la interpretación judicial en materia penal. Es cierto que los jueces aplican formalmente el contenido del código pero en ocasiones, como en el caso de la determinación de la pena, no tienen en cuenta las directrices constitucionales que constituyen la base del sistema. Esta falta de interpretación integral dio lugar a entronizar la peligrosidad como parámetro de punición. Esta misma actitud favorece que en la actualidad se sigan individualizando las penas mediante un procedimiento mecánico, en el que resalta la ausencia de toda reflexión valorativa.

Por su parte, el legislador ha tratado de imponer los criterios doctrinales vigentes por encima de la práctica jurisprudencial, ordenando a los jueces las líneas de interpretación a seguir. Aunque esto es comprensible en aras de la seguridad jurídica, no favorece el desarrollo de una jurisprudencia creativa que genere su propia autocrítica y elabore nuevos criterios de aplicación de la ley.

La doctrina penal no ha colaborado demasiado en lograr una mayor integración entre el legislador y los jueces. Mucho menos en el campo de la determinación de la pena que ha permanecido, al menos en México, casi

inexplorado. Este trabajo pretende ser el inicio de una fructífera discusión que favorezca el acercamiento entre la teoría y la práctica forense en el ámbito penal.

PROPUESTAS

PRIMERA.- La interpretación y aplicación de las normas penales deben apegarse en todo momento a la letra y al espíritu de la Constitución. Nuestra Carta Magna ha consagrado un sistema penal democrático, acusatorio y respetuoso de los derechos de los individuos. Los jueces deben acatar, en primer lugar, el mandato del constituyente, por lo que no pueden guiarse por criterios peligrosistas, propios de un derecho penal de autor, en el que se sacrifica a la persona en aras de una supuesta seguridad social.

En un Estado de Derecho, el único derecho penal posible es aquel que se apoya en los principios de legitimidad y legalidad.

SEGUNDA.- El respeto y el reconocimiento del libre albedrío es indiscutible, desde todo punto de vista, en el mundo contemporáneo. Su desconocimiento implicaría un ataque a la dignidad de los seres humanos.

TERCERA.- La culpabilidad es un elemento indispensable de todo sistema penal respetuoso de los derechos humanos. Su reconocimiento como elemento del delito y como criterio de punición no significa que el sistema persiga como finalidad el castigo del delincuente.

Sólo puede haber delito si la conducta le es reprochable al sujeto, quien debe ser sancionado en proporción a la entidad del reproche.

CUARTA.- Para determinar el grado de reprochabilidad debe valorarse la realidad existencial del sujeto; su conducta no es aislada sino que está condicionada por sus circunstancias vitales.

Lo anterior permitirá apreciar la mayor o menor libertad de decisión del autor del ilícito.

QUINTA.- El avance de la ciencia penal y las características del Estado moderno nos obligan a diferenciar los distintos niveles de actuación penal. Todo estudio, propuesta o reforma legislativa sobre la punición debe partir de esta diferenciación.

A su vez, la finalidad del sistema penal no debe confundirse con los fines particulares ni con los criterios imperantes en cada uno de los niveles. Cada uno de ellos tiene su propia lógica de funcionamiento que debe ser respetada, de lo contrario se afectaría la eficacia de todo el sistema.

SEXTA.- El legislador no debe convertirse en representante de ninguna doctrinaria, la ley no debe confundirse con la dogmática. La norma penal debe ser clara, precisa, pero no estar afilidada a una corriente en particular. El desarrollo de la dogmática penal mexicana irá reduciendo cada vez más la inseguridad jurídica a que tanto temen los encargados de hacer las leyes.

SEPTIMA.- Es imprescindible favorecer la discusión teórica entre los penalistas buscando, especialmente, la participación de jueces, magistrados y litigantes. Esta es la única manera en que, paulatinamente, iremos construyendo una teoría penal que cumpla con la función de facilitar la aplicación de las normas.

Lo anterior se logrará con la publicación de artículos y libros especializados, y con la realización de conferencias y congresos de derecho penal. Asimismo, el contacto permanente con doctrinarios de otros países es obligatorio en un mundo cada vez más intercomunicado.

Esta es una tarea que deben llevar a cabo, fundamentalmente, las facultades de derecho y los institutos de investigación jurídica del país. Pero también corresponde al Poder Judicial Federal y a los de los Estados impulsar una formación de excelencia para sus integrantes.

APENDICE

ANALISIS DE SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA DE JUZGADOS PENALES DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL

RECOLECCIÓN DE DATOS

Se recopilaron sentencias de primera instancia dictadas por nueve juzgados del Fuero Común del Distrito Federal. Se recurrió a estos juzgados porque existieron facilidades para obtener la información.

Las sentencias fueron escogidas al azar; aunque se procuró que fueran condenatorias. Se incluyeron sentencias anteriores y posteriores al 1 de febrero de 1994, fecha en que entró en vigor la reforma al artículo 52 del Código Penal.

En total, se analizaron 86 sentencias, 73 condenatorias y 13 absolutorias. De ellas, 51 fueron dictadas antes del 1 de febrero de 1994 y 35 posteriormente. Aunque se trató de seguir un criterio uniforme, resaltando los rubros más importantes en cada fallo, fue necesario adecuarse a los conceptos de cada juzgador, ya que no siempre coinciden los puntos valorados. Todo lo registrado está contenido en el apartado destinado a la individualización de las sanciones de cada una de las sentencias analizadas.

La finalidad de este estudio es descubrir las tendencias que siguen los jueces en el ámbito de la determinación de la pena y, especialmente, cómo han sido influidos por los nuevos criterios legislativos en la materia.

Como no se trata de poner en evidencia ni a los jueces ni a los condenados, se evitaron todas las referencias que permitieran identificar los fallos. Por ello los juzgados fueron nombrados con las letras del abecedario.

JUZGADO "A"
SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

Número de sentencias revisadas: 5
Número de sentencias condenatorias: 5
Número de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:
Sentencias condenatorias

homicidio calificado: 1
homicidio calificado con atenuante en riña: 1
lesiones calificadas: 1
robo calificado: 1
tentativa de violación equiparada: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

Todas las sentencias de este juzgado que se analizan son posteriores a la reforma de 1994. En todos los casos se hace referencia a la magnitud del daño causado y a la culpabilidad del sujeto.

Dentro de la magnitud del daño se mencionan la naturaleza de la acción, los medios y, en ocasiones, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión.

En la culpabilidad se tienen en cuenta los resultados del estudio de personalidad, así como los motivos y la situación en que se encontraba el sujeto al momento del hecho. En función de lo anterior, se menciona la mayor o menor posibilidad que tuvo el sujeto de actuar conforme a la norma.

Llama especialmente la atención el caso 3, en el que el juzgador alude a la readaptación social como finalidad de la pena, por lo que, a pesar de

valorar la magnitud del ilícito y la culpabilidad, expresamente la determina teniendo en cuenta un criterio preventivo especial.

También merece mención el caso 4, en el que se dice que la extensión del daño fue grave, se habla de la obligación del activo de velar por la seguridad de los habitantes del lugar que él custodiaba, se menciona que la niña de 5 años le tenía confianza, y, a pesar de ello, se considera una gravedad cercana a la mínima y se valora el grado de culpabilidad entre la mínima y la media con tendencia a la primera.

Es indudable que en la valoración de culpabilidad se mezclan conceptos preventivos.

CASOS

CASO 1

Delito. Homicidio calificado con atenuante en riña

Punibilidad. La del artículo 308 del Código Penal (4 a 12 años de prisión).

Magnitud del daño causado. De mediana entidad ya que la privación de la vida ya fue valorada por el legislador sin que haya datos de que la muerte del pasivo tuvo una trascendencia más grave.

Se actuó con dolo directo (inflexible resolución de matar).

El medio empleado fue un arma punzocortante que le dio al activo ventaja sobre su contrincante.

Culpabilidad. No resultan de importancia las circunstancias de tiempo modo y ocasión ni el grado de intervención.

El activo tiene 22 años, su educación fue buena por provenir de un núcleo familiar adecuado (según estudio de personalidad), por lo que tuvo la oportunidad de que le fueran introyectados normas y valores sociales; con instrucción básica. Ha trabajado en actividades productivas desde temprana edad, sin antecedentes penales ni adicciones socialmente rechazadas. Es de condición socioeconómica baja.

Los motivos que lo llevaron a delinquir fueron los celos (el activo y el pasivo fueron novios de la misma muchacha).

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito se considera bueno al no haber datos en contrario.

No se encontraba en ninguna condición especial al momento del delito.

Siguiendo el principio *in dubio pro reo*, el inculpado fue provocado.

De los datos enumerados, resulta que su educación fue adecuada, lo que le facilitó la posibilidad de conducirse conforme a la norma, pero, al mismo tiempo, hubo circunstancias que restringieron esa posibilidad: su baja instrucción, su nivel socioeconómico y, sobre todo, su motivación.

Por lo que su **culpabilidad no es de gran entidad**, por lo que debe imponerse una sanción entre la media y la mínima.

Punición. 6 años de prisión

Reparación del daño: 790 días de salario mínimo vigente que, al momento de los hechos, era de \$18.30, lo que da un total de \$ 14,457.00.

CASO 2

Delito. Homicidio con la calificativa atenuante en riña.

Punibilidad. La del artículo 308 del Código Penal (4 a 12 años de prisión).

Magnitud del daño causado. No puede ser valorada ya que la privación de la vida ya fue valorada por el legislador sin que haya datos de que la muerte del pasivo tuvo una mayor trascendencia social.

Se actuó con dolo directo (inflexible resolución de matar).

El medio empleado fue un arma de fuego que, dada su potencialidad lesiva y que el pasivo no contaba con un instrumento igual se considera que actuó con ventaja a pesar de que *en el juicio típico se determinó que no se actualizaba la agravante de ventaja*, ya que *ello no obsta para que objetivamente se pueda advertir quién tenía menos posibilidad de perder... lo que se traduce en una ventaja no típica.*

Por lo anterior el delito es de mediana gravedad.

Culpabilidad. No resultan de importancia las circunstancias de tiempo modo y ocasión ni el grado de intervención.

El activo tiene 23 años, su educación resulta adecuada, pues según su estudio de personalidad proviene de un núcleo familiar primario completo funcional y con una buena interrelación, por lo que tuvo la oportunidad de que le fueran introyectados normas y valores sociales; con instrucción media básica. Debe ser considerado como primodelincuente. Es de condición socioeconómica media baja.

Sobre los motivos que lo llevaron a delinquir *sólo conocemos el inherente al dolo típico* el que no es útil para la determinación de la pena y *como no confeso se desconoce algún otro motivo de actuar.*

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito fue bueno al no haber datos en contrario.

No es posible determinar las condiciones en que se encontraba el sujeto al momento del delito.

Siguiendo el principio *in dubio pro reo*, el inculpado fue provocado.

De los datos enumerados resulta que su educación fue adecuada y su instrucción es media, lo que le facilitó la posibilidad de conducirse conforme a la norma.

Por lo que su **culpabilidad es de mediana entidad**, por lo que debe imponerse una sanción ligaramente inferior al parámetro medio

Punición. 7 años de prisión.

Reparación del daño: 790 días de salario mínimo vigente que, al momento de los hechos, era de \$15.32, lo que da un total de \$ 12,102.80.

CASO 3

Delito. Robo calificado.

Punibilidad. La de los artículos 370 párrafo tercero y 372 parte primera párrafo único del Código Penal (4 a 10 años y se le agregarán de 6 meses a 5 años de prisión).

Magnitud del daño causado. Baja entidad, pues el vehículo salió momentáneamente del ámbito de disponibilidad del pasivo, sin que lo perdiera de vista.

La naturaleza de la acción fue con dolo directo, es ya motivo de una agravante.

Culpabilidad. No resultan de importancia las circunstancias de tiempo modo y ocasión ya que fue realizado a plena luz del día.

Por lo que hace al modo se utilizó el amago, circunstancia que constituye la agravante al tipo penal pero no es útil para la individualización.

El el grado de intervención no es útil para los fines de este apartado. No hay calidad específica ni de la víctima ni del victimario.

Activo 1. Tiene 20 años, su educación resulta deficiente, al emerger de un grupo familiar desintegrado que aun cuando se considera organizado e integrado su introyección de normas y vaores sociales es convencional; con instrucción primer semestre de preparatoria; se desconoce su condición socioeconómica.

Se desconocen los motivos que lo llevaron a delinquir, sólo se conoce el inherente al dolo típico el que no es útil para la determinación de la pena.

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito no arroja ningún dato relevante.

Las condiciones en que se encontraba el sujeto al momento del delito eran normales.

Activo 2. Tiene 20 años, su educación resulta suficiente al emerger de un núcleo familiar primario completo, organizado e integrado que le permite manejar e introyectar normas y valores sociales, pero su factor criminógeno predisponente... lo hace contaminable, según estudio de personalidad; con instrucción secundaria; se desconocen sus costumbres; de condición socioeconómica media.

Se desconocen los motivos que lo llevaron a delinquir, sólo se conoce el inherente al dolo típico el que no es útil para la determinación de la pena.

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito no arroja ningún dato relevante.

Las condiciones en que se encontraba el sujeto al momento del delito eran normales.

De los datos enumerados se desprende que el hecho es de baja intensidad y en relación con la culpabilidad de los agentes resulta que, aun cuando tenían posibilidad de conducirse conforme a la norma, son personas jóvenes con una educación deficiente, fácil de ser contaminados. Tomando en consideración que uno de los fines de la pena es la rehabilitación de los delincuentes, para evitar su reincidencia, considero que se les debe dar una oportunidad para que no sufran el efecto carcelario, pues como se desprende de sus respectivos estudios de personalidad el pronóstico intrainstitucional y extrainstitucional fue favorable, por lo que *habremos de ser menos severos al sancionar.*

...sopesando la culpabilidad del agente con la gravedad del delito debemos imponer... una sanción ligeramente superior a la mínima.

Punición. Autor 1 y Autor 2: 4 años 2 meses de prisión y multa de 102 días de salario mínimo (a razón de \$20.13 por día), más 7 meses veinte días de prisión por la calificativa de violencia moral, lo que da un total de 4 años 9 meses 27 días de prisión y multa de \$2,053.25.

La multa, en caso de insolvencia, podrá ser sustituida por 102 días de trabajo en favor de la comunidad, que no deberán exceder de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Sustitución de sanciones: trabajo en favor de la comunidad que no deberá exceder del tiempo de prisión impuesto y serán jornadas que no excedan de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Reparación del daño: se da por satisfecha porque el vehículo le fue devuelto a su propietario.

CASO 4

Delito. Tentativa de violación equiparada.

Punibilidad. La de los artículos 266 primer párrafo, 265 primer párrafo y 63 del Código Penal (5 años 4 meses a 8 años años de prisión).

Magnitud del daño causado. Es de gran entidad ya que el pasivo tiene 5 años de edad ...*como se observó en el careo la pasivo no sostuvo la vista al inculpado, pues le ganó el llanto*, lo que lleva a considerar la existencia de un trauma psicológico que afecta su desarrollo psicosexual.

Se actuó con dolo directo.

El medio empleado *fue aprovecharse de la confianza que le tenía la pasivo.*

No resultan de importancia las circunstancias de tiempo y modo ni el grado de intervención. En cambio, resulta de importancia la ocasión, ya que el activo aprovechó que la menor fue hasta la caseta en que él se encontraba. La calidad de la víctima y del activo resultan relevantes, en virtud de que el inculpado, como vigilante de la unidad habitacional, debe velar por la seguridad de los habitantes, uno de los cuales es *la pasivo*. La edad de la víctima ya fue valorada por el legislador.

De lo anterior se desprende que el delito es de **mediana gravedad**.

Culpabilidad. El activo tiene 21 años, su educación resulta deficiente, pues aunque proviene de un núcleo familiar organizada, el manejo de normas y valores es superficial, según el estudio de personalidad; con instrucción segundo de primaria. No tiene conductas relevantes en relación con el delito cometido ya que sólo se acredita que es alcohólico ocasional social. Es de condición socioeconómica baja.

Sobre los motivos que lo llevaron a delinquir *sólo conocemos el inherente al dolo típico* el que no es útil para la determinación de la pena y *como no confeso se desconoce algún otro motivo de actuar.*

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito fue bueno al no haber datos en contrario.

No es posible determinar las condiciones en que se encontraba el sujeto al momento del delito.

De los datos enumerados resultan relevantes para graduar su culpabilidad su deficiente educación, su baja instrucción y su precaria situación económica. Su conducta precedente y posterior al evento fue buena. Por lo tanto, su posibilidad de actuar conforme a la norma no es muy amplia por lo que **su culpabilidad no es de gran entidad.**

Sopesando la gravedad del delito con la culpabilidad del agente se le debe imponer una sanción entre la mínima y la media más cercana a la primera.

Punición. De haber sido consumado el delito le corresponderían 8 años 9 meses de prisión, pero por tratarse de tentativa le corresponden 5 años 10 meses de prisión.

Reparación del daño: no se sanciona por no contarse con datos para su cuantificación.

CASO 5

Delito. Lesiones calificadas.

Punibilidad. La de los artículos 293 y 298 del Código Penal (4 a 8 años de prisión).

Magnitud del daño causado. Es de mediana entidad pues las lesiones no dejaron secuelas permanentes.

Se actuó con dolo directo.

El medio empleado fue un arma, pero eso ya fue motivo de agravante. De las circunstancias de tiempo, modo, y ocasión y del grado de intervención, sólo resultan importantes el modo y la ocasión: realizó la conducta cuando el pasivo se acercó a platicar con un grupo de personas entre las que estaba el activo. La calidad de la víctima y del activo, aunque no eran amigos, tenían una relación de vecindad.

Lo anterior hace que el delito sea **grave.**

Culpabilidad. El activo tiene 22 años, su educación resulta adecuada al emerger de un grupo familiar primario y secundario integrado, por lo que se considera que su introyección de normas y valores sociales es completa; con instrucción secundaria. Sus costumbres, ya que no se comprobaron ingresos

anteriores, deben considerarse como buenas. Es de condición socioeconómica baja.

Sobre los motivos que lo llevaron a delinquir *sólo conocemos el inherente al dolo típico* el que no es útil para la determinación de la pena y *como no confeso se desconoce algún otro motivo de actuar.*

No pertenece a un grupo étnico indígena que no comparta la cultura nacional.

El comportamiento posterior al delito fue bueno al no haber datos en contrario.

...las condiciones especiales en que se encontraba el agente al momento encontraba ingiriendo (sic) bebidas alcohólicas.

En relación con su culpabilidad encontramos que tenía mayor obligación y posibilidad de conducirse conforme a la norma ante la ausencia de motivo para actuar, pero también debe tenerse en cuenta su bajo nivel socioeconómico y su mediana instrucción , por lo que su culpabilidad es de mediana entidad.

Dado que el hecho fue grave y su culpabilidad de mediana entidad se debe imponer al inculcado una sanción entre la mínima y la media

Punición. 3 años 9 meses de prisión por el delito de lesiones que ponen en peligro la vida, más 1 año 3 meses por la agravante de ventaja; en total 5 años de prisión.

Sustitución de sanciones: trabajo en favor de la comunidad, cuyas jornadas no deben exceder de 3 horas diarias, 3 veces a la semana.

Reparación del daño: no se sanciona por no contarse con datos para su cuantificación.

JUZGADO "B"

SENTENCIAS ANTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

Número de sentencias revisadas: 2

Número de sentencias condenatorias: 2

Número de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados (Sentencias condenatorias):

abuso sexual (diversos): 1

robo simple: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

El juzgador alude, fundamentalmente, a las características personales del delincuente, casi no menciona la conducta realizada. Se apoya en el estudio de personalidad. Equipara la temibilidad a la culpabilidad.

CASOS

CASO 6

Delito. Abuso sexual (diversos)

Punibilidad. Artículos 260, párrafo primero por el abuso sexual y segundo por la calificativa y 64 del (curso real) del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Estudio de personalidad. 23 años, soltero, católico, bisexual, con antecedentes criminológicos por conductas para y antisociales como la adicción al tabaco y al alcohol, coeficiente intelectual inferior al término medio, inseguro, dependiente de otras personas para tomar decisiones, farmacodependiente, bajo control de impulsos y adaptabilidad social baja. Proviene de un núcleo familiar completo, con baja capacidad de planeación y organización. Índice estado peligroso medio

Peligrosidad. (Culpabilidad). Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 8 meses 7 días de prisión por abuso sexual (diversos), la que debe incrementarse en 4 meses 3 días de prisión por haberse cometido con violencia física. Además deberá incrementarse la pena, teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, de acuerdo con el artículo 64 por haberse cometido el delito con violencia física en 4 meses 3 días de prisión. En total, 2 años 20 días de prisión.

Reparación del daño: se absuelve por no contarse con datos para su cuantificación.

Sustitución de sanciones: se niega porque el condenado ha tenido anteriores ingresos a prisión y fue condenado por robo, por lo que tienen tendencia a delinquir.

CASO 7

Delito. Robo simple

Punibilidad. Artículo 370 párrafo primero del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Estudio de personalidad. 38 años, soltero, católico, con instrucción secundaria, ocupación ayudante mecánico, no es adicto a ninguna droga o enervante. Proviene de un núcleo familiar primario, aparentemente íntegro, la figura paterna se percibe un tanto indiferente hacia él, su ambiente se percibe inseguro, esfera de personalidad apático, agresivo verbalmente, personalidad pasiva-agresiva, sus relaciones interpersonales son escasas, la introyección de normas y de valores es inadecuada, no aprende de la experiencia, con capacidad criminal media, adaptabilidad social baja y un índice de estado peligroso medio.

Peligrosidad. (Culpabilidad). Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 6 meses de prisión y 25 días multa que, a razón de \$14.27 por día, arroja un total de \$356.75. En caso de demostrar que es insolvente se le sustituye la multa por 25 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, que se llevarán a cabo en horario distintos al de su trabajo principal, sin que pueda exceder de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Reparación del daño: se absuelve por no contarse con datos para su cuantificación aunque se sabe que el pasivo sufrió un perjuicio económico.

Sustitución de sanciones: se niega porque el condenado ha tenido anteriores ingresos a prisión, aunque en uno de los procesos se le concedió el perdón.

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

**Número de sentencias revisadas: 3
Número de sentencias condenatorias: 3
Número de sentencias absolutorias: 0**

**Delitos imputados (Sentencias condenatorias):
lesiones calificadas: 1
robo calificado (diversos): 1
robo simple: 1**

CARACTERISTICAS DE LA INDIVIDUALIZACION

La pena se sigue determinando con las mismas reglas que antes de la reforma. El procedimiento y las circunstancias valoradas son las mismas, sólo que en vez de hablar de peligrosidad menciona a la culpabilidad.

Fundamentalmente se tiene en cuenta el estudio de personalidad, por lo que la determinación se hace en base a la peligrosidad.

Despierta interés el caso 10 en el que se menciona que el sujeto es reincidente, tiene una capacidad criminal alta, una adaptabilidad social baja y un índice de estado peligroso alto y se decide que la culpabilidad es entre la mínima y la media. No se entiende qué es lo que tomó en cuenta el juez para fijar ese grado de culpabilidad ya que ninguno de los datos mencionados permite graduar la reprochabilidad. Por otra parte, si el juez hubiera querido referirse a la peligrosidad, las constancias registradas no permiten graduarla entre la mínima y la media.

CASOS

CASO 8

Delito. Robo calificado (diversos)

Punibilidad. Artículos 370 párrafo primero y 381 párrafo inicial (calificante *partes de vehículos estacionados en la vía pública*) del Código Penal.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. 31 años, vive en unión libre, católico, con instrucción 5° grado de primaria, dedicada a labores del hogar, que se ayuda vendiendo pizzas, no es adicta a ninguna droga o enervante ni ingiere bebidas embriagantes. Coeficiente intelectual inferior al término medio, con personalidad antisocial, con rasgos impulsivos y toximanía disfuncional, rebelde, apática y ambivalente ante las normas, con capacidad criminal media, adaptabilidad social baja y estado peligroso alto.

Culpabilidad. equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Por el robo 6 meses 2 días de prisión y 25 días multa que, a razón de \$14.27por día, arroja un total de \$356.75. En caso de demostrar que es insolvente se le sustituye la multa por 25 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, que se llevarán a cabo en horario distintos al de su trabajo principal, sin que pueda exceder de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Por la calificativa 1 año 3 meses 2 días de prisión.

Total: 2 años 3 meses 6 días de prisión y 50 días multa, equivalente a \$713.50 o, en su defecto, 50 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: restitución de la bolsa de mano marca *Taurus* así como de los objetos que se encontraban en el interior de ella. Se absuelve del pago del robo del autoestereo por no obrar en la causa base legal para cuantificar su monto.

Sustitución de sanciones: se sustituye por semilibertad, que consiste en externación durante la semana laboral o educativa con reclusión de fin de semana. La duración no podrá exceder el término de la prisión sustituida.

CASO 9

Delito. Robo simple

Punibilidad. Artículo 370 párrafo primero del Código Penal.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. 23 años, soltero, católico, con instrucción primer año de preparatoria, ocupación agente de ventas, no es adicto a ninguna droga o enervante pero sí es afecto al alcohol, que consume cigarrillos de tabaco comercial. Es la primera vez que es detenido. No tiene diversión favorita. No tiene ingresos anteriores a prisión. El sujeto se mostró nervioso e inseguro, reside en una zona criminógena, presenta indiferencia afectiva, no es reincidente y proclive a la delincuencia, en su intimidad es egocéntrico, en el área laboral es semiestable y poco productivo, es heterosexual, posee una capacidad criminal media, adaptabilidad social baja y su índice de estado peligroso es medio.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Por el robo 6 meses 2 días de prisión y 25 días multa que, a razón de \$18.307por día, arroja un total de \$457.50. En caso de demostrar que es insolvente se le sustituye la multa por 25 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, que se llevarán a cabo en horario distintos al de su trabajo principal, sin que pueda exceder de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Reparación del daño: restitución de las cosas sustraídas, que se tiene ya por satisfecha.

Sustitución de sanciones: se sustituye por 72 jornadas de trabajo en favor de la comunidad (pena impuesta 182 días, ya cumplidos 110, pendientes 72).

CASO 10

Delito. Lesiones calificadas

Punibilidad. Artículos 289 parte primera y 298 (por lo que respecta a la ventaja) del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Estudio de personalidad. 26 años, soltero, católico, con instrucción 6° de primaria, ocupación mecánico, que es la segunda vez que se encuentra detenido, no es adicto a ninguna droga o enervante, esporádicamente ingiere alcohol y fuma cigarrillos de tabaco comercial, su diversión favorita es el futbol. Tiene varios ingresos anteriores. En el estudio de personalidad se observó inmadurez y prepotencia, egocentrismo en su conducta, transgrede normas y valores, es intimidable y se le considera nocivo social, laboralmente inestable se presume proclive al delito; posee una capacidad criminal alta, una adaptabilidad social baja y un índice de estado peligroso alto.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Por las lesiones 15 días multa, equivalentes a \$274.50 (\$18.30 por día). En caso de demostrar que es insolvente se le sustituye la multa por 15 jornadas de trabajo en favor de la comunidad, que se llevarán a cabo en horario distintos al de su trabajo principal, sin que pueda exceder de 3 horas diarias 3 veces a la semana.

Por la calificativa *ventaja* debe incrementársele 5 días multa, equivalente a \$91.50.

Total, 20 días multa, equivalente a \$366.00 o, en caso de insolvencia, 20 días de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se absuelve porque en la causa no existe base legal para cuantificar el monto.

JUZGADO "C"

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

Número de sentencias revisadas: 1
Número de sentencias condenatorias: 1
Número de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados (Sentencias condenatorias):

encubrimiento: 1
robo agravado: 1

CARACTERISTICAS DE LA INDIVIDUALIZACION

Se hace una descripción de los hechos y de las características personales del delincuente, de ello se infiere el grado de *culpabilidad y peligrosidad*. Es evidente que no hay un concepto claro de cada uno de esos conceptos ni una reflexión sobre sus alcances.

CASOS

CASO 11

Delito. Robo agravado (dependiente contra patrón) y encubrimiento Punibilidad. Artículos 370 párrafo primero, 381 y 400 párrafo inicial del Código Penal.

Bien jurídico lesionado. Patrimonio y administración de justicia. Antecedentes penales. no tienen.

Características personales. Autor del robo: 22 años, soltero, católico, con instrucción primer año de secundaria, empleado, no es afecto a ninguna droga o enervante ni a bebidas embriagantes, esporádicamente fuma cigarrillos de tabaco comercial, su diversión favorita es el futbol. **Motivo que**

lo llevó a delinquir fue la codicia con ánimo de apropiación, ya que contaba con ingresos para su subsistencia.

Autor del encubrimiento: tiene 18 años, soltero, instrucción segundo año de preparatoria, ocupación estudiante y empleado, esporádicamente es afecto a las bebidas embriagantes y al tabaco de marca comercial pero no a las drogas ni enervantes, sus diversiones favoritas son la lucha libre y el futbol. **Los motivos que lo impulsaron a delinquir** fue la codicia con ánimo de lucro al recibir el producto de la ejecución de un delito anterior para venderlo. **CULPABILIDAD Y Peligrosidad.** ligeramente superior a la mínima.

Punición. Autor del robo: 4 meses de prisión y 15 días multa por el robo.

Por la agravante de dependiente contra patrón, 1 año de prisión

Total: 1 año 4 meses de prisión y multa de 15 días, que a razón de \$18.30 por día equivalen a \$274.50. En caso de insolvencia la multa será sustituida por 12 días de trabajo en favor de la comunidad.

Autor del encubrimiento: 5 meses de prisión y 20 días multa que, a razón de \$18.30, equivalen a \$366.00. En caso de insolvencia la multa será sustituida por 20 días de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: deben restituir lo robado o pagar la cantidad de \$1,010.00 en que se valuó la mercancía.

Sustitución de sanciones. Autor del robo: por multa de \$2,000.00.

Autor del encubrimiento: por multa de \$ 600.00.

Sentencias absolutorias:

lesiones culposas: 1
homicidio culposo: 1
portación de arma prohibida: 1
robo: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

En todos lo casos se identifica, en primer lugar la punibilidad aplicable.

En segundo término, se hace referencia al autor o autores del delito. Su edad, filiación, ingresos...

Se exponen los resultados del estudio de personalidad.

Se caracteriza al delito cometido, medios empleados y riesgos corridos.

En algunos casos, los menos, se menciona la extensión y gravedad del daño ocasionado.

Por último, se gradúa la peligrosidad.

Después de todo lo anterior se establece la sanción aplicable.

CASOS

CASO 12

Delito. Robo calificado con violencia moral.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el salario.

Violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media, índice de estado peligroso medio, pronóstico intra institucional favorable, extra institucional favorable.

Características del delito. Doloso en contra del patrimonio de las personas. El riesgo corrido fue mínimo ya que el pasivo se encontraba solo y desarmado.

Medios. Apoderamiento y violencia moral.

Peligrosidad. Mínima.

Punición. Robo: 4 años de prisión y multa de 180 días de salario mínimo.

robo con violencia 6 meses.

total: 4 años 6 meses de prisión y multa de N\$ 2,568.60. La se sustituye en caso de insolvencia económica por 180 días de trabajo en favor de la comunidad.

**multa
de**

Reparación del daño: se da por satisfecho por haberse el vehículo robado.

recuperado

Sustitución de sanciones: se sustituye la prisión por en libertad.

tratamiento

CASO 13

Delito. Homicidio culposo.

Punibilidad. 3 días a 5 años de prisión y suspensión de hasta 2 años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión

u oficio.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal baja, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso bajo.

Características del delito. Conducta culposa, en contra de la vida de las personas. El medio empleado fue un arma de fuego. No se corrió riesgo.

Extensión del daño causado. Grave, pues se privó de la vida a una persona.

Gravedad de la imprudencia. Media.

Peligrosidad. Media

Punición. 2 años 6 meses de prisión.

Reparación del daño: se absuelve por no existir elementos para su cuantificación.

exhibir
CASO 14

Sustitución de sanciones: condena condicional, debe garantía por N\$ 5,000.00.

Delito. Homicidio imprudencial.

Punibilidad. 3 días a 5 años de prisión y suspensión de hasta 2 años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal medio baja, adaptabilidad social medio baja, índice de estado peligroso bajo,.

Características del delito. Culposo en contra de la vida de las personas, el medio fue conducir un vehículo en exceso de velocidad, no existieron riesgos corridos.

Gravedad de la imprudencia. Media.

Peligrosidad. Media.

Punición. 2 años 6 meses de prisión.

para su
exhibir

Reparación del daño: se absuelve por no existir elementos cuantificación.

Sustitución de sanciones: condena condicional, debe garantía por N\$ 5,000.00.

CASO 15

Delito. Homicidio intencional simple.

Punibilidad. 8 a 20 años de prisión.

Antecedentes penales. Tiene, es reincidente.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alto.

Características del delito. La naturaleza de la acción es dolosa, el medio empleado fue un cuchillo. Existieron riesgos pero fueron mínimos.

Extensión del daño causado. Grave, ya que se privó de la vida.

Peligrosidad. Ligeramente superior a la mínima.

Punición. 9 años de prisión.

Reparación del daño: se absuelve por no existir elementos suficientes para su cuantificación.

CASO 16

Delito. Robo calificado en casa habitación.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el

salario.
casa habitación: 3 días a 10 años de prisión.

Antecedentes penales. Sí tiene, es delincuente genérico.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alto.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios utilizados fueron el apoderamiento. No se corrió riesgo.

Peligrosidad. Media.

Punición. Robo: 7 años de prisión y multa de 340 días de salario mínimo.

casa habitación: 5 años 1 días de prisión.

multa se
trabajo
total: 12 años 1 día de prisión y multa de N\$ 4,532.20. La puede sustituir en caso de insolvencia por 340 jornadas de en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se tiene por satisfecha por haberse recuperado los objetos robados.

CASO 17

Delito. Abuso sexual.

Punibilidad. 6 meses a 3 años de prisión o tratamiento en libertad o semi libertad por el mismo tiempo.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media baja, adaptabilidad social alta, índice de estado peligroso bajo.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su libertad sexual y en su sano desarrollo psíquico sexual. Los medios

empleados fueron el tocamiento con las manos en los órganos sexuales de la ofendida. Los riesgos corridos fueron mínimos.

Peligrosidad. Media.

Punición. 1 año 9 meses de prisión.

su **Reparación del daño: se absuelve por no existir bases para cuantificación.**

exhibir **Sustitución de sanciones: condena condicional, debe garantizar por N\$ 2,000.00.**

CASO 18

Delito. Robo calificado con violencia moral.

el **Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces salario.**

violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

Antecedentes penales. Coautor 1: sí tiene, es reincidente específico.

Coautor 2: no tiene.

Estudio de personalidad. Coautor 1: capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio.

Coautor 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio bajo.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios utilizados fueron el apoderamiento. El riesgo corrido fue mínimo.

Peligrosidad. Coautor 1: equidistante entre la mínima y la media.

Coautor 2: equidistante entre la mínima y la media.

y **Punición. Igual para ambos coautores: robo: 5 años 6 meses de prisión multa de 260 días de salario mínimo.**

violencia moral: 1 año 7 meses 15 días de prisión.

total: 7 años 1 mes 15 días de prisión y multa de \$3,458,000.00. La multa es sustituible en caso

de **insolvencia económica por 260 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.**

CASO 19

Delito. Tentativa de robo calificado con violencia moral.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el

salario.
violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

multa de
tentativa: robo: 2 años 8 meses a 6 años 8 meses y
120 a 332 veces el salario.

violencia: 4 meses a 3 años 4 meses.

Antecedentes penales. Coautor 1: sí tiene, es reincidente.

Coautor 2: no tiene.

Estudio de personalidad. Coautor 1: capacidad criminal media alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio alto.

Coautor 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio.

Características del delito. La naturaleza de la acción es dolosa contra las personas en su patrimonio, los medios empleados fueron el intento de apoderamiento y la violencia moral. No existieron riesgos.

Peligrosidad. Coautor 1: media.

Coautor 2: media.

Punición. Igual para ambos coautores: robo: 2 años 4 meses de prisión y
multa de 226 días de salario.

violencia moral y tentativa: 1 año 10 meses de prisión.

total: 4 años 2 meses de prisión y multa N\$ 3,012.60.

La multa se sustituye en caso de insolvencia económica por 226 días de trabajo en favor de
la comunidad.

Reparación del daño: se absuelve por no haberse consumado el ilícito.

**Sustitución de sanciones: coautor 1: no le corresponde porque tiene antecedentes.
Coautor 2: se sustituye la prisión por tratamiento en semi libertad.**

CASO 20

Delito. Robo calificado con violencia moral.

**Punibilidad. Robo: 2 a 4 años de prisión y multa de 100 hasta 180 veces el salario.
violencia: 6 meses a 5 años de prisión.**

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios empleados fueron el apoderamiento y la violencia moral. Los riesgos corridos fueron mínimos.

Peligrosidad. Mínima.

**Punición. Robo: 2 años de prisión y multa de 100 veces el salario neto.
violencia moral: 6 meses de prisión.**

**total: 2 años 6 meses de prisión y multa de \$ 2,857,000.00.
La multa podrá sustituirse en caso de insolvencia por 100 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.**

Reparación del daño: se da por satisfecha por haberse recuperado el dinero en efectivo.

Sustitución de sanciones: condena condicional, debe exhibir N\$5,000.00.

CASO 21

Delito. Homicidio calificado y robo simple.

Punibilidad. Homicidio calificado: 20 a 50 años de prisión.

robo: 3 días a 2 años de prisión y multa de hasta 100 veces el salario.

Antecedentes penales. Sujeto 1 (autor del homicidio y del robo) no tiene.

Sujeto 2 (homicidio y robo) no tiene.

Sujeto 3 (robo) no tiene

Estudio de personalidad. Sujeto 1: capacidad criminal alta, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso alto. Conocía a la víctima.

Sujeto 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio.

Sujeto 3: capacidad criminal media, índice de estado peligroso medio, adaptabilidad social baja.

Características del delito. Sujetos 1 y 2: delitos dolosos, en contra de las personas en su integridad física y en su patrimonio, los medios empleados fue el disparo de un arma de fuego y el apoderamiento. No existieron riesgos.

Sujeto 3: doloso en contra de las personas en su patrimonio, el medio fue el apoderamiento. No corrió riesgo.

Extensión del daño causado. Sujetos 1 y 2: grave ya que se privó de la vida y se afectó el patrimonio.

Sujeto 3: afectó al patrimonio.

Peligrosidad. Sujetos 1, 2 y 3: equidistante entre la mínima y la media.

Punibilidad. Sujetos 1 y 2: homicidio calificado: 27 años 6 meses de prisión.

Sujeto 3: 6 meses de prisión y multa de 25 días de salario mínimo. La prisión se da por compurgada. La multa puede sustituirse en caso de insolvencia por 25 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

la Reparación del daño: sujetos 1 y 2: se los absuelve de reparación del daño del homicidio por no haber bases para su cuantificación.

Sujetos 1, 2 y 3: se lo condena a reparar el daño del robo dándose por satisfecho en cuanto a los objetos recuperados, pero en cuanto a los que no se logró recuperar pagarán \$40,000.00.

Observaciones: en el homicidio no se diferencia autor y cómplice.

CASO 22

Delito. Homicidio calificado y lesiones calificadas.

Punibilidad. Homicidio 20 a 50 años de prisión

lesiones 3 a 6 años de prisión que se puede aumentar en

1/3

curso ideal.

Antecedentes penales. Sujeto 1: no tiene

Sujeto 2: no tiene.

Estudio de personalidad. Sujeto 1: capacidad criminal baja, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso bajo.

Sujeto 2: capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alta.

Características del delito. Dolosos en contra de las personas en su vida e integridad física. Los riesgos corridos fueron mínimos. La conducta es altamente peligrosa y grave ya que se privó de la vida a una persona y se lesionó a otras tres. Los medios empleados fueron las armas de fuego y los disparos realizados por éstas.

Peligrosidad. Ambos: equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Homicidio 27 años 6 meses de prisión. (lesiones no les ponen)

Reparación del daño se absuelve por no haber bases para la cuantificación.

Observaciones: no se identifica al autor material del homicidio.

CASO 23

Delito. Lesiones calificadas en pandilla.

**Punibilidad. Lesiones 2 a 5 años de prisión y multa de 100 a 300 pesos.
pandilla: hasta una mitad más, o sea 3 años a 7 años 6 meses para este caso.**

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal baja, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso bajo.

Características del delito. Doloso contra la vida y la integridad corporal, el medio empleado fue una botella de cerveza conjuntamente con otros sujetos que con patadas y con manos lo golpearon. El riesgo corrido fue mínimo.

Peligrosidad. Equidistante entre la mínima y la media.

**Punición. Lesiones 2 años 7 meses de prisión y multa de \$ 200.00
pandilla: 1 año de prisión.**

total: 3 años 7 meses de prisión y multa de \$ 200.00

Sustitución de sanciones: tratamiento en libertad.

Reparación del daño: se absuelve por no haber elementos para su cuantificación.

CASO 24

Delito. Robo calificado con violencia física y lesiones calificadas con ventaja.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el salario. violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

lesiones: 2 a 5 años de prisión y multa de \$100.00 a \$300.00.

lesiones con ventaja: se aumenta en 1/3 2 años 8 meses a 6 años 8 meses.

Antecedentes penales. No tiene (detenido por robo pero absuelto)

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media alta, índice de estado peligroso medio alto, adaptabilidad social baja. Con pronóstico intra institucional reservado y extra institucional también reservado.

Características del delito. Dolosos, uno contra la integridad física y el otro contra el patrimonio de las personas.. Medios empleados fueron la

violencia física. Los riesgos corridos fueron mínimos ya que se encontraba armado.

Extensión del daño causado. Grave ya que afectó la salud y el patrimonio del ofendido.

Peligrosidad. Media.

Punición. Lesiones: 3 años 6 meses y multa de \$ 200.00

ventaja: 1 año 9 meses de prisión

total: 5 años 3 meses de prisión y multa de \$ 200.00

robo: 7 años de prisión y multa de 340 días de salario mínimo.

violencia: 2 años 9 meses de prisión.

total: 9 años 9 meses de prisión y multa de \$4,522,000.00

Total absoluto: 15 años de prisión y multa de

\$4,522,200.00. La multa puede ser sustituida en caso de insolvencia por 340 jornadas de trabajo en favor de comunidad.

la

Reparación del daño: robo calificado \$100,000.00. Se da por satisfecho lo relativo al vehículo y demás objetos recuperados.

lesiones calificadas: se absuelve por no haber bases para su cuantificación.

CASO 25

Delito. Lesiones calificadas con ventaja.

Punibilidad. Lesiones: 3 a 6 años de prisión

ventaja: se aumenta 1/3. En este caso de 4 a 8 años de prisión.

Antecedentes penales. No tiene (dos procesos sin sentencia).

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio.

Características del delito. Doloso en contra de la salud de las personas.

Sí hubo riesgos ya que empezó con una riña. Los medios empleados fue el arma que utilizó.

Peligrosidad. Mínima.

Punición. Lesiones 3 años de prisión
 ventaja 1 año de prisión
 total 4 años de prisión
 Sustitución de sanciones: tratamiento en libertad.
 Reparación del daño: se absuelve porque no existen bases
 para su cuantificación.

CASO 26

Delito. Homicidio calificado con ventaja y en contra de agentes de la autoridad.

Lesiones calificadas con ventaja.

Punibilidad. Homicidio calificado ventaja 20 a 50 años de prisión
 contra agentes de la autoridad 3 días a 3 años de prisión.
 lesiones: 3 a 6 años de prisión.
 ventaja: se aumenta 1/3, 4 a 8 años de prisión (concurso
 ideal).

Antecedentes penales. Sí tiene, es reincidente (dos robos).

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media alta, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso alto. Pronóstico intra institucional reservado y extra institucional también reservado.

Características del delito. Dolosos y en contra de las personas en su integridad física, los medios empleados fueron la violencia física y el arma de fuego. Los riesgos corridos fueron mínimos. Los motivos que lo llevaron a delinquir fue evitar que lo detuvieran.

Extensión del daño causado. Se privó de la vida y se causaron lesiones que pusieron en peligro la vida.

Peligrosidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Homicidio con ventaja: 27 años 6 meses de prisión. (no se aplica la calificativa "contra la autoridad" ya que el homicidio calificado tiene sanción especial)
 lesiones: 3 años 9 meses de prisión.
 ventaja: 1 año 3 meses de prisión
 contra la autoridad: 9 meses.
 total: 33 años 3 meses de prisión.

Reparación del daño: se absuelve por no haber elementos para su cuantificación.

CASO 27

Delito. Robo calificado con violencia moral, lugar cerrado y en pandilla.

Punibilidad. Robo: 2 a 4 años de prisión y multa de 100 hasta 180 veces el salario.

violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

lugar cerrado: hasta 5 años de prisión además de las otras sanciones.

pandilla: hasta 1/2 más de las penas que corresponden.

Antecedentes penales. Sujeto 1: no tiene.

Sujeto 2: sí tiene, reincidente (portación de arma prohibida y robo)

Sujeto 3: no tiene.

Estudio de personalidad. Sujeto 1: capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio.

Sujeto 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alto.

Sujeto 3: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios fueron el apoderamiento, con violencia y en pandilla, los riesgos corridos fueron mínimos.

Peligrosidad. Los tres tienen una peligrosidad equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Para los tres: robo: 5 años 6 meses de prisión y multa de 170 veces el salario.

violencia moral: 1 año 4 meses 15 días

lugar cerrado: 1 año 3 meses
pandilla: 2 años 9 meses de prisión.
total: 10 años 10 meses 15 días de prisión y
multa de: sujeto 1: \$2,160,000.00
Sujeto 2: \$1,340,000.00
Sujeto 3: \$2,000,000.00

**básico
meses**

**Sujeto 2: por reincidente se le aumenta la pena del delito
de robo en 2/3 lo que una pena de 3 años 8
de prisión.**

**Total: 14 años 6 meses y 15 días de prisión y multa
de \$1,340,000.00.**

**Para los tres: la multa se sustituye en caso de insolvencia
por 75 días de trabajo en favor de la comunidad.**

**Reparación del daño: se absuelve porque el dictamen no
reúne los requisitos legales.**

CASO 28

Delito. Tentativa de violación equiparada calificada y abuso sexual.

Punibilidad. Violación equiparada: 8 a 14 años de prisión.

**calificada violencia física: se aumenta 1/2: 12 a 21 años de
prisión.**

tentativa: 2/3 de la que corresponda 8 a 14 años.

abuso sexual: 3 meses a 2 años de prisión.

Concurso real.

Antecedentes penales. No tiene.

**Estudio de personalidad. Capacidad criminal media, adaptabilidad
social media, índice de estado peligroso medio.**

**Características del delito. Dolosos en contra de la seguridad y libertad
sexual de las personas, los medios empleados la violencia física, los riesgos
corridos fueron mínimos.**

Peligrosidad. Equidistante entre la mínima y la media.

**Punición. Tentativa de violación equiparada calificada: 9 años 6 meses
de prisión.**

Abuso sexual: no se le impone pena.
Reparación del daño: se absuelve por no haber bases para su cuantificación.

CASO 29

Delito. Abuso de confianza.

Punibilidad. 1 a 6 años de prisión y multa de 100 a 180 veces el salario.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media baja, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio bajo.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios empleados la disposición para sí de una cantidad de dinero. No corrió riesgos.

Peligrosidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 1 año 9 meses de prisión y multa de 70 días de salario mínimo. La multa, en caso de insolvencia, se sustituye por 70 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Sustitución de sanciones: condena condicional, previa garantía de \$2,000,000.00.

Reparación del daño: se condena por la cantidad de \$1,670,000.00 y se absuelve por la cantidad de \$800,000.00.

CASO 30

Delito. Robo y portación de arma prohibida.

Decisión. Absolución.

CASO 31

Delito. homicidio y lesiones.

Decisión. Absolución.

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

Número de sentencias revisadas: 9
Número de sentencias condenatorias: 9
Número de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:
Sentencias condenatorias

abuso de confianza 5
allanamiento de morada 1
daño en propiedad ajena 1
fraude 1
homicidio calificado con ventaja 1
lesiones 1
privación ilegal de la libertad 1
robo calificado con violencia moral y pandilla 1
robo calificado violencia moral, lugar cerrado, pandilla 2
tentativa de robo calificado con violencia física y en pandilla 1
usurpación de profesión 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

Se identifica, en primer lugar la punibilidad aplicable.

Después se menciona la edad, la filiación, los ingresos mensuales, los antecedentes penales de los sentenciados y el resultado del estudio de personalidad. En ocasiones se describen las características del delito.

En segundo lugar se hace referencia a cada uno de los incisos del artículo 52 del Código Penal: magnitud del daño causado, naturaleza de la acción, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, intervención del sujeto, edad, educación...motivos que lo llevaron a delinquir, comportamiento posterior del sujeto y condiciones especiales.

Por último, se gradúa la culpabilidad en función de los parámetros mencionados.

CASOS

CASO 32

Delito. Robo calificado con violencia física y moral, en lugar cerrado y en pandilla.

Punibilidad. Robo 2 a 4 años de prisión y multa de 100 hasta 180 veces el salario.

violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

lugar cerrado: hasta 5 años de prisión.

pandilla: hasta 1/2 más de la pena que corresponda.

Antecedentes penales. Sujeto 1: no tiene

Sujeto 2: segunda vez que se encuentra detenido, reincidente.

Estudio de personalidad. Sujeto 1: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio.

Sujeto 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio.

Magnitud del daño causado.: actuar los activos, conjuntamente con otros sujetos (prófugos), apoderándose de cosas ajenas muebles sin derecho y sin consentimiento de la persona que podía darlo.

Naturaleza de la acción. Dolosa. El medio empleado fue el actuar conjuntamente con otros sujetos con quienes estaban reunidos transitoriamente. Actuaron dentro de las instalaciones de una empresa.

Circunstancias de tiempo, modo y ocasión. Los hechos ocurrieron a las 7:30 horas. Amenazaron a los custodios, los ataron, los golpearon y encerraron. Los custodios logran desatarse y capturar a los sentenciados.

Intervención de los sujetos. Actuaron conjuntamente, a través de la violencia física y moral y en pandilla.

Edad, educación... y motivos: Obtener dinero fácilmente.

Comportamiento posterior. Aceptaron los hechos que se les imputaron.

Condiciones especiales. Esperaron que entraran los custodios de la mañana que iban a relevar a los nocturnos.

Culpabilidad. Ambos sujetos: equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Ambos sujetos: robo, 2 años, 6 meses de prisión y 120 días de salario mínimo.

violencia física y moral: 1 año 7 meses 15 días de prisión.
lugar cerrado: 1 año 3 meses de prisión.
pandilla: 3 meses 22 días de prisión y multa de 15 días de salario mínimo.
total: 5 años 8 meses 7 días de prisión y multa de N\$3,061.45. La multa se sustituye en caso de insolvencia por 135 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.
Reparación del daño: se los condena a pagar mancomunadamente N\$5,650.00.

CASO 33

Delito. Fraude.

Punibilidad. 3 a 12 años de prisión y multa de hasta 120 veces el salario.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal, adaptabilidad social e índice de estado peligroso medio.

Magnitud del daño causado. Detrimento patrimonial en contra de una empresa a la que no le entregó la mercancía ni el dinero.

Naturaleza de la acción. Dolosa ("ya que el encausado tenía la capacidad de conocer y querer el delito que se le imputa"). El medio empleado fue vender mercancías por las cuales recibió un precio y no entregarlas.

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. El hecho ocurrió el 1 de julio de 1986...

Intervención del sujeto. Actuó por sí mismo sin tener ninguna calidad especial.

Edad, educación... motivo. El motivo fue obtener dinero fácil.

Comportamiento posterior. Negó conocer al querellante y dijo ignorar el convenio celebrado.

Condiciones especiales. No existe ninguna que pueda tener relevancia.

Culpabilidad. Ligeramente superior a la mínima.

Punición. 4 años de prisión y multa de 40 días de salario mínimo. La multa, en caso de insolvencia, se sustituye por 40 días de trabajo en favor de la comunidad.

de **Sustitución de sanciones:** condena condicional, previa garantía de N\$5,000.00.

Reparación del daño: N\$7,908.00.

CASO 34

Delito. Usurpación de profesión.

Punibilidad. 1 a 6 años de prisión y multa de 100 a 300 días.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal, adaptabilidad social e índice de estado peligroso medio.

Magnitud del daño causado. Grave, ya que el activo transgredió el orden jurídico al violar la fe pública en la autenticidad del carácter de profesionista y la seguridad de la eficiencia del servicio profesional, ya que impartió clases como maestra de lengua española sin serlo.

Naturaleza de la acción. Dolosa ("tenía la capacidad de conocer.."). El medio fue atribuirse el carácter de maestra de lengua sin tener título profesional.

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. "Se dieron aproximadamente desde... en que se atribuyó el carácter de maestra y empezó a dar clase".

Forma de intervención del sujeto. Atribuirse el carácter de profesionista sin serlo.

Edad, educación... motivo. El motivo fue obtener ingresos como profesionista sin serlo.

Comportamiento posterior. Señalar que había terminado sus estudios enseñando al M.P. una cédula profesional.

Condiciones especiales. Se establecieron en el momento en que la procesada se atribuyó el título de profesionista sin serlo.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 2 años 3 meses de prisión y multa de 150 días de salario mínimo. La multa se sustituye en caso de insolvencia por 150 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Sustitución de sanciones: por multa de N\$5,000.00

Reparación del daño: se absuelve porque no hay bases para su cuantificación.

CASO 35

Delito. Lesiones, allanamiento de morada y daño en propiedad ajena.

Punibilidad. Lesiones: 2 a 5 años de prisión.

allanamiento de morada: 1 mes a 2 años de prisión y multa de \$10.00 a \$100.00.

daño en propiedad ajena: no se identifica la punibilidad aplicable.

Concurso real.

Antecedentes penales. Las causa penales anteriores no causan ejecutoria por lo que se lo considera como primario.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal e índice de estado peligroso alto y adaptabilidad social media.

Magnitud del daño causado. Grave, se produjo una alteración en la salud del pasivo. Se lesionó el patrimonio de la víctima al romperle unos anteojos y un aparato auditivo electrónico y se introdujo sin ningún permiso en un domicilio.

Naturaleza de la acción. Dolosa ("capacidad..."), el medio empleado fue la violencia física al empujar al pasivo al zaguán de su casa, golpearlo y romperle pertenencias.

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Los hechos ocurrieron el.... a las 11:00 horas adentro del domicilio del pasivo....

Forma de intervención del sujeto. El encausado actuó en compañía de otro sujeto (prófugo). No tiene ninguna calidad especial.

Edad, educación, motivo. El motivo que lo impulsó fue un estado de ira debido a un problema anterior que tuvo con el ofendido.

Comportamiento posterior. Negó la imputación que existe en su contra. Sin embargo acepta haber agredido con un tubo al ofendido para defenderse de una agresión anterior por parte del pasivo.

Condiciones especiales. No existen.

Culpabilidad. Media.

Punición. Lesiones: 3 años 6 meses de prisión y multa de 1 día de salario mínimo. La multa se sustituye, en caso de

de la **insolvencia, por 1 jornada de trabajo en favor
comunidad.**

**Se impone sólo esa pena por ser la del delito mayor y eso
está permitido en casos de concurso real.**

Sustitución de sanciones: tratamiento en libertad.

**Reparación del daño: daño en propiedad ajena: N\$910.00
allanamiento de morada: se absuelve por no existir
elementos para su cuantificación.**

**lesiones: se absuelve porque no se ratificaron
las constancias en presencia judicial.**

CASO 36

Delito. Tentativa de robo calificado con violencia física y en pandilla.

**Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 hasta 500
veces el salario.**

violencia física: 6 meses a 5 años de prisión.

pandilla: 1/2 de la pena que corresponda.

**tentativa: 2/3 de la pena: 4 años 6 meses a 15 años de
prisión y multa de 120 a 332 días de salario⁴²³.**

Antecedentes penales. Sujeto 1: no tiene.

Sujeto 2: no tiene.

Sujeto 3: no tiene.

Estudio de personalidad. No se menciona.

**Características del delito. Doloso, los medios empleados fueron la
realización de actos ejecutivos tendientes a lograr el apoderamiento de un
vehículo con violencia.**

**Magnitud del daño. Fue el deterioro que pudo haber sufrido el pasivo
de hasta N\$15,000.00.**

**Naturaleza de la acción. Dolosa y el medio utilizado fueron los actos
tendientes a lograr el apoderamiento de cosa ajena.**

⁴²³ El cálculo de la punibilidad correspondiente a la tentativa es mío, el juzgador, como se verá, lo hace de otro modo. Lo correcto es obtener la punibilidad total del delito y calcular la de la tentativa, en cambio, el juez calcula la punición de la tentativa de robo y a ella le agrega las agravantes.

Circunstancias de lugar, modo, tiempo y ocasión. A las 3:20 horas de la mañana, en la colonia...

Formas de intervención de los sujetos. No existe calidad específica en el pasivo.

Edad, educación, motivo. La ilustración de los tres se puede considerar mínima, sólo uno de ellos tiene instrucción preparatoria. Condiciones sociales y económicas bajas

Comportamiento posterior. Se presume bueno, ya que en el tiempo que han estado en el reclusorio no hay constancia de mala conducta.

Condiciones especiales. No existen.

Culpabilidad. Todos los sujetos: media.

Punición. Tentativa de robo: 2 años 4 meses de prisión y multa de 226 días de salario mínimo.

Violencia física: 11 meses de prisión.

pandilla: 7 meses de prisión y multa de N\$807.18.

total: 3 años 10 meses y multa de N\$4,035.91. En caso de insolvencia la multa se sustituye por 282 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Sustitución de sanciones: por condena condicional previa exhibición de caución por N\$5,000.00.

Reparación del daño: se da por satisfecha en virtud de que el ofendido no fue desahogado del vehículo.

CASO 37

Delito. Homicidio calificado con ventaja.

Punibilidad. 20 a 50 años de prisión.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal e índice peligroso medio, adaptabilidad social baja.

Magnitud del daño causado. Grave, ya que se privó de la vida a una persona de manera intencional.

Naturaleza de la acción. Dolosa ("capacidad...")

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Los hechos ocurrieron el... a las 1:30 horas..

Forma de intervención del sujeto. actuó acompañado de otros sujetos, pero el M.P. lo ubica como autor material, por lo que para este efecto se tendrá al activo en tal calidad.

edad, educación, motivo. La ira que le provocó que anteriormente le había producido que le fueran a reclamar el porqué había golpeado a un menor, no encontrándose el occiso entre ellos, buscando a una persona que pagara por ello.

Comportamiento posterior. Negarse a proporcionar información a los policías que lo sorprendieron en el momento de aventar al pasivo.

Condiciones especiales. El encausado aprovechó la circunstancias de que iba armado con un verduguillo, plenamente consciente de su superioridad.

Iba acompañado por otros, era de madrugada por lo que nadie lo podría denunciar.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 27 años 6 meses de prisión.

Reparación del daño. se absuelve por no existir elementos para su cuantificación.

CASO 38

Delito. Robo calificado con violencia moral y pandilla.

Punibilidad. Hasta 2 años de prisión y multa de hasta 100 veces el salario.

violencia moral: 6 meses a 5 años de prisión.

pandilla: hasta 1/2 más de la pena que corresponde. En este caso de 1 año a 10 años 6 meses de prisión y multa de hasta 150 veces el salario.

Antecedentes penales. Reincidente.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal y adaptabilidad social baja e índice de estado peligroso medio.

Magnitud del daño causado. Actuar conjuntamente con otros dos sujetos, apoderándose de cosas ajenas muebles.

Naturaleza de la acción. Dolosa ("tenía la capacidad..."), el medio empleado fue el actuar conjuntamente con otros dos sujetos, y estar reunidos en forma ocasional, sin estar organizados con fines delictuosos, así como traer armas (pistolas y navajas) con las que amedrentaron a sus víctimas.

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Aproximadamente a las 22:12 horas.....

Forma de intervención del sujeto. Actuó el encausado conjuntamente con otros sujetos, en pandilla. Sin ninguna calidad especial.

Edad, educación, motivos. Los motivos fue el de obtener dinero fácilmente.

Comportamiento posterior. Negó los hechos y negó conocer a los otros dos sentenciados.

Circunstancias especiales. No existen.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Robo: 6 meses de prisión y multa de 25 días de salario mínimo.

violencia moral: 1 año 7 meses 15 días de prisión.

pandilla: 22 días de prisión y multa de 3 días de salario mínimo.

total: 2 años 2 meses 7 días de prisión y multa de

N\$427.56.

La multa se sustituye, en caso de insolvencia por 28

jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

sustitución de sanciones: se niega por contar el sentenciado con antecedentes penales.

Reparación del daño: debe pagar mancomunadamente con los otros dos ya sentenciados N\$ 700.00.

CASO 39

Delito. 5 delitos de abuso de confianza.

Punibilidad. 1 a 6 años de prisión y multa de 100 hasta 180 veces el salario.

Concurso real.

Antecedentes penales. Tiene por los delitos de ataque a las vías de comunicación y daño en propiedad ajena. Como no consta la fecha en que causó ejecutoria se lo considera delincuente primario.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal baja, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso bajo.

Características del delito. Doloso en contra de las personas en su patrimonio, los medios empleados fue disponer para sí mismo diversas cantidades de dinero de las cuales se le había transmitido la tenencia y no el dominio. No corrió riesgos. Existía relación de amistad con el pasivo.

Magnitud del daño causado. Fue por la cantidad de N\$42,200.00

Naturaleza de la acción. Dolosa ("tenía la capacidad..."), los riesgos (sic) empleados fueron la disposición de dinero en efectivo del cual se le había transmitido la tenencia y no el dominio.

Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. Ocurrió en la empresa Aerovías de México entre 1991 y 1992.

Forma de intervención del sujeto. Actuó por sí mismo en la calidad de sujeto activo.

Edad, educación... motivos. Los motivos que lo llevaron a delinquir fueron los de obtener dinero fácilmente.

Comportamiento posterior. Se negó a devolver el dinero recibido.

Condiciones especiales. No existen.

Culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 1 año 9 meses de prisión y multa de 120 días de salario mínimo. La multa se sustituye, en caso de insolvencia, por 120 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

No se aplica sanción por los demás delitos de abuso de confianza, en virtud de que se trata de sanciones de la misma especie.

Sustitución de sanciones: condena condicional, previa exhibición de una garantía de N\$5,000.00.

daño Reparación del daño: se lo condena a la reparación del de los cinco delitos de abuso de confianza, debiendo pagar N\$11,600.00, N\$5,800.00, N\$14,500.00, N\$5,800.00 y N\$4,500.00. En total: N\$42,200.

CASO 40

Delito. Robo calificado con violencia de vehículo estacionado en la vía pública y en pandilla. Privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el salario.

violencia: 6 meses a 5 años de prisión.

vehículo estacionado en la vía pública: 3 días a 10 años de prisión.

pandilla: 1/2 más de la pena que corresponda por el delito cometido.

privación ilegal de la libertad: 6 a 40 años de prisión y multa de 200 a 500 días multa.

Concurso real.

Antecedentes penales. Sujeto 1: no tiene

Sujeto 2: sí tiene. Reincidente.

Estudio de personalidad. Sujeto 1: capacidad criminal, índice de estado peligroso y adaptabilidad social media.

Sujeto 2: capacidad criminal e índice de estado peligroso medio, adaptabilidad social baja.

Magnitud del daño causado. Apoderamiento de cosas ajenas muebles, así como el haber tenido al pasivo privado de su libertad, atado sobre la cama, de pies y manos, amenazándolo con causarle un perjuicio al ofendido o a sus familiares.

Naturaleza de la acción. dolosa ("tenía la capacidad..."). Los medios empleados respecto al delito de robo fueron la violencia moral, consistente en amagar al pasivo con armas de fuego (ametralladora y pistolas), así como el apoderarse del automóvil del ofendido que estaba en la vía pública. Los encausados actuaron junto con otro sujeto con quien se encontraban reunidos transitoriamente.

Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Los hechos ocurrieron aproximadamente a las 20:00 horas en el cajero automático...

Forma de intervención de los sujetos. Actuaron conjuntamente con otro sujeto, utilizando como medio comisivo la violencia moral y en pandilla. Sin tener ninguna calidad especial ni los encausados ni la víctima.

Edad, educación... motivos. El motivo fue obtener dinero fácilmente.

Comportamiento posterior. Sujeto 1: aceptó en parte el hecho que se le imputaba, queriendo agregar circunstancias que lo favorecieran

Sujeto 2: negó su participación en los eventos delictuosos.

Condiciones especiales. Se establecieron en el momento en que los activos se dan cuenta que el pasivo se encontraba solo y ellos en grupo, circunstancias que aprovechan para desapoderarlo de sus bienes muebles y privarlo de su libertad.

Culpabilidad. Sujeto 1: ligeramente superior a la mínima.

Sujeto 2: equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Sujeto 1: 12 años de prisión y multa de 250 días de salario mínimo. La multa es sustituible, en caso de insolvencia, jornadas de trabajo en favor de la comunidad,

por 250
de
Sujeto 2: 14 años 6 meses de prisión y multa de 275 días salario mínimo. La multa es sustituible en caso de insolvencia por 275 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

delito
A ambos sujetos se les impone únicamente la pena del mayor.

Reparación del daño: por el delito de robo calificado por
daño por
existir
N\$46,480.00. Se los absuelve de la reparación del el delito de privación ilegal de la libertad por no bases para su cuantificación.

JUZGADO "E"

SENTENCIAS ANTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

Número de sentencias revisadas: 27

Número de sentencias condenatorias: 17

1 medida de seguridad

Número de sentencias absolutorias: 9

Delitos imputados (Sentencias condenatorias):

abuso sexual calificado: 1

asociación delictuosa: 1

daño en propiedad ajena doloso: 2

despojo: 1

fraude: 5

homicidio culposo: 1

lesiones dolosas: 1

pandilla: 1

robo: 1

robo con violencia: 3

tentativa de homicidio: 1

tentativa de robo calificado: 1

tentativa de violación: 1

Sentencias absolutorias:

abuso sexual: 1

asociación delictuosa: 1

daño en propiedad ajena doloso: 1

despojo: 1

fraude: 2

lesiones culposas: 1

lesiones dolosas: 1
robo: 4
robo calificado: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

En primer lugar se menciona el delito y el artículo que prevé la punibilidad.

Después el aspecto subjetivo, si es doloso o culposo.

El medio utilizado.

El peligro corrido por el bien o la magnitud de la lesión.

Lugar, fecha y hora en que ocurrieron los hechos.

Nombre, edad, sexo, domicilio del sentenciado. Su religión; si fuma o bebe, su ocupación, su salario, su hobby, si es la primera vez que es detenido o los motivos que lo impulsaron a delinquir.

A partir de los datos mencionados se hace referencia al grado de culpabilidad y temibilidad del autor, aunque no se especifica (y no queda claro) qué se entiende por una y otra.

CASOS

CASO 41

Delito. Tentativa de robo agravado.

Punibilidad. 3 días a 2 años por tentativa de robo.
hasta 5 años por lugar cerrado.

Extensión del peligro corrido por el bien. Mínima entidad.

Antecedentes penales. No tiene.

Motivos. Obtención de bienes sin el esfuerzo del trabajo.

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Mínima sin llegar a la media con tendencia a la segunda.

Punición. Robo en grado de tentativa 8 meses de prisión.

Calificativa de lugar cerrado: 9 meses de prisión.
Reparación del daño: N\$ 84.55.
Sustitución de sanciones: multa de N\$ 2,000.

CASO 42

Delito. Tentativa de violación.

Punibilidad. 5 años 4 meses a 9 años 4 meses.

Extensión del daño causado. Media entidad

Antecedentes penales. No tiene.

Grado de cupabilidad y temibilidad. Mínima.

Punición. 5 años 4 meses de prisión.

Se absuelve la reparación del daño por no existir elementos para cuantificarlo.

CASO 43

Delito. Fraude.

Punibilidad. 3 a 12 años de prisión y multa de hasta 120 veces el salario.

Extensión del daño causado. Grave.

Antecedentes penales. No tiene.

Grado de cupabilidad y temibilidad. Entre la mínima y la media.

Punición. 5 años 3 meses de prisión y multa de 33 días de salario mínimo.

Reparación del daño: restitución del "Hotel Villa del Marquez"

CASO 44

Delito. Robo calificado con violencia física y en pandilla..

Punibilidad. Robo, 2 a 4 años de prisión y multa de hasta 180 veces el salario.

violencia física, 6 meses a 5 años de prisión.

por pandilla, una mitad más de la pena que corresponde el delito cometido.

Extensión del daño causado. Entre la mínima y la media con tendencia a la primera.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de temibilidad y cupabilidad. Entre el mínimo y el medio con tendencia al primero.

Punición. Robo, 2 años 3 meses de prisión y multa de 110 veces el salario mínimo.

pandilla, 1 año, 1 mes y 15 días de prisión y multa de N\$ 784.85.

violencia física, 6 meses de prisión.

total, 3 años 10 meses y 15 días de prisión y multa de N\$2,354.55

Reparación del daño: N\$ 1,937.50.

Sustitución de sanciones por tratamiento en libertad.

CASO 45

Delito. Abuso sexual calificado.

Punibilidad. Abuso sexual, 3 meses a 2 años.

en violencia, mínimo y máximo de la pena se aumenta hasta una mitad.

Extensión del daño causado. Mínimo.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de cupabilidad y temibilidad. Entre el mínimo y el medio sin tendencia a ninguno de los dos.

Punición. Abuso sexual, 8 meses de prisión.

violencia, 4 meses de prisión.

total, 1 año.

Reparación del daño, se absuelve por no existir elementos que permitan la cuantificación.

Sustitución de sanción multa de N\$ 600.00

CASO 46

Delito. Robo calificado.

Punibilidad. Robo, 3 días a 2 años de prisión y multa hasta de 100 veces el salario.

violencia, 6 meses a 5 años de prisión.

Extensión del daño causado. Leve.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de cupabilidad y temibilidad. Entre el mínimo y el medio con tendencia al primero.

Punición. Robo, 3 meses de prisión y multa de 12 veces el salario mínimo.

violencia, 6 meses de prisión

total, 9 meses de prisión y multa de 12 veces el salario mínimo.

Reparación del daño, N\$ 12.00

Conmutación de sanción: multa de N\$ 500.00.

CASO 47

Delito. Diversas lesiones culposas en concurso ideal.

Punibilidad. Lesiones culposas, 3 días a 5 años de prisión.

concurso ideal, no se puede aplicar el artículo 64 por resolución de la Corte.

Extensión del daño causado. Media.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud de los injustos, grado de cupabilidad y temibilidad. Media.

Punición. 2 años 6 meses de prisión.

elementos Reparación del daño, se absuelve porque no hay para cuantificar.

Sustitución de sanción, multa de N\$ 1,000.00.

CASO 48

Delito. Fraude.

Punibilidad. 3 a 12 años de prisión y multa hasta de 120 veces el salario.

Extensión del daño causado. Media.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Entre el mínimo y el medio con tendencia al primero.

Punición. 3 años 6 meses de prisión y multa de 20 veces el salario mínimo.

Reparación del daño, N\$ 17,000.00.

Sustitución de sanciones, tratamiento en libertad.

CASO 49

Delito. Dos fraudes.

**Punibilidad. Fraudes, 6 meses a 3 años de prisión y multa de 10 a 100 veces el salario.
concurso real, hasta 6 años de prisión.**

Extensión del daño. Mínima entidad.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud de los injustos, grado de culpabilidad y temibilidad. Entre la mínima y la media con tendencia a la primera.

Punición. Fraude mayor, 4 años 1 mes 5 días de prisión y multa de 15 veces el salario mínimo.

Segundo fraude y concurso real, no se aplica porque se considera suficiente lo ya establecido, más sería contrario a la finalidad de la corrección social.

Reparación del daño, sólo para el fraude menor, N\$ 5,000.00 (el mayor ya se reparó)

Sustitución de sanciones, por trabajo en favor de la comunidad.

CASO 50

Delito. Fraude.

Punibilidad. 3 a 12 años de prisión y multa de 120 veces el salario.

Extensión del daño causado. Media.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Media.

Punición. 3 años 6 meses de prisión y multa de 130 veces el salario.

Reparación del daño, N\$ 6,000.00.

Sustitución de sanción, tratamiento en libertad.

CASO 51

Delito. Homicidio culposo.

Punibilidad. 3 días a 5 años.

Extensión del daño causado. Grave.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del ilícito. Media.

Grado de culpabilidad y temibilidad. Media.

Punición. 2 años 6 meses de prisión y suspensión de 1 año para ejercer el oficio de chofer.

Reparación del daño: se absuelve porque no hay elementos para su cuantificación.

Sustitución de sanciones: multa de N\$3,000.

CASO 52

Delito. Robo.

Punibilidad. Hasta 2 años de prisión y multa de hasta 100 veces el salario.

Pericial psiquiátrica. Requiere internamiento en hospital psiquiátrico.

Punición. Medida de seguridad por tratarse de inimputable.

Se ordena su internamiento en un Hospital Psiquiátrico para su tratamiento.

Se autoriza su entrega a quien legalmente corresponda hacerse cargo de ella, siempre que se obligue a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento.

Reparación del daño: satisfecha por haberse recuperado el objeto robado.

CASO 53

Delito. Tentativa de homicidio.

Punibilidad. 5 años 4 meses a 13 años 4 meses.

Peligro corrido por el bien. Grave.

Antecedentes penales. No tiene.

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Mínimo.

Punición. 5 años 4 meses de prisión.

Reparación del daño: se absuelve por no existir prueba del monto del mismo.

CASO 54

Delito. Lesiones.

Punibilidad. 3 días a 4 meses de prisión o de 10 a 30 días de multa.

Extensión del daño causado. Mínima entidad.

Antecedentes penales. 3 condenas anteriores por robo, robo calificado y tentativa de robo agravado.

Magnitud del injusto. Equidistante entre la mínima y la media.

Grado de culpabilidad y temibilidad. Entre la mínima y la media. Se hace a que el sujeto tiene ingresos anteriores y a que es afecto al solvente.

Punición. Lesiones: 1 mes de prisión. Se elige prisión por ser reincidente. (Le conviene porque ya llevaba 7 meses en prisión preventiva).

Reincidencia: 10 días en prisión.

Total: 40 días de prisión.

Reparación del daño: se absuelve porque no hay elementos.

CASO 55

Delito. Asociación delictuosa y robo calificado con violencia moral. 4 sentenciados.

Punibilidad. Robo: 4 a 10 años de prisión y multa de 180 a 500 veces el salario.

Violencia moral: 6 meses a 5 años de prisión.

Asociación delictuosa: 1 a 8 años de prisión y de 30 a 100 días de multa.

Magnitud del daño causado. Medio, por haberse recuperado el objeto.

Antecedentes penales. Ninguno de los cuatro tiene antecedentes.

Estudios clínicos criminológicos. Tres de los sentenciados presentan una capacidad criminal media, una adaptabilidad social baja y un índice de estado peligroso medio.

El cuarto presenta capacidad criminal alta, adaptabilidad social media y estado peligroso alto.

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Para todos es medio.

Punición. Para todos igual.

robo calificado porque al aplicar las reglas del concurso real, éste es el delito más grave: 7 años de prisión y multa de 340 veces el salario mínimo.

calificativa de violencia: 2 años 9 meses de prisión.

asociación delictuosa, siguiendo las reglas del concurso real: 4 años y multa de N\$773.50.

total: 13 años, 9 meses de prisión y multa de N\$4,819.50 para cada uno.

Reparación del daño: robo se da por satisfecho por haberse recuperado el objeto.
asociación delictuosa: se absuelve por no haberse determinado el daño causado.

CASO 56

Delito. Concurso ideal de daño en propiedad ajena y dos lesiones intencionales.

Punibilidad. Daño en propiedad ajena: 2 a 4 años de prisión y multa de hasta 180 veces el salario.

lesiones: cada una 3 días a 4 meses de prisión o multa de 10 a 30 días.

Extensión del daño causado. Entre la mínima y la media con tendencia a la primera.

Antecedentes penales. **No se menciona en la sentencia.**

Magnitud del injusto, grado de culpabilidad y temibilidad. Ligeramente superior al mínimo sin llegar al medio.

Punición. Daño en propiedad ajena, aplicando las reglas del concurso ideal: 2 años y 1 mes de prisión y multa de 105 veces el salario.

Lesiones: se decide no aumentar la pena ya que una pena mayor no tendría efecto para la readaptación social del sentenciado.

Total: 2 años 1 mes de prisión y multa de 105 veces el salario.

Reparación del daño: daño en propiedad ajena: N\$3,000.

Lesiones: se absuelve al no poder cuantificarse.

Sustitución de sanciones: por multa de N\$3,000.

CASO 57

Delito. Despojo.

Punibilidad. 3 meses a 5 años de prisión y multa de 50 a 500 pesos (hay un error en la sentencia donde se hace referencia a que el monto asciende a más de 500 veces el salario mínimo y esto no tiene nada que ver con la punibilidad prevista en el Código Penal).

Lesión del bien jurídico. Media.

Antecedentes penales. No se mencionan en la sentencia.

Motivo para delinquir. Obtener un lucro indebido con la posesión del inmueble.

Magnitud del injusto, grado de cupabilidad y temibilidad. Entre la mínima y la media con tendencia a la primera.

Punición. 9 meses de prisión y 1 día de multa conforme al artículo 3 transitorio fracción 1 de la reforma al Código Penal del 13 de enero de 1984.

No se sustituye la multa por trabajo en favor de la comunidad porque no se demostró la insolvencia del sentenciado.

Reparación del daño: 36,000,000 \$MN.

Sustitución de sanciones: por multa de 2,445,720 \$MN sustituyendo 1 día de prisión por uno de multa, con reducción de la prisión preventiva.

CASO 58

Delito. Homicidio calificado con ventaja.

Punibilidad. 20 a 50 años de prisión .

Naturaleza de la acción. Dolosa contra la vida.

Extensión del daño causado. Grave.

Medios. Empleo de puños y objetos (cepillo, reloj, cigarro)

Lesión del bien jurídico. No se menciona.

Antecedentes penales. No se mencionan en la sentencia.

Motivo para delinquir. El llanto de la menor (*le castraba oír su llanto*)

Magnitud del injusto, grado de cupabilidad y temibilidad. Entre la media y la máxima.

Punición. 42 años de prisión.

CASO 59

Delito. Fraude.

Decisión. Absolución.

CASO 60

**Delito. Robo.
Decisión. Absolución.**

CASO 61

**Delito. Lesiones imprudenciales.
Decisión. Absolución.**

CASO 62

**Delito. Abuso sexual.
Decisión. Absolución.**

CASO 63

**Delito. Robo.
Decisión. Absolución.**

CASO 64

**Delito. Robo y daño en propiedad ajena.
Decisión. Absolución.**

CASO 65

Delito. Despojo.

Decisión. Absolución.

CASO 66

Delito. Asociación delictuosa y tentativa de fraude.

Decisión. Absolución.

CASO 67

Delito. Robo y lesiones.

Decisión. Absolución.

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 3

No. de sentencias condenatorias: 3

No. de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:

despojo: 1

robo calificado -diversos- 1

violación equiparada: 1

tentativa de violación equiparada: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN:

Se incluye un apartado denominado *determinación de la pena*, dentro del cual se distinguen:

punibilidad: se establece la punibilidad aplicable. En los casos en que es necesario -penas proporcionales- se hace el cálculo respectivo.

magnitud del injusto: se menciona la extensión del daño causado, el medio para cometer el ilícito y se identifica el injusto -en realidad se precisa el tipo penal en el que encuadra la conducta-.

culpabilidad: se habla de las características personales del delincuente y se fija el grado de culpabilidad.

CASO 68

Delito. Despojo.

Punibilidad. 3 meses a 5 años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Magnitud del injusto.

Naturaleza de la acción. Dolosa contra la posesión del inmueble.

Se lesionó el bien jurídico.

Se considera justo **graduarle una pena ligeramente superior a la mínima sin llegar a la media.**

Grado de culpabilidad. El autor tienen 35 años de edad, viudo, católico, con instrucción vocacional, ocupación empleado, con un ingreso de 1,500 pesos mensuales, depende de él cuatro personas, no fuma cigarrillos de la marca comercial, ingiere bebidas alcohólicas ocasionalmente, es primodelincuente, no se encontraba ebrio en el momento de los hechos y entre el sujeto activo y el pasivo no existía nexo de conocimiento. **El grado de culpabilidad es superior a la mínima sin llegar a la media.**

Punición. 6 meses 15 días de prisión y un día multa, equivalente a \$13,33

Reparación del daño: restitución del inmueble.

Sustitución de sanciones: se sustituye la pena de prisión por multa. Tomado en cuenta que se lo condenó a 195 días de prisión, esa misma cantidad de días multa -considerando que el salario mínimo en el Distrito Federal vigente al momento del hecho era de \$13,33- implica un total de \$2,599.35 nuevos pesos.

CASO 69

Delito. Violación equiparada -debió decir calificada-y tentativa de violación equiparada.

Punibilidad. Violación equiparada 12 a 21 años de prisión (artículos 265, 266 y 266bis fracción II). **No menciona la punibilidad de la tentativa.**

Magnitud del injusto.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

La extensión del daño causado fue de mediana entidad.

Medios. Por un ascendiente en contra de su descendiente.

Magnitud de los injustos. Mínima

Grado de culpabilidad. El autor tiene 26 años de edad, unión libre, con instrucción primaria, ocupación plafonero, con un ingreso de 200 pesos semanales, depende de él cuatro personas, fuma cigarrillos de la marca comercial, ingiere bebidas alcohólicas esporádicamente, no es afecto a drogas ni enervantes, le apodan *El Huevo*, es primodelincuente, no se encontraba ebrio en el momento de los hechos y entre el sujeto activo y el pasivo existe un vínculo de parentesco, ya que son ascendiente y descendiente. **El grado de culpabilidad es mínimo.**

Punición. Por tratarse de concurso real se impone la pena del delito que merece la mayor, la cual se fija , de acuerdo a lo señalado en la magnitud del injusto y en el grado de culpabilidad en 12 años de prisión.

No se aumenta por el delito de tentativa por considerarse negativo para la rehabilitación del sujeto.

Reparación del daño: se absuelve.

CASO 70

Delito. Robo calificado -diversos- en concurso real.

Punibilidad. Prevista en los artículos 369 bis, 370 párrado primero, 372 parte primera y 64 párrafo segundo del Código Penal (no se señala el monto).

Magnitud del injusto.

Naturaleza de la acción. Dolosa en contra del patrimonio.

(Se describen las conductas)

Magnitud del delito. Entre la mínima y la media.

Grado de culpabilidad. El autor tiene 28 años de edad, casado, católico, con instrucción segundo año de secundaria, originario del Distrito Federal, con ocupación de pintor de brocha gorda, con un ingreso de 300 a 350 pesos semanales, fuma cigarrillos de la marca comercial, ingiere bebidas alcohólicas, no es afecto a drogas ni enervantes. Cuenta con ingresos anteriores a la prisión por robo calificado. Entre el sujeto activo y los pasivos no existía nexos de conocimiento. **La magnitud del injusto y el grado de culpabilidad es equidistante entre la mínima y la media.**

Punición. 6 meses de prisión y multa de \$356.75, la que resulta de 25 veces el salario mínimo vigente en el lugar y momento de los hechos

(\$14.27). Por la calificativa de *sujeto armado* se le impone la pena de 1 año 3 meses de prisión. Total: 2 años 9 meses de prisión y multa de \$356.75.

Sustitución de sanciones: Se sustituye la pena de prisión por la multa de \$7,135.00, que resulta de 500 veces el salario mínimo vigente en el lugar y momento de los hechos (\$14.27). (Se puede sustituir la pena de prisión que no exceda de 3 años por días multa que no pueden exceder de 500).

Reparación del daño: se absuelve porque se recuperaron los bienes robados.

JUZGADO "F"

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 2

No. de sentencias condenatorias: 2

No. de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:

corrupción de menores: 1

daño en propiedad ajena: 1

violación equiparada agravada: 1

violación impropia (diversos): 1

robo calificado (violencia moral): 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN:

Se enumeran desordenadamente el bien jurídico tutelado, la extensión del daño y las características personales del delincuente, de ahí se infiere el *grado de culpabilidad*. No se relaciona la enumeración hecha con el grado de culpabilidad apreciado. En estas sentencias no se refleja la reforma de 1994.

CASOS

CASO 71

Delito. Violación equiparada agravada, y violación impropia y corrupción de menores.

Punibilidad. No se menciona expresamente. Violación equiparada agravada: 266, 265 y 266 bis; para los demás delitos el artículo 64 segunda parte del Código penal.

Antecedentes penales. no tiene.

Bien jurídico tutelado. *Seguridad sexual* y desarrollo psicosexual normal.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

Extensión del daño causado. Grave.

Características personales del sujeto. 26 años, unión libre, católico, con instrucción segundo de secundaria, chofer, ingiere bebidas embriagantes y fuma, no es adicto a drogas ni enervantes, su diversión favorita es el fútbol. Entre el sujeto activo y el pasivo sí existe vínculo ya que aquél es padrastro de la víctima.

Estudio de personalidad. Capacidad criminal media, índice peligroso medio.

Grado de culpabilidad. media.

Punición. Por la violación equiparada agravada: 16 años 6 meses de prisión, por el concurso real con otros delitos (violación impropia y corrupción de menores) se aumenta la mitad: 8 años 3 meses de prisión.

Total: 24 años 9 meses de prisión.

CASO 72

Delito. Robo calificado y daño en propiedad ajena.

Punibilidad. no se menciona expresamente. Artículos 370 párrafo primero, 372 y 64 del Código Penal.

Antecedentes penales. No tiene.

Bien jurídico tutelado. Patrimonio.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

Extensión del daño causado. Leve.

Características personales del sujeto. 23 años, unión libre, católica, con instrucción secundaria terminada, comerciante, ingiere bebidas embriagantes esporádicamente y fuma. En el momento de ser asegurada se mostró agresiva, mordiendo a los remitentes y rompiendo el vidrio de la patrulla.

Grado de culpabilidad. Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. por el robo: 6 meses de prisión y multa de \$565.00, por la violencia moral: 1 año, 7 meses 15 días de prisión. Total: 2 años 1 mes 15 días de prisión y multa de \$575.00.

Por el concurso real con daño en propiedad ajena: 3 meses y multa de \$271.20.

Total: 2 años, 4 meses, 15 días de prisión y multa de \$836.20. En caso de insolvencia se sustituye la multa por 37 días de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: \$600.00.

Sustitución de sanciones: por multa de \$2,000.00.

JUZGADO "G"

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 3

No. de sentencias condenatorias: 3

No. de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:

homicidio calificado: 1

homicidio con motivo de un robo: 1

privación ilegal de la libertad (plagio o secuestro): 1

tentativa de extorsión: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN:

La determinación de la pena se lleva a cabo en forma clara y precisa, atendiendo a los nuevos parámetros fijados por el Código en 1994. No se utilizan criterios peligrosistas.

Llama la atención, en el caso 53, que se valora distinto la culpabilidad de los participantes, ello habla de que el juzgador, tal como debe ser, analizó en detalle la conducta de cada uno.

CASOS

CASO 73

Delito. Privación ilegal de la libertad (plagio o secuestro) y tentativa de extorsión.

Punibilidad. Artículo 366 párrafo inicial para la privación ilegal de la libertad y para la tentativa de extorsión los artículos 390 párrafo inicial y 63 del Código Penal.

Magnitud del daño causado. En cuanto la privación ilegal de la libertad es incalculable. Respecto de la tentativa de extorsión si bien no llegó a consumarse, las llamadas recibidas les ocasionaron zozobra e inquietud.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

Medios. los propios medios físicos de los acusados, una camioneta y pistolas, para la tentativa de extorsión el teléfono.

Grado de participación. Todos lo juzgados fueron coautores.

Características personales. Autor 1: 33 años, educación primaria, estrato social de clase media baja.

Autor 2: 25 años, educación primaria, estrato social de clase media baja.

Autor 3: 33 años, educación primaria, estrato social de clase media baja.

Autor 4: 30 años, educación secundaria, estrato social de clase media baja.

Autor 5: 25 años, educación primaria, estrato social de clase media baja.

Motivos para delinquir: obtener un lucro indebido sin el justo trabajo.

Gravedad del injusto. Ya fue valorada por el legislador al establecer el mínimo y máximo de la punibilidad.

Culpabilidad. Autores 1, 2 y 3 culpabilidad mínima, porque aunque fueron coautores porque prestaron ayuda indispensable para la comisión del delito, no llevaron a cabo actos vejatorios contra los pasivos.

Autor 4: ligeramente superior al término mínimo.

Autor 5: superior a la mínima e inferior a la media pero cercana a la primera.

Punición. Autores 1, 2 y 3: se les condena a 6 años de prisión y multa \$3,054.00 que, en caso de insolvencia, se sustituye por 200 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Autor 4: se lo condena 7 años de prisión y multa de \$3,359.40 que, en caso de insolvencia, se sustituirá por 220 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Autor 5: se lo condena a 8 años de prisión y multa de \$3,817.50 que, en caso de insolvencia, se sustituirá por 250 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se absuelve.

CASO 74

Delito. Homicidio calificado.

Punibilidad. Artículo 320 del Código Penal.

Magnitud del daño causado. Se estima irreparable ya que se trata de un valor máximo para el derecho: la vida humana.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

Móvil. No existe, que el justiciable sin motivos reales y suficientes hacía uso de violencia constante contra la menor lo que revela su falta de sentido humanitario.

Comportamiento posterior. No prestarle importancia al estado de gravedad de la menor.

Gravedad del injusto. Tiene mayor gravedad por los sufrimientos innecesarios que se ocasionó a la menor antes de morir.

Características personales. 31 años, sin instrucción escolar, de ocupación barnizador, no pertenece a grupo étnico.

Culpabilidad. tanto la culpabilidad como la gravedad del injusto es media, pues eran innecesarios los sufrimientos infligidos a la menor.

Punición. 35 años de prisión.

Reparación del daño: se absuelve porque la vida humana no se puede cuantificar y no se comprobaron gastos funerarios y la menor no tenía dependientes a su cargo.

CASO 75

Delito. Homicidio con motivo de un robo.

Punibilidad. Artículo 320 del Código Penal.

Magnitud del daño causado. Se estima irreparable ya que se trata de un valor máximo para el derecho: la vida humana.

Naturaleza de la acción. Dolosa.

Móvil. Obtener un lucro indebido sin el justo trabajo y en el desarrollo de los acontecimientos se produjo el homicidio.

Comportamiento posterior. Huir.

Características personales. 40 años, vivía en concubinato, con instrucción primer año de secundaria, ocupación obrero, no pertenece a grupo étnico.

Culpabilidad. la culpabilidad de acto es el reproche al hombre por su acto en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto, también debe considerarse que hay una contribución a ese ámbito de determinación puesto por la sociedad. Tomando en cuenta lo anterior, la culpabilidad y la magnitud del injusto son superiores a la mínima e inferiores a la media, cercanas a la primera.

Punición. 25 años de prisión.

Reparación del daño: se absuelve porque la vida humana no se puede cuantificar y no se comprobaron debidamente los gastos funerarios y la víctima no tenía dependientes a su cargo.

JUZGADO "H"

SENTENCIAS ANTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 1

No. de sentencias condenatorias: 1

No. de sentencias absolutorias: 0

Delitos imputados:

lesiones: 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN:

La determinación de la pena se hace en forma clara, se expresan todos los elementos considerados. Como en todas las sentencias anteriores a 1994, se determina la peligrosidad del sujeto y, en función de ella, la punición. Sin embargo, el juzgador también analiza circunstancias -medios, peligro corrido- que integran la culpabilidad.

CASOS

CASO 76

Delito. Robo agravado.

Punibilidad. Artículos 288 y 290 del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Circunstancias de ejecución. La naturaleza de la acción fue provocar una alteración en la salud del pasivo; los medios empleados fueron los propios medios físicos del activo, y el peligro corrido fue mínimo.

Características personales. 29 años, escolaridad primaria, católico, obrero, dependen de él dos personas, con antecedentes penales.

Estudio de personalidad. Nocividad delincencial media e inintimidabilidad ante las consecuencias del delito; capacidad criminal media;

adaptabilidad media alta; índice de estado peligroso medio, y pronóstico extrainstitucional con reservas.

Peligrosidad. Entre la mínima y la media con tendencia a la segunda.

Punición. 3 años 6 meses de prisión y multa de \$200.

Reparación del daño: se absuelve.

Sustitución de sanciones: se niega por no reunir los requisitos.

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 3

No. de sentencias condenatorias: 3

No. de sentencias absolutorias: 3

Delitos imputados:

extorsión: 1

fraude genérico: 1

robo calificado: 2

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN:

El juzgador sigue haciendo un análisis similar al anterior a la reforma, ahora, en vez de decir peligrosidad dice culpabilidad, pero valora las mismas circunstancias.

No queda claro por qué cita el estudio de personalidad para entender la conducta posterior del sentenciado.

CASOS

CASO 77

Delito. Robo calificado y extorsión.

Punibilidad. Artículos 370 párrafo tercero y, por las calificativas, 372, 381 bis y 164 del Código Penal.

Antecedentes penales. sí tiene.

Circunstancias exteriores de ejecución. La magnitud del daño causado al bien fue grave por el daño patrimonial ocasionado, naturaleza de la acción fue obtener un lucro de manera indebida; los medios empleados fue la actuación en grupo con el apoyo de armas de fuego, la forma y grado de intervención del procesado fue a título directo acompañado de otros.

Características personales. 27 años, escolaridad segundo año de secundaria, no afecto a drogas ni enervantes, no fuma; su pasatiempo es estar con su familia y el deporte. Dependen de él cuatros personas. La conducta precedente indica que se trata de un delincuente.

Circunstancias concurrentes. Se advierte que no lo unían lazos de parentesco ni amistad con los denunciantes.

Culpabilidad. Mayor que la mínima pero sin llegar a la media, pero más cercana a la primera.

Punición. Robo: 4 años, 9 meses, de prisión y multa de 220 días de salario mínimo.

Pandilla: 2 años, 4 meses, 15 días de prisión y multa de 110 días de salario mínimo.

Calificativa de violencia: 1 año, 20 días de prisión.

Calificativa de vehículo estacionado en la vía pública: 1 año 3 meses de prisión.

Subtotal: 9 años, 5 meses, 5 días de prisión y multa de 330 días de salario mínimo que, a \$14.30 por día, equivalen a \$4,709.10.

Concurso real con extorsión y diversos robos: 4 años 8 meses 17 días de prisión y multa de 165 días de salario mínimo que equivalen a \$2,354.55.

Total: 14 años, 1 mes y 22 días de prisión y multa de 495 días de salario mínimo que, a razón de \$14.17, equivalen a \$7,063.65. En caso de que no pueda pagar la multa, se sustituirá por 495 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se condena al sentenciado a reparar el daño por el auto robado, lo que se da por satisfecho porque fue recuperado. Se lo condena a pagar diversas sumas de dinero a las distintas víctimas.

CASO 78

Delito. fraude genérico

Punibilidad. Artículos 386 fracción III del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Circunstancias exteriores de ejecución. La magnitud del daño causado al bien fue grave debido que produjo una lesión al patrimonio del pasivo y de otras personas, naturaleza de la acción fue la de engañar a los sujetos pasivos y a otras personas y así obtener un lucro de manera indebida; el medio empleado fue el engaño, el grado de intervención de la acusada fue único.

Características personales. 37 años, escolaridad licenciatura, costumbre: leer, de condición económica solvente.

Estudio de personalidad. *Para darse cabal cuenta del comportamiento posterior de la acusada con relación al delito, el suscrito analizará el estudio de personalidad.* En él consta que la acusada tiene capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio y pronóstico extrainstitucional favorable.

Circunstancias concurrentes. Se advierte que no la unían lazos de parentesco ni amistad con los denunciados.

Culpabilidad. Media.

Punición. 7 años, 6 meses de prisión y multa de 60 días de salario mínimo que, a razón de \$14.27 por días, equivalen a \$856. Si no pudiere pagar la multa se sustituirá por 60 días de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se la condena a restituir \$400,000.00.

CASO 79

Delito. Robo calificado.

Punibilidad. Artículos 370 párrafo tercero y, por las calificativas, 372, 381 fracción VII y 164 del Código Penal.

Antecedentes penales. Sí tiene.

Circunstancias exteriores de ejecución. La magnitud del daño causado al bien fue grave porque se lesionó el patrimonio del pasivo, la naturaleza de la acción era la de apoderarse del objeto material, la forma y grado de intervención fue la de coautoría, y la realización fue dolosa.

Características personales. 21 años, escolaridad segundo año de secundaria, tiene por costumbres la música y el basketbol.

Estudio de personalidad. *para darse cabal cuenta del comportamiento posterior de la acusado con relación al delito, el suscrito analizará el estudio de personalidad.* En él consta que el condenado tiene capacidad criminal media, adaptabilidad media, índice de estado peligroso medio, pronóstico extrainstitucional reservado y pronóstico intrainstitucional reservado.

Circunstancias concurrentes. Se advierte que no lo unían lazos de parentesco ni amistad con los denunciados.

Culpabilidad. Media.

Punición. Robo: 5 años, 6 meses, de prisión y multa de 260 días de salario mínimo.

Pandilla: 2 años, 9 meses, 15 días de prisión y multa de 130 días de salario mínimo.

Calificativa de violencia: 2 años, 15 días de prisión.

Calificativa de estando la víctima en un vehículo particular: 1 año 3 meses de prisión.

Total: 11 años, 7 mes y 15 días de prisión y multa de 390 días de salario mínimo que, a razón de \$18.30, equivalen a\$7,137.00. En caso de que no pueda pagar la multa, se sustituirá por 390 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: se condena al sentenciado a reparar el daño por el delito de robo, que se dapor satisfecha porque ya fue recuperado.

Estudio clínico criminológico. Reincidente genérico masculino, conflictos de autoridad...

Peligrosidad. Equidistante entre la mínima y la media (delincuente secundario)

Punición. Robo: 5 años 6 meses y 260 días de multa. La multa se sustituye, en caso de comprobarse la insolvencia, por 260 días de trabajo en favor de la comunidad.

calificativa -vehículo en la vía pública- 2 años 6 meses de prisión.

total: 8 años de prisión y 260 días de multa.

reparación del daño: robo: se da por satisfecho por la restitución del objeto robado.

lesiones: se absuelve porque no hay probanzas para cuantificarlo.

SENTENCIAS POSTERIORES AL 1 DE FEBRERO DE 1994

No. de sentencias revisadas: 6

No. de sentencias condenatorias: 5

No. de sentencias absolutorias: 1

Delitos imputados: robo calificado -lugar cerrado- 1

robo calificado -violencia moral- 1

robo calificado -a bordo de transporte público- 1

pandilla 1

despojo 1

lesiones culposas 1

CARACTERÍSTICAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

Se señala el momento de la consumación del delito, el bien jurídico lesionado, si la conducta fue de acción u omisión, dolosa o culposa.

Se hace referencia al grado de participación del sentenciado, si fue autor o cómplice.

Relación entre el activo y el pasivo.

Datos personales del activo.

Se transcribe el resultado del estudio criminológico.

Se señala si tiene o no antecedentes penales.

En consideración a los datos anteriores se gradúa la culpabilidad en igual forma que se hacía con la peligrosidad.

CASOS

CASO 81

Delito. Robo calificado en lugar cerrado

**Punibilidad. Robo: 3 días a 2 años y multa hasta 100 días de salario.
calificativa: 3 días a 5 años.**

Bien jurídico lesionado. El patrimonio.

Antecedentes penales. Varios ingresos y una sentencia condenatoria.

Estudio criminológico. Capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso media, pronósticos extra institucionales desfavorables por ser reservado.

Culpabilidad. (Reprochabilidad). Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. Robo: 6 meses de prisión y 25 días de multa. La multa se puede sustituir si se demuestra la insolvencia en trabajo en favor de la comunidad.

calificativa: 1 año 3 meses de prisión.

total: 1 año 9 meses de prisión y 25 días de multa.

reparación del daño: se considera satisfecha por la

restitución de los objetos. En cuanto al daño moral

existen en autos probanzas aptas para cuantificarlo.

sustitución de sanciones: a pesar de haber sido condenado por sentencia ejecutoria, no consta si cumplió el término

previsto. Por ello se sustituye la prisión por multa de

N\$3,000.

no

CASO 82

Delito. Despojo.

Punibilidad. 3 meses a 5 años de prisión y multa de "50 a 500" pesos.

Bien jurídico lesionado. Posesión.

Antecedentes penales. Fue acusada de despojo, condenada en primera instancia y absuelta en segunda instancia. Primo delincuente.

Estudio criminológico. Capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso: medio bajo, pronóstico extra institucional favorable.

Culpabilidad. (Reprochabilidad). Media.

Punición. 2 años, 7 meses, 15 días de prisión y 1 día de multa. La multa se sustituye en caso de insolvencia por 1 día de trabajo en favor de la comunidad.

**reparación del daño: restitución del inmueble. Se absuelve de la
reparación del daño moral en virtud de que
no existen elementos para cuantificar.**

**sustitución de la pena: la prisión se sustituye por multa de
N\$5,000.**

CASO 83

Delito. Robos calificados -violencia moral-

Punibilidad. Robo: 3 días a 2 años de prisión y multa de hasta 100 salarios mínimos.

Bien jurídico lesionado. Posesión.

Antecedentes penales. Coautor 1: estuvo detenido una vez por homicidio, fue dejado libre por legítima defensa. Primo delincuente.

Coautor 2: no tiene.

Coautor 3: no tiene.

Estudio criminológico. Coautor 1: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio, pronóstico extra institucional favorable por su apoyo familiar y no presenta problemas con la figura de autoridad.

Coautor 2: capacidad criminal media, adaptabilidad social media, índice de estado peligroso medio, pronóstico favorable.

Coautor 3: capacidad criminal baja, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso medio, pronóstico favorable.

Culpabilidad (Reprochabilidad). Media (para los tres).

Punición. Concurso real, el juez adopta el criterio de acumulación aritmética porque con ello se satisfacen los fines de la pena, prevención general y especial, así como los de la justicia.

robo: 1 año de prisión y 50 días multa.

calificativa -violencia moral-: 2 años 9 meses de prisión.

total: 3 años 9 meses y 50 días multa: la sanción pecuniaria se sustituye, en caso de insolvencia comprobada, por 50 días de trabajo en favor de la comunidad.

reparación del daño: se absuelve de la misma dado que las pruebas no fueron suficientes. Igualmente se absuelve de la reparación del daño moral por no poder cuantificarse con los elementos obrantes en autos.

sustitución de sanciones: se sustituye la prisión por tratamiento en libertad o, a elección de los condenados, por la suspensión condicional de la ejecución de la pena previa caución de

N\$8,000.

CASO 84

Delito. Robo calificado -vehículo de transporte público-

Punibilidad. Robo: 3 días a 2 años de prisión y multa hasta de 100 días de salario.

Bien jurídico lesionado. Patrimonio.

Antecedentes penales. Proceso anterior por robo calificado, condenado en primera instancia y absuelto en segunda. Primo delincuente.

Estudio criminológico. Capacidad criminal media, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso bajo, pronósticos extra institucionales favorables porque su agresividad es semi adecuada, intra institucional favorable porque sí trata de aprovechar las oportunidades que le brinda el medio.

Culpabilidad (Reprochabilidad). Ligeramente superior a la mínima.

Punición. Robo: 3 meses de prisión 12 días multa. La sanción pecuniaria se sustituye, en caso de insolvencia comprobada, por 12 días de trabajo en favor de la comunidad.

agravante -a bordo de un transporte público- 1 año, 3 meses de prisión.

total: 1 año, 6 meses de prisión y 12 días multa.

reparación del daño: se da por satisfecha con la recuperación del objeto robado. Se lo absuelve en relación con el dinero en

efectivo ya que no consta de manera indubitable su monto exacto. Se le absuelve del daño moral ya que no obra en la causa algún elemento de convicción para cuantificarlo.

le sustitución de sanciones: por multa de N\$2,000 o, a elección, se concede el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución con una caución de N\$5,000.

CASO 85

Delito. Lesiones culposas.

Punibilidad. 6 meses a 1 año 3 meses de prisión y multa de 100 a 300 pesos; suspensión hasta 10 años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Bien jurídico lesionado. Salud personal.

Antecedentes penales. No tiene.

Estudio criminológico. Capacidad criminal baja, adaptabilidad social alta, índice de estado peligroso bajo, pronóstico extra institucional favorable por sus rasgos de personalidad.

Culpabilidad (Reprochabilidad). Equidistante entre la mínima y la media.

Punición. 8 meses 2 días de prisión y suspensión de 1 mes 15 días en el goce de sus derechos de conducir vehículos de motor.

reparación del daño: se absuelve de la reparación del daño material o moral ya que no obran elementos de prueba suficiente para cuantificarlo fehacientemente.

de **sustitución de sanciones: se suspende la prisión por multa N\$2,000 o, a elección, se le concede el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena con una caución de N\$5,000.**

CASO 86

**Delito. Robo calificado.
Decisión. Absolutoria.**

BIBLIOGRAFÍA

Adato Green, Victoria, *Reflexiones sobre la reforma penal mexicana; Parte general*, edición de la autora, México, 1963.

Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

Avila Martel, Almiro, *Esquema de derecho penal indiano*, Universidad de Chile, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 1941.

Azzolini, Alicia, "La culpabilidad", publicado en *Alegatos*, No. 11, México, enero-abril 1989.

Azzolini, Alicia, "Sentencia penal y sistema penal democrático". En *Hacia el derecho penal de nuevo milenio*, Inacipe, México, 1991, pp. 51-71.

Azzolini, Alicia y Luis de la Barreda, *El derecho penal mexicano; Ayer y hoy*, Insituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1993.

Bacigalupo, Enrique, "Acerca de la responsabilidad y culpabilidad en la medida de la pena", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 2, Buenos Aires, 1973.

Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal*, Akal, Madrid, 1990.

Baratta, Alessandro, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en *Sistema. Revista de ciencias sociales*. Nos. 17-18, Madrid, abril 1977, pp. 11-23.

Baratta, Alessandro, "Integración prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *CPC*, núm. 24, 1984, pp. 533-551.

Baratta, Alessandro, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal". En *Poder y Control*, número 0, Barcelona, 1986, pp. 77-92.

Baratta, Alessandro, "¿Resocialización o control social?, en *El sistema penitenciario; Entre el temor y la esperanza*, Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1991, pp. 71-89.

Barreda Solórzano, Luis de la, "La democratización del derecho penal", en Barreda, Luis de la y Zulita Fellini (Comp.), *Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios*. México, Porrúa-Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco, México, 1985, pp. 153-159.

Barreda, Luis de la, "Los jinetes de la peligrosidad", en *Revista mexicana de justicia*, No. 4, Vol. V, México, octubre-diciembre 1987.

Barreda, Luis de la, "Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, no. 1, vol. I, México, enero-marzo, 1983, pp. 87 a 120.

Barreda, Luis de la, "Punición, culpabilidad y reincidencia", en la *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1985.

Barreiro, Agustín, "Crisis del daulismo", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio 1995.

Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1990.

Berger, Peter y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986.

Bobbio, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos". En *Anuario de Derechos Humanos*, No. 1, Madrid, enero de 1981, pp. 8-28.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional garantías y aparato*, Porrúa, México, 1992.

Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español; Parte General*, Bosch, Barcelona, 1984.

Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, Porrúa, México, 1976.

Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal; Parte General*, Porrúa, México, 1969.

Ceniceros, José Angel, *Un discurso sobre el Código Penal de 1931; (Bosquejo de una sociología de la delincuencia)*, Editorial La Justicia, México, 1977, (Serie Estudios Jurídicos).

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México 1979.

Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977.

Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, Porrúa, México, 1994.

Diccionario jurídico mexicano, Porrúa-UNAM, México, 1993.

Dolcini, Emilio, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979.

Ferrajoli, Luigi, "El derecho penal mínimo", en *Poder y Control*, núm.0, Barcelona, 1986, pp. 25-47.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 402.

Ferri, Enrico, *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933.

Foucault, Michel, *Vigila y castigar*, México, Siglo XXI, 1987.

García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1982.

García Arán, Mercedes, "El cumplimiento íntegro de las penas y la reforma penal", en *El País*, Madrid, 30 de noviembre de 1995.

García Arán, Mercedes, "La prevención general en la determinación de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, fascículos II y III, Madrid, mayo-diciembre 1981.

Gimbernát Ordeig, Enrique, *Autoría y participación en derecho penal*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1966.

Gimbernát Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1981.

Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*, Editorial Obregón y Heredia, México, 1983.

González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, Porrúa, México, 1974.

Hassemer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1984.

Hegel, *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1985.

Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, México, 1979.

Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. México, Trillas, 1991.

Islas, Olga Islas y Elpidio Ramírez, "La tentativa en el derecho penal mexicano", separata de la *Revista mexicana de ciencias penales*, año III, no. 3, México, julio 1979-junio 1980, p. 201 a 212.

Islas, Olga y Elpidio Ramírez, "El error en el modelo lógico de derecho penal".

Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal; Parte General*, Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1189.

Kaufmann, Armin, "La misión del derecho penal", en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 118-130.

Kaufmann, Hilde, "Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año III, Buenos Aires, 1974.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa-UNAM, 1991.

Liszt, Franz von, *La idea del fin en el derecho penal*, Temis, Bogotá, 1990.

Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, tomo 2, Reus, Madrid, s/a.

Luzón Peña, Diego, "Antinomias Penales y medición de la pena", en *Doctrina Penal*, año 2, Nos. 5 a 8, Buenos Aires, 1979, pp. 587-624.

Luzón Peña, Diego, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.

Malo Camacho, Gustavo, "Lesión o puesta en peligro del bien jurídico", en *Revista Mexicana de justicia*, No. 1, Vol. I, México, enero-marzo 1983.

March, Robert, *Física para poetas*, México, Siglo XXI, 1982.

Marchiori, Hilda, *Determinación judicial de la pena*, Marcos Lerner, Córdoba, 1995.

Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Trillas, México, 1986.

Márquez Piñero, Rafael, "La problemática de la culpabilidad" presentada para su ingreso al Academia Mexicana de Derecho Penal (*mimeo*).

Maurach, Reinhart, "La teoría de la culpabilidad en el derecho penal alemán", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VI, No. 3, Bogotá, diciembre de 1965.

Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

Melossi, Dario y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica; Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI, México, 1980.

Meyerson, Jack, "The Board of Prison Terms and Paroles and Indeterminate Sentencing: a Critique", en *Washington Law Review*, vol. 51:607, 1976.

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Mir Puig, Santiago, "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986.

Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1982.

Montandon, Cléopatre, *La peligrosidad; Revisión de la literatura anglosajona*, Instituto de Medicina Legal, Universidad de Ginebra, s/f. (El ejemplar consultado es una versión estenográfica que fue traducida por Angela Vázquez).

Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y políticocriminales en torno a la culpabilidad", publicado en *Boletín Informativo*, No. 7, Xalapa Veracruz, enero-febrero 1984.

Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en Roberto Bergalli y Juan Bustos (comp.), *El poder penal del Estado; Homenaje a Hilde Kaufmann*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 385 a 417. (Biblioteca de Ciencias Penales).

Morris, Norval, "Punishment and sentencing reform in the United States", en *Revue Internationale de Droit Penal*, nouvelle série, 53e année, no. 3-4, 1982, Pau, France, pp. 727 a 748.

Muñoz Conde, Francisco, "Introducción" al libro de Roxin *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

Muñoz Conde, Francisco, "El principio de culpabilidad", en *III Jornadas de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976.

Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1984.

Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989.

Nuñez, Ricardo, *Manual de derecho penal*, Parte General, Córdoba-Buenos Aires, 1977.

Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*, Trillas, México, 1993.

Pagliari, A., "*Commisurazione della pena e prevenzione generale*", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, enero-marzo, 1981.

Palacio, Alejandro del, *Del Estado de Derecho al Derecho del Estado*, Leega, México, 1988.

Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

Popper, Karl, "Indeterminismo y libertad humana", en Miller, David (comp.), *Popper; Escritos selectos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Quintero Olivares, Gonzalo, "Política criminal y determinación de la pena", en *Doctrina Penal*, año 1, nos. 1 a 4, Buenos Aires, 1978, pp. 41 a 69.

Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, Porrúa, México, 1986.

Rabossi, Eduardo, "La fundamentación de los derechos humanos: algunas reflexiones críticas". Publicada en la compilación de Lourdes Valdivia y Enrique Villanueva, *Filosofía del lenguaje, de la ciencia, de los derechos humanos y problemas de su enseñanza*. UNAM, México, 1987, pp. 147 - 156.

Ramírez Hernández, Elpidio, "Autoría y participación", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, no. 2, vol. III, México, abril-junio de 1985, pp. 245 a 251.

Ramírez Hernández, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales". En *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. I, México, Procuraduría General de la República - Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal - Instituto Nacional de Ciencias Penales, enero-marzo 1983, pp. 23-36.

Ramírez Hernández, Elpidio, "Juicio penal y derechos humanos", en *Revista mexicana de justicia*, vol. V, México, oct.-dic. 1987.

Righi, Esteban, "La inexigibilidad como base del juicio de culpabilidad", en *Revista Jurídica Veracruzana*, tomo XXVIII, No. 2, Xalapa, Veracruz, abril-junio de 1977.

Righi, Esteban, "Medidas de seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. I, México, enero-marzo 1983.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

Roxin, Claus, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Culpabilidad y prevención*, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus "Nullum crimen nulla poena sine lege", en *Iniciación al derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

Roxin, Claus, "Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Barcelona, Ariel, 1989.

Rubio, Zulma, "La peligrosidad y la adecuación de las penas y de las medidas de seguridad", en *Revista Procesal*, Nos. 4, 5 y 6, Año 4, México, 1975.

Sandoval Huertas, Emilio, *Penología; Parte general*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

Savater, Fernando, *Ética para Amador*, Ariel, Barcelona, 1994.

Schünemann, Bernd, "El funcionamiento del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en Schünemann, B. (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Novedades en relación con la determinación de la pena: "La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros relativa a la coherencia en el pronunciamiento de penas"*. Conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en junio de 1994, mimeo.

Soler, Sebastián, "Estructuras objetivas y figuras jurídicas", en *Derecho Comparado*, n° 1, Buenos Aires, 1977.

Soler, Sebastián, "La naturaleza de la culpabilidad", en *Derecho penal contemporáneo*, no. 10, UNAM, México, noviembre de 1965.

Stanciu, V.V., "Investigaciones criminológicas sobre las sentencias penales", en *Revista de la facultad de derecho*, Reus, Madrid, 1981.

Stratenwerth, Günter, *Derecho penal; Parte General*, Ed. Edersa, Madrid, 1982.

Stratenwerth, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.

Taylor, Williams, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

Torío López, Ángel, "El sustrato Antropológico de las teorías penales".

United States Sentencing Commissions, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1988.

Van Inwagen, Peter, *An essay on free will*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Trillas, México, 1990.

Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977.

Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, Siglo XXI, México, 1982.

Welzel, Hans, *Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

Welzel, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal; Una introducción a la doctrina finalista*, Ariel, Barcelona, 1964.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En búsqueda de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina", en *Revista mexicana de justicia* 86, N° 2, vol. IV, México, abril-junio 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, no. 2, vol. II, México, abril-junio 1985.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.