

321

2956980



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

"PUNICION Y DINAMICA DE MEDICION DE LA PENA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

LETICIA ROCHA LICEA.

ASESOR: LIC. RODRIGO RINCÓN MARTINEZ



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MÉXICO, JULIO 18 2001





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA.

Gracias a Dios por permitir que en este momento de gran importancia en mi vida, se encuentren a mi lado dos personas que han sido la motivación y el soporte durante los estudios de la Licenciatura y que ahora culmina con el presente trabajo, BELEM ITZEL Y ALEJANDRA LIZBETH. Quizá en este momento no entiendan lo que significa para mi este logro, pero espero el día en que ambas crezcan y al leer estas líneas, comprendan que su presencia me dio la fuerza necesaria y el valor para superar cualquier obstáculo que se me haya presentado. LUIS IGNACIO, quiero agradecer tu paciencia y comprensión que me brindaste para ver realizado un anhelo que siempre tuve en mente. A MIS PADRES, con estas sencillas palabras, quiero expresarles el agradecimiento de haberme apoyado sin condición alguna a pesar de cualquier circunstancias, y por brindarme la oportunidad de realizarme como profesionista. A MIS HERMANOS, por estar conmigo en situaciones difíciles y quererme como lo han demostrado. Quiero hacer una mención especial para la señora CATALINA AGUILAR y LETICIA LOPEZ, por ser las personas que con amor en mis ausencias han suplido el papel de madre con mis hijas; y gracias a este apoyo ilimitado me ha sido posible terminar esta fase en el desarrollo como profesionista. También aprovecho esta oportunidad para dar gracias al LIC. ALFREDO ROSALES CASTRILLO, por brindarme incondicionalmente su amistad y recibir de él un apoyo enorme durante toda la Licenciatura, y que fue indispensable para lograr este triunfo que siempre anhele, con estas palabras quiero expresarle el cariño que siento hacia su persona, como aquella persona que en todo momento estuvo conmigo apoyándose con consejos y acciones que para mí son una muestra del gran aprecio que me tiene. Sólo Dios sabe el porque pone en nuestro camino a determinadas personas, pero le doy gracias por permitirme conocer a una persona con una nobleza enorme que sin conocerme, de manera incondicional me brindó su apoyo para la elaboración de la presente tesis, y debido a esta oportunidad inició una amistad que espero perdure por mucho tiempo. De corazón gracias LIC. JORGE PONCE MARTINEZ. La presencia de amigos en la vida es indispensable, y en mi caso en particular les agradezco por permitirme estar a su lado y contar con personas con las que pueda confiar.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

1. Delimitación entre punibilidad, punición y pena.....	1
2. Esquema histórico de la punición.....	4
3. Determinación de la pena y sistema penal.....	8
4. Acerca de las fases o niveles de individualización.....	10
4.1. La individualización legal.....	10
4.2. La individualización judicial.....	13
4.3. La individualización ejecutiva.....	16
5. Determinación judicial y fines de la pena.....	18
6. Poder de connotación judicial ante los principios de legalidad e igualdad.....	22

CAPITULO II. LA INDIVIDUALIZACION JUDICIAL EN FUNCION DE LOS FINES DE LA PENA.

1. Teorías de la pena y punición.....	28
---------------------------------------	----

1.1. Retributiva.....	28
1.2. Prevención general.....	31
1.3. Prevención especial.....	34
1.4. Unificadora.....	37
2. Fundamento constitucional y fines de la pena.....	38
3. Punición en el contexto del régimen de la doble vía.....	40
4. Conjugación de penas y medidas de seguridad en la punición.....	45

CAPITULO III. DINAMICA DE MEDICION JUDICIAL DE LA PENA.

1. Determinación del marco penal.....	48
2. Individualización cuantitativa de la pena.....	51
3. Factores determinantes de la pena.....	53
3.1. Entidades necesariamente graduales.....	53
3.2. Dicotomía de circunstancias.....	57
3.3. Elementos de agravación o atenuación.....	59
4. Eje central de medición.....	63
4.1. Culpabilidad de autor.....	65
4.2. Culpabilidad de hecho.....	68
4.3. Criterios de graduación.....	69

4.4. Criterio objetivo.....	70
4.5. Criterio subjetivo.....	71
4.6. Criterio mixto.....	72
5. Punición y Non bis in idem.....	73

**CAPITULO IV. INDIVIDUALIZACION JUDICIAL DE LA PENA Y
DESORDEN EN EL SISTEMA PENAL.**

1. Necesidad de espacios de discrecionalidad al Juzgador.....	80
2. La individualización legal y sus eventuales deficiencias.....	83
3. Incongruencias en el sistema penal por fallas en los niveles de determinación.....	87
4. Inadmisibilidad del marco penal de la tentativa de delito grave.....	90
5. Aspectos de punición en sustitutivos penales.....	93
6. Concurso de delitos y punición.....	96

CONCLUSIONES.	100
----------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	103
---------------------------	------------

LEGISLACIONES	105
----------------------------	------------

I N T R O D U C C I Ó N.

Abordar el tema de la punición, trae a consideración muchas y e importantes cuestiones. Entre otros aspectos encontramos el momento más relevante en la actividad jurisdiccional, consistente en la punición. Para entrar a su estudio, se requiere un análisis pormenorizado de las diversas teorías que justifican el fin de la pena y cual es su fundamento constitucional. Así veremos que existen tres fases o niveles de individualización y que cada una de ellas interviene en la pena de un modo distinto, sin que esto signifique que su fin sea diferente.

De esta manera, estudiaremos como la actividad del Juez se rige bajo el sistema de la doble vía, esto es, las penas y las medidas de seguridad, en donde la primera es aplicable a los sujetos imputables, mientras que las segundas únicamente a aquellos sujetos que padecen algún trastorno psicológico o falta de madurez, pero no obstante esta diferencia, pena y medida de seguridad pueden conjugarse al momento de la punición, pues no obstante que el sujeto es imputable, se le puede determinar un estado de peligrosidad, ejemplo de aquellos sujetos que padecen alguna adicción; pero es importante conocer que podrán conjugarse siempre que sean de naturaleza distinta, de la tal manera que al momento de cumplir la pena privativa de la libertad, pueda al mismo tiempo cumplir con la medida de seguridad.

Ahora bien, la dinámica de la medición judicial de la pena, implica que el Juzgador en primer término determine el marco penal que regirá su actividad, un segundo momento es individualizar cuantitativamente la pena aplicable al caso concreto, necesariamente hará un estudio acerca de la gravedad del hecho y la culpabilidad del

II

sujeto, entidades que son graduables, que implican todas aquellas circunstancias que concurren en el evento delictivo, esto es, la magnitud del daño causado al bien jurídico o la puesta en peligro, la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para su comisión, la forma y grado de intervención del agente, así como su calidad o el de la víctima, la personalidad del sujeto, el comportamiento posterior en relación al delito.

La culpabilidad es el eje central de medición de la pena, al considerarse el fundamento y límite a la intervención del Estado, puesto que la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad del agente delictivo, se advertirá la existencia de una culpabilidad de autor y culpabilidad por el hecho, así como los criterios sustentados en base a esta. Luego entonces, uno de los principios de suma importancia en la actividad judicial, es el "non bis in idem", que tiene su fundamento en el artículo 23 de la Carta Magna, en donde otorga como garantía a los gobernados de que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se les absuelva o condene.

De todo lo ya expuesto, se infiere la necesidad de espacios de discrecionalidad del Juzgador, pues no obstante advertir al momento de concretar su actividad, que de acuerdo a una prevención especial, la pena aplicable al sujeto debiera ser menor a la establecida en el marco legal, no puede aplicarla, pues la punición necesariamente se impondrá dentro los límites mínimo y máximo ordenados en dicho marco legal. También es claro que la individualización legal, tiene notables incongruencias, las que no obstante el Juzgar advertirlas se ve obligado a acatar lo establecido en la norma penal; y así las autoridades competentes de hacer cumplir con la pena impuesta por el Juzgador, al tener contacto directo con los sentenciados, observa que en base a una prevención especial, el sujeto requiere de una pena

III

privativa de la libertad menor a la ordenada por el Juzgador. Por otro lado, del artículo 63 párrafo tercero de la ley sustantiva de la material, estudiaremos como es inadmisibile el marco penal de la tentativa de delito grave, pues basta decir, que en el delito tentado sólo se pone en peligro el bien jurídico protegido, en tanto que en el consumado se lesiona dicho bien quizás de manera irreversible, y por lo tanto es incongruente que se penalice de igual forma un delito tentado que un consumado, cuando se determine en un supuesto en particular que el grado de culpabilidad del enjuiciado es mínima.

Así, vemos que el Juez al decidir por algún sustitutivo penal de los contemplados en los artículos 70 y 90 del Código Penal Distrital, observa que todo tiene relación con las deficiencias del legislador al determinar el marco legal, en razón de que al analizar las circunstancias personales del sujeto, estime que la pena impuesta a un sujeto debiera ser sustituida, pero el legislador ordena que para que puedan ser aplicable, se requiere una pena máxima de cuatro años de prisión, dando lugar a la necesidad de espacios de discrecionalidad que se advirtió líneas arriba. Finalmente el artículo 64 párrafo segundo parte segunda, en el que ordena el Juzgador que en el concurso real, en caso de que se integre por lo menos un delito grave, se aumentarán las penas para cada uno de los delitos, pareciera que esta aseveración es puramente retributiva, en tanto que simplemente la pena establecida para un delito es exagerada, entonces al hacer la suma de cada uno daría lugar a una pena desproporcionada e injusto en atención a los fines de la pena.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA DETERMINACION DE LA PENA.

1. DELIMITACION ENTRE PUNIBILIDAD, PUNICION Y PENA.

Aunque en la práctica, suele utilizarse de manera indistinta el término de "pena", resulta necesario precisar que cada fase de actuación Estatal, implica una denominación diversa, así vemos que la teoría distingue a la punibilidad, como "...la conminación de privación o restricción de bienes hecha por el legislador en la norma penal y determinada cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste..."¹

La punibilidad tiene como características en primer lugar la generalidad, pues esta va dirigida a todos los gobernados; la abstracción, al encontrarse encaminada no sólo a un caso en específico, sino a todos los supuesto que se presenten durante la vigencia de la norma y finalmente la permanencia, al subsistir sea aplicada o no a un caso concreto, durante su vigencia, y tiene como fin el de prevención general (--esto es, como una forma de intimidación a la sociedad, para evitar la comisión de futuros delitos--).

La punibilidad al considerarse como presupuesto del delito, constituye una amenaza del legislador a la sociedad, cuando se encuentra plasmada en la ley, y de esta manera establecerse que en caso de violación a una norma penal, será acreedor a la pena establecida para ese supuesto, determinada en base al marco legal genérico, que tiende a ejercer coacción psíquica o psicológica sobre los

¹ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales. Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). UNAM (1982). Coordinador Javier Piña y Palacios. pág. 69.

integrantes de la sociedad, creada con la finalidad de mantener el orden jurídico establecido por el Estado para una convivencia armónica de la sociedad.

Esta al ser integrante de la norma, busca la protección de bienes jurídicos fundamentales, y el marco establecido por el legislador, implica el desvalor atribuido a esta lesión, lo que sin duda resulta necesario, porque incongruente sería que bajo las mismas circunstancias, se penalice conductas diversas, aún cuando pareciera que el cometido del legislador es retribuir al gobernado un mal, por la conducta asumida, puesto se advierte de la lectura al Código Penal para el Distrito Federal, que existen delitos que carecen de proporcionalidad entre el bien jurídico tutelado y el marco penal genérico impuesto por el legislador a esta conducta, y que aún cuando el juzgador determine la punición en un caso concreto, tomando en consideración las circunstancias en que se suscitaron los hechos, y las condiciones personas del sujeto, advierte que resulta inapropiada para fines de prevención especial; sin embargo, el Juzgador tiene la obligación Constitucional de imponer una pena contemplada dentro del marco penal preestablecido. Situación que considero en particular de suma importancia, porque no se logra el fin de la pena, en cuanto a la readaptación o resocialización del delincuente a la sociedad, sino por el contrario, debido a las condiciones deplorables de las cárceles en México y los vicios existentes en ellos, la persona que en primer instancia lesiona un bien jurídico cuyo desvalor es mínimo, posteriormente sale a la vida en sociedad a cometer nuevos delitos quizá de mayor magnitud, lo que ocasiona que se denomine a los centros penitenciarios "escuelas del crimen".

Una vez establecida la punibilidad por el legislador en la norma penal, ahora le corresponde al juzgador fijar la correspondiente pena al caso concreto, ello a través de la punición, considerada como "...la fijación de la particular y concreta restricción o privación de bienes del autor del delito, para reafirmar la

prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad...".²

Sobre esta base, el concepto de punición como la actividad del órgano jurisdiccional, a través de la cual individualiza, concretiza, en un caso específico la punibilidad, para imponer al enjuiciado una determinada pena, claramente advertimos que es errónea la práctica que muchos jueces en el Distrito Federal realizan, al designar con la expresión "individualización de la pena" el capítulo correspondiente en sus respectivas sentencias, y en gran parte, esto deviene de la falta de conocimiento de la distinción entre estas tres aspectos de la pena, y por otra, a los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación referente al tema, en el que utiliza esta inexacta expresión, pues en realidad lo que se individualiza no es la pena, sino la punibilidad establecida por el legislador en el marco penal genérico, a través de la función más importante en el sistema penal: "LA PUNICION".

La pena es "...la 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..."³

En este sentido, la pena consistente en la ejecución de la punición establecida por el juzgador en una sentencia condenatoria y que ha causado ejecutoria, ésta es considerada como una consecuencia del delito y de la punición.

Tomando en consideración que la pena es un hecho, se verá que sus características consisten en la particularidad, porque la sufre un sujeto determinado; una concertación, porque es un hecho concreto; temporalidad,

² Ibidem, pág. 75.

³ Ibidem, pág. 83

porque se ubica en un momento precisamente determinado y, por tanto, se agota concluido este momento.

Si la pena debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común, debemos inclinarnos a pensar que debe buscar la reivindicación del delincuente a la sociedad; entonces, la pena se justifica como instrumento de repersonalización del individuo. La ejecución de la pena mira hacia un efecto preventivo especial, en este momento es preciso tomar en cuenta el comportamiento del sujeto, pues a través de ello se podrá fincar el tiempo necesario o justo que deberá el delincuente internarse en los centros penitenciarios, con fines de resocialización y readaptación, para prevenir futuros delitos.

Por otro lado, la pena es considerada como un mal necesario o como un mecanismo de control social, y de su esencia se desprende su función de proteger bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y del individuo (como son la vida, la integridad física, la libertad personal, la libertad sexual, etc.), para una mejor convivencia del hombre en sociedad. A través de ésta culmina el sistema penal, y es precisamente en este momento cuando se lleva a cabo la ejecución de la pena, cuando se refuerza el objetivo intimidatorio por parte del legislador, a través de la norma penal y que se pretende a través de la prevención general.

2. ESQUEMA HISTORICO DE LA PUNICION.

En el devenir histórico de las cuestiones involucradas con la imposición de las penas a los sujetos sancionados por afectar en sus bienes o intereses fundamentales el orden social, encontramos que la pena no es una creación de la Ley Penal, sino que es tan antigua como la misma humanidad, considerada como el mal que en retribución por la comisión de un delito, se imponía a un sujeto

determinado, mediante una sentencia judicial basada en preceptos legales o con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley, además no había un concepto genérico que designara correctamente el término de pena, posteriormente se hizo uso del término "poena" tomado del griego, aplicándose en los casos de pago o retribución pecuniaria que había de entregarse en los casos de lesiones corporales.

Para la existencia de un delito, se requería de una ley, donde se regulara previamente el delito y el procedimiento correspondiente. Aunque la actividad de la punición no siempre estuvo reservada para los jueces, como se advierte del Derecho Penal Romano, en la punición doméstica, en el derecho de guerra y en el sistema de la coercición del magistrado, al contar con imperium dentro del territorio Romano, tenían un acto de discrecionalidad, sin que existieran márgenes o límites de penalidad expresamente previstos por la ley, de esta manera podían ejercer su función de manera injusta.

En la punición doméstica, el jefe de familia tenía un poder ilimitado sobre los individuos que formaban parte del hogar, semejante al que tenía el Estado sobre los miembros de la comunidad política, esta punición se ejercía sin que previamente se encontraran determinadas las acciones que había de considerarse como delitos, ni tuviera un procedimiento fijo a seguir, así el jefe de la casa procedía a castigar las injusticias en las que él fuera la víctima, así como en aquellos casos de los delitos cometidos contra los miembros de su familia.

En el derecho de guerra, el soberano mandaba y disponía con ilimitado poder sobre toda clase de infracciones o faltas, ya sea religiosas, civiles o militares, dentro o fuera del territorio romano, éste creaba leyes que obligaban a los miembros de la ciudad, sin embargo, no lo obligaban a él mismo, ni a sus sucesores, de esta manera, los delitos eran las acciones que el rey castigaba y las penas sólo se imponían a determinadas personas, sin que durante este periodo existiera un procedimiento penal, que sirviera para establecer o no la

culpabilidad del sujeto, sin embargo el rey contaba con todas las atribuciones de allegarse de los medios necesarios para instruir un proceso y resolverlo. El estado de guerra era permanente, en el que de hecho únicamente se encontraban sometidos los que servían al ejército romano, pero en realidad no fue así, sino que todos los ciudadanos estaban sometidos a dicho estado, considerando que los hechos punibles eran los mismos que los delitos contra el Estado.

Una vez con la creación de la Ley del Estado, dejó parte del régimen discrecional o de arbitrio al Magistrado para que pudiera imponer penas dentro de la ciudad, sin necesidad de que estas fueran confirmadas por los Comicios, el poder de los Magistrados también fue sometido a limitaciones jurídicas. Así, ante estas injusticias a que eran sometidos los ciudadanos romanos, se vio la necesidad de poner limitaciones al arbitrio del Juez sentenciador, a través de una Ley del Estado, en la que se establecían las acciones contra las que era necesario proceder en beneficio de la comunidad, y la pena que debía ser impuesta para cada uno de los delitos, limitándose a declarar en la sentencia que el delito que se conocía se había cometido.

De este modo se dejaba cierta amplitud a la ejecución de la pena, sobre todo en lo relativo a la pena de muerte, pues no se determinaba la clase de pena o tiempo a sufrir de la misma, esto trajo como consecuencia una serie de arbitrariedades hacia las personas, puesto que se imponían penas desproporcionadas a la lesión cometida, al existir una pena predeterminada e impidiendo que el juzgador valorara las circunstancias concurrentes en el delito, puesto que únicamente se avocaba a señalar su existencia.

Posteriormente en la Edad Media, sobre todo en los países europeos, debido a la falta de regulación sobre la fijación de la pena, puesto que el Juez contaba con espacios de discrecionalidad muy amplios, se dio lugar a las ideas de superstición, presentándose entonces los procesos por brujería, en los que el Juzgador carecía de imparcialidad y buscaba a toda costa sancionar al

procesado, sin esperar la existencia de una denuncia del perjudicado, estaba obligado por un sistema inquisitorio, a buscar huellas de brujería, careciendo el Juez en todo momento de imparcialidad, y ante tales circunstancias la determinación de la pena establecida por el Juzgador, se encontraba viciada desde sus orígenes al convertirse en el proceso en juez y parte. Es por esta razón que durante algún tiempo, se rechazó la idea de que los jueces tuvieran facultades o poderes discrecionales para imponer las penas, pues se consideraba que estas deben establecerse directamente por el legislador, quien representa a toda la sociedad, sin que sea admisible que un magistrado, pueda decretar una pena a otro individuo de la misma sociedad, siendo necesario que un tercero ajeno juzgue la veracidad del hecho. Conforme a estas ideas, se advierte que el Juez es considerado como un mero instrumento, imposibilitado de interpretación alguna al momento de la imposición de las penas.

En esta etapa de la Edad Media la pena era el sufrimiento extremo, a través de mecanismo de tortura y tormento, obteniendo con ellas la confesión de los sujetos. A partir de la Ilustración se inicia un movimiento internacional de reforma del Derecho Penal y de la ejecución de las penas, que no puede afirmar que ha concluido porque actualmente se advierte algunos tipos de tortura de la misma naturaleza menos severas, pero en general han disminuido notablemente.

En México, la pena tiene su origen como una forma primitiva de castigar a quienes habían ocasionado algún daño al grupo que pertenecían, y como sanción se les privaba de la vida o les desterraban. En esta etapa los ofendidos se hacían justicia por su propia mano, llevando a la crueldad y a las injusticias, pues las personas con grandes riquezas abusaban de su poder contra los pobres. Con el surgimiento de los Estados como una forma política con el fin de lograr un orden social, se adjudican la facultad de castigar en nombre de la comunidad, impidiendo la justicia por su propia mano y nace el "ius puniendi". Originalmente la única forma de castigar a estos sujetos era a través de las penas, pero con el

paso del tiempo dan origen a las llamadas medidas de seguridad, sustentadas hasta hoy en día.

En las legislaciones penales contemporáneas, no se negó a los órganos jurisdiccionales la facultad de discrecionalidad en la determinación de la pena, sin embargo, se considera que es una discrecionalidad jurídicamente vinculada, al tener el Juzgador la obligación de fijar la punición aplicable al delito de que se trate, dentro del marco previamente establecido por el legislador. Luego entonces, la discrecionalidad que se le otorga al Juez para la fijación de la sanción, no es del todo libre, sino que se rige por las disposiciones del legislador que considera adecuadas al desvalor sufrido.

3. DETERMINACION DE LA PENA Y SISTEMA PENAL.

La pena es la principal consecuencia del delito, considerada por **Landrove Díaz** como "...una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres. Por ello, desde los tiempos más remotos y en las más elementales estructuras sociales ha existido un sistema penal..."⁴

En este sentido al ser necesario un control social para lograr una mejor convivencia entre la sociedad, se buscan medios para lograrlo, como es el caso del sistema penal, entendido por el **Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni** como "...el control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normatizadora que general la ley

⁴ LANDROVE DIAZ, Gerardo. Las consecuencias Jurídicas del delito. Segunda Edición. Edit. Bosh. Casa Editorial S.A. pág. 15.

que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funciones y señala los casos y condiciones para actuar..."⁵

Por lo anterior, debemos señalar que la determinación de la pena juega un papel de suma importancia en el sistema penal, por una parte el legislador establece un marco penal genérico (punibilidad), tomando en consideración el desvalor que se daña con la conducta asumida por el sujeto activo del delito. Pero indiscutiblemente una de las cuestiones más importantes que converge en el sistema penal, se contempla en la función del juzgador al establecer en una sentencia, la pena correspondiente a un caso concreto, tomando en consideración todas las circunstancias que concurren en el evento que se analiza y las circunstancias personales del sujeto al cometer el hecho delictivo que se le atribuye, es en este momento donde en realidad se cumple con la finalidad esencial de todo el sistema penal, pues a través de la pena, quedan protegidos los bienes jurídicos fundamentales de la colectividad, adquiriendo carácter retributivo y que es en este momento que, para el Derecho se reestablece el orden jurídico.

Pues recordaremos que la justificación de la pena, se expresa ante la necesidad de mantener el orden jurídico y lograr de esta manera una convivencia pacífica y armónica de la sociedad, sin ésta la tarea del legislador sólo pasaría a ser una simple recomendación, y no como se contempla en los fines de la pena con un carácter de prevención general y prevención especial.

⁵ RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1991. pág. 30.

4. ACERCA DE LAS FASES O NIVELES DE INDIVIDUALIZACION.

El sistema penal está integrado básicamente por tres sectores de actuación, en primer lugar advertimos la actuación del legislador en la ley penal, al establecer la punibilidad (pena en abstracto), fijando mínimos y máximos que obedezcan al desvalor causado al bien jurídico protegido por la conducta asumida por el responsable de un hecho delictuoso. Un segundo estadio se contempla en el momento en que el juzgador individualiza la punibilidad en un caso concreto, a través la función más importante del sistema penal, identificada como la "punción". Por último, encontramos el momento de la ejecución de la pena, aquí se trata que el delincuente cumpla con la punición establecida por el Juzgador, con el objeto de lograr una readaptación y resocialización del sujeto, evitando la comisión de nuevos delitos, en esta etapa el fin que se persigue es la enmienda o reeducación con miras a una prevención especial.

4.1. LA INDIVIDUALIZACION LEGAL.

La fase legal de la individualización de la pena, es entendida como aquella en la que se establecen las condiciones para decidir la clase de consecuencias jurídicas que derivan del delito. En este estadio el legislador decide que conductas deben ser castigadas, condicionadas a la protección de bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, estableciendo en la norma penal un marco penal genérico, que exterioriza el desvalor que le merece una determinada conducta, y este se plasma en las características, objetivas y subjetivas, positivas y negativas que concurren en la conducta que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico.

Claro es que no solamente la conducta delictiva en particular ejecutada por el sujeto culpable, plasma el desvalor ocasionado al bien jurídico protegido, sino

también el legislador debe tomar en consideración, todas aquellas circunstancias atenuantes o agravantes que se presenten en el evento delictivo y que indiscutiblemente permitan establecer de manera más precisa el daño sufrido y por ende un marco penal más concreto.

Por otra parte, es importante dejar bien establecido que la determinación legal, no sólo consisten en la fijación de una pena exacta por el legislador para cada tipo previsto en la norma penal, que considere necesaria y suficiente, para la intimidación como medio de prevenir el hecho en cuestión, sino el establecer márgenes entre un mínimo y una máximo, dentro de los cuales el juzgador al momento de imponer la pena correspondiente al caso concreto, pueda decidir la adecuada y justa en atención a las circunstancias concretas del hecho y del autor del delito.

En esta fase de determinación legal predominan criterios de prevención general, al tener por objeto el prevenir futuros delitos por la sociedad, a través de la sanción establecida en la norma penal y el principio de proporcionalidad respecto del cual el *Doctor Claus Roxin* refiere "...a una conducta antijurídica determinada, corresponde una cantidad de pena aplicable...".⁶

Por lo anterior, considero que el legislador en el estadio de la individualización legal, debe tomar en consideración dos cuestiones: en primer término como ya advertimos, queda claro que es necesario establecer márgenes que permitan al juzgador cumplir con su cometido, que es precisamente el de administrar de justicia. Pero también debe quedar claro que quizás no todas las conductas delictivas contempladas dentro de una norma penal por el legislador, necesariamente se sancionen con pena privativa de la libertad, puesto que en atención a los fines de la pena, y de acuerdo con una política criminal el objetivo principal es la prevención de futuros delitos, ya sea a través de la

⁶ ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal, Traductor Diego Manuel Luzón Peña. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Editorial Reus S.A. Madrid 1976. pág. 28.

prevención general, o la prevención especial. En base a esto, podemos afirmar la existencia de delitos en el Código Penal para el Distrito Federal, que en nuestro concepto es errónea la punibilidad que establece el legislador, al no existir una proporcionalidad entre la conducta desplegada por el sujeto activo del delito y el resultado producido, como se ha puesto de manifiesto por el Doctor Claus Roxin en la Conferencia celebrada en el Museo Nacional de Antropología e Historia, por el Aniversario de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al señalar que en Alemania la pena privativa de la libertad, es casi obsoleta a excepción de aquellos delitos que lesionan bienes jurídicos fundamentales como es la vida, la libertad sexual, etc., y las penas que tienen mayor auge es la pena de multa o los trabajos a favor de la comunidad, dicho autor considera que una privación de la libertad por un largo tiempo como sucede en el caso de México, es contraria a los fines de la prevención general y especial, al relegar al sujeto del delito de la sociedad.

En este contexto, el legislador al establecer en la norma penal la punibilidad, está individualizando de manera abstracta cual pudiera ser la pena a determinada conducta o hecho, a eso le podríamos llamar una individualización legislativa, o también considerada como una coacción psicológica para aquellos que se coloquen en el supuesto de hecho. Empero, para que este tipo de amenaza a través de las penas tenga un efecto intimidatorio sobre la colectividad, deben ser conocidas y claras, a través de la publicación previa a la comisión del hecho, situación que en nuestro sistema penal no acontece.

4.2. LA INDIVIDUALIZACION JUDICIAL.

Una vez establecida la punibilidad por el legislador en el ordenamiento punitivo, aplicable al sujeto que lesiona un bien jurídico fundamental de la colectividad, el juzgador determinará cualitativa y cuantitativamente la pena.

Esta tarea requiere de un grado de preparación y conocimientos generales, al ser considerado el "perito de peritos", a él se encomienda la función primordial del sistema penal, que es precisamente la fijación de la concreta y real privación de bienes del autor del delito, a través de la punición. En este momento, advertirá y analizará cada uno de los elementos de prueba, que lo conduzcan a determinar la comprobación del cuerpo del delito de que se trate, y la plena responsabilidad penal del sujeto activo en la comisión del hecho delictivo que se le atribuye. Una vez que haya comprobado fehacientemente la existencia de estos dos aspectos, el siguiente paso corresponde el determinar cualitativa y cuantitativamente la pena exactamente aplicable al sujeto activo, por el hecho delictivo cometido y con ello dar cabal cumplimiento al artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero.

Esta fase de individualización de la pena, considero que resulta la más difícil e importante de la actividad jurisdiccional. En efecto, para la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del sujeto en la comisión del delito que se le atribuye, el Juzgador sólo requiere del estudio de todas las probanzas que integren el sumario, pero lo complicado no es esta parte, sino el momento en que corresponde fijar la punición que exactamente corresponda al sujeto activo, por la conducta antijurídica que desplegó y que trajo como consecuencia la violación a un bien jurídico protegido en la norma penal. Puesto que legislador en el Código Penal para el Distrito Federal establece reglas que servirán al Juzgador en este momento de punición, contenidas en los artículos 51 y 52, en los que además de advertir que el Juez al fijar las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes, atenderá a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad del sujeto, enumerando diversos aspectos que serán tomados en consideración,

de los que se infiere, que además de punir por la conducta típica antijurídica y culpable asumida por el acusado, se observarán aspectos personales de este sujeto, dando lugar a que no solamente estamos puniendo por lo que el sujeto hizo, sino que también influyen circunstancias personales de éste.

En este sentido **Fernández Carrasquilla** establece que "...al decir de MEZGER, la determinación judicial de la pena está regida por el "dogma del acto", en cuanto depende de la existencia y gravedad del hecho, pero también del "dogma del autor" en cuanto debe también adaptarse a la personalidad del autor; aunque difícilmente esta última exigencia puede separarse, sobre todo en la práctica judicial, de la doctrina de la peligrosidad. ..." ⁷

Por lo que podemos decir que, sólo partiendo de una concepción correcta de los fines de la pena, se puede juzgar que hechos son importantes para la determinación judicial de la pena y como hay que valorarse. La pena es considerada por **Fernández Carrasquilla** como "...un mal necesario o una amarga necesidad social..." ⁸.

Esto es, mal porque la pena significa un sufrimiento a quien se le impone y representa un costo humano y social muy elevado para la comunidad, pero a la vez su justificación se sustenta en base a que es necesaria o imprescindible para preservar la convivencia pacífica entre los hombres, no obstante que represente un costo muy elevado. Esta, debe servir a una retribución justa del delito y de la culpabilidad, por lo que se atribuye al principio de culpabilidad una función tanto fundamentadora de esta, por ser indispensable su existencia para que el juzgador en la sentencia, la imponga al sujeto responsable de la conducta típica, antijurídica y culpable. En base a la culpabilidad, se manifiesta un límite al poder

⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Juan, Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Edit. Temis. Bogotá 1989. pág. 441

⁸ Ibidem, pág 443.

punitivo, puesto que el Juzgador al fijar la punición aplicable por el hecho delictivo cometido, no debe rebasar el grado de culpabilidad del sujeto del delito, aunque se determine una necesaria prolongación en atención a cuestiones de prevención general y prevención especial.

Es por lo que, la determinación judicial de la pena debe ajustarse, en primer lugar, a la función retributiva que la pena tiene implícitamente. A la misma altura está el fin preventivo especial de la pena, conforme a éste, la pena debe determinarse contribuyendo a la reinserción social del delincuente y procurando no perjudicar su situación social más de lo estrictamente necesario. Por último, debe tenerse en cuenta otro fin indispensable de la pena "la prevención general", de acuerdo a ésta la pena debe determinarse de tal modo que neutralice el efecto del delito como ejemplo negativo para la comunidad, contribuyendo con ello, al mismo tiempo, a fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad.

En la individualización judicial, el Juez precisará la pena a imponer al caso concreto, dentro del marco establecido en la individualización legal. Para esta concreción deberá tener presentes los fines de la pena, fundamentalmente la prevención general con la finalidad de recabar la confianza en el derecho de una colectividad y servir con una función intimidatoria; y prevención especial, para lograr la reinserción y readaptación del delincuente, con el fin de prevenir la comisión de futuros delitos.

La individualización judicial no es una tarea sencilla, si tomamos en consideración que se encuentra en juego la libertad de una persona, y no obstante que el legislador establece que la pena debe ser justa en atención a la gravedad del delito cometido, y a la culpabilidad del sujeto, fijando reglas generales para la aplicación de las penas, pues vemos en realidad que la punibilidad es en determinados casos excesiva, como tenemos en el llamado ROBO ESPECIFICO, previsto en el artículo 371 del Código Penal para el Distrito

Federal, sin que el Juzgador aún observando esta incongruencia, pueda hacer algo por el delincuente, al tener la obligación de fijar una pena dentro del marco genérico preestablecido por el legislador en dicho tipo penal.

En otro aspecto, la individualización judicial no se encuentra desligada con la legislativa y ejecutiva, puesto que para lograr los fines de la pena, es necesario una armonía entre estas fases o niveles de determinación, sin que pueda fincarse a cada actividad un fin distinto, ya que de lo contrario daría lugar a lo que se denomina como disfuncionalidades o antinomias.

Es por estas circunstancias que **Diego Manuel Luzón Peña** señala "...si en esas esferas parciales se dan exigencias o características contrapuestas, se producen entonces la disfuncionalidad del sistema del Derecho Penal o, en terminología similar, conflictos, contradicciones, antinomias y falta de armonía dentro del sistema global...".⁹

4.3. LA INDIVIDUALIZACION EJECUTIVA.

La individualización administrativa, se refiere a la fase ejecutiva de las sanciones, y se basa en la observación del sentenciado durante el cumplimiento de la pena impuesta por el Juez en la sentencia condenatoria.

Aún cuando el Juzgador ha condenado al sentenciado a una clase y cantidad de pena en su fallo pronunciado, en base a los datos aportados durante la secuela procesal y tomando en cuenta el grado de culpabilidad y circunstancias personales del sentenciado, así como la gravedad del hecho, tiene la obligación de una vez que cause ejecutoria dicha resolución, poner a disposición de la Dirección de Ejecución de Sentencias, dependiente de la Subsecretaría de

⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Antinomias Penales y Medición de la Pena. Trabajo del Seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona. Mayo 1979. pág. 190.

Gobierno del Distrito Federal, a dicho sentenciado quien se encargará de dar cumplimiento a la misma. Por esta razón, los funcionarios encargados en esta etapa, debido a que tienen contacto directo y diario con los condenados, cuentan con la facultad de acción de hacer cumplir con la pena, así pueden disminuir o cesar la punición previamente establecida, a fin de que puedan condicionar su ejecución a la forma en que reaccione el sujeto ante la aplicación del tratamiento.

En este momento el principio de culpabilidad también tiene ingerencia, puesto que aún cuando los funcionarios encargados de ejecutar la pena, cuentan con amplias facultades decisorias respecto al tratamiento y método a utilizar para cumplir con el cometido de readaptación y resocialización de los condenados, cierto es, que su decisión no puede ir más allá de la pena impuesta por el Juzgador en la sentencia condenatoria, que presupone es la exactamente aplicable al grado de culpabilidad y en atención a las circunstancias personales del sujeto.

En este sentido, se infiere que el principio de culpabilidad versa en todas las fases o niveles de individualización de la pena, por ser considerado como el fundamento y límite de la pena. Pero en el caso de ejecución en medidas de seguridad para sujetos inimputables o de aquellos que tengan la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, versa fundamentalmente en atención a la peligrosidad del sujeto. En estos supuestos, los encargados de centros hospitalarios o la autoridad sanitaria, tiene como límite el grado de peligrosidad del sujeto, sin que la duración pueda exceder el máximo que corresponda de la pena aplicable al delito, como se prevé en el artículo 69 del Código Penal para el Distrito Federal, .

Por otro lado, creo que importante resulta advertir el descontrol existente en los centros penitenciarios, pues si bien, uno de los fines de la pena es la resocialización del delincuente, vemos que en realidad es obsoleto, debido a la falta de instalaciones adecuadas, por la sobrepoblación, corrupción y delincuencia

dentro de los centros penitenciarios, que lejos de ser una forma de readaptación del condenado, son en realidad una escuela del crimen.

En la individualización ejecutiva, es de suma importancia la prevención especial, pues en base a esta, la autoridad ejecutora observará las circunstancias personales del condenado, y si estas reúnen los requisitos establecidos en el artículo 84 de la Ley Penal, como es el caso de observar buena conducta durante la ejecución de la sentencia, que al efectuarse un estudio de personalidad, se determine presumiblemente que está socialmente readaptado y que se encuentra en condiciones de no volver a delinquir, entre otras, podrán conceder a éste su libertad preparatoria, una vez que se de cumplimiento a las tres quintas partes de la pena fijada por el Juzgador en la sentencia definitiva, cuando estimen que en caso de proseguir con su ejecución ocasionaría un descontrol en el sujeto, a excepción de los supuestos que dicho precepto señala.

5. DETERMINACION JUDICIAL Y FINES DE LA PENA.

Considerando que la determinación judicial es la principal actividad dentro del sistema penal, en la que el Juzgador establece las consecuencias jurídicas aplicables al sujeto responsable de un delito, es necesario inferir los fines que puedan asignársele y que sea factible cumplir a través de la pena.

Por un lado observamos que las teorías absolutas actualmente se encuentran abandonadas, puesto que encuentran su fundamento jurídico en compensar un mal (el delito), causándole otro mal (la pena), sin que en momento alguno considere al delincuente como una persona, sino como aquél sujeto que merece un castigo de igual magnitud que el cometido, considerando por Kant "...que esta idea sólo es susceptible como una creencia de fe, lo que es

inadmisible porque el poder que se otorga al Estado no es nombre de Dios, sino del pueblo..”.¹⁰

En este orden de ideas, las teorías relativas absolutas, dentro de las que se encuentra la prevención especial y prevención general, también se les efectúan cuestionamientos, en razón de que únicamente enfocan a señalar a la pena el carácter de instrumento de preservación del orden social, bien sea bajo la óptica de una prevención general, con eficacia amedrentadora e inhibitoria de posibles realizaciones delictuosas por los miembros de la colectividad; o bien en los términos de una prevención especial, enfocada solo hacia la persona concreta del delincuente para evitar que cometa nuevos delitos (--buscando su readaptación, reintegración, resocialización, etcétera--). Luego entonces, estas teorías retributivas parecerían del todo correctas, pues considera al sujeto como portador de derechos fundamentales, ayudando a su reintegración a la sociedad, y prevenir la comisión de futuros delitos, sin embargo, no limitan el tiempo de la pena que sufriría el condenado, dando lugar a una pena indeterminada, que consistiría en retener al sentenciado el tiempo que fuere necesario para lograr su resocialización total. El autor **Claus Roxin**, al respecto también establece “...que las teorías relativas, se enfrentan con la cuestión de con que derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado...”.¹¹

De este modo, encontramos como un punto intermedio a la “teoría mixta”, que en la actualidad tienen preponderancia en razón con las demás, al considerar que el objeto de la pena no es simplemente el retribuir con al sujeto del delito con sufrimiento como es la pena, ni tampoco enfocarse exclusivamente a la prevención especial para evitar la comisión de futuros delitos, a través de la readaptación y resocialización del sujeto activo, mucho menos, únicamente a la prevención general, puesto que se estaría utilizando como instrumento al sujeto,

¹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito . pág. 82.

¹¹ Ibidem. pág. 87.

para intimidar a la sociedad ante la ejecución de futuros delitos. Su objetivo, versa que en debe existir unión entre la teoría absoluta y las teorías relativas, pues sólo de esta manera se logrará un equilibrio que permita al mismo tiempo proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y lograr la resocialización del sujeto, para que una vez que se encuentre en condiciones pueda integrarse nuevamente a la sociedad, sin que nuevamente cometa otro delito.

En este contexto, advertimos que el Juez al momento de sancionar una conducta delictuosa, lo hace en primer término en cumplimiento de su cometido de administrar justicia, ante el desvalor sufrido de un bien jurídico, por el sujeto responsable a quien se considera acreedor a la punición impuesta. Pero también se infiere que este acto de justicia debe estar precedido por un acto de decisión por parte del legislador, al ser éste quien determina que hechos deben ser sancionados tomando en consideración la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales de la colectividad, y establecer en la norma penal el marco legal genérico que obedece al desvalor sufrido, dentro del cual la actividad del Juzgador se va a desenvolver, puesto que a través de la punición establecerá la pena correspondiente a un caso en concreto, quien además al realizar un estudio pormenorizado de la gravedad del hecho cometido, pretende fines de prevención especial, al querer la enmienda del sentenciado para que no vuelva a delinquir. Al respecto el autor **Claus Roxin**, establece que "...Nuestro punto de partida es que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado..."¹²

Sin embargo, aún cuando el Doctor Claus Roxin, afirme que el Derecho Penal se manifieste de tres formas, y que además cada uno de éstos necesita de una justificación por separado, es importante precisar que con esta idea, se infieren los tres estadios o niveles de determinación de la pena, y que además

¹² RAUL ZAFFARONI, Eugenio. ob. cit. pág. 189.

para la existencia de una armonía en el sistema penal, se requiere que éstos niveles de determinación tengan un fin en común, que es la protección de bienes jurídicos esenciales para la existencia de un orden social.

Es por esto, que ni el legislador al fijar en la ley penal la punibilidad en atención a fines de prevención general, ni el juzgador al individualizar esta, a través de la punición a un caso concreto, ni mucho menos la autoridad ejecutora, al encargarse de que el sentenciado cumpla con la condena impuesta en la sentencia definitiva, no deben perder de vista que su actividad nace ante la necesidad de un orden social, para la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la colectividad, y que su actividad sólo debe estar encaminada a lograr este fin.

Ante estas circunstancias, advertimos que el legislador en el artículo 17 Constitucional únicamente obliga al Juzgador a resolver lo que corresponda en justicia, al disponer en el párrafo segundo que es derecho de cualquier persona "...a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...", sin que para ello exista la necesidad de establecer cual de las teorías fue aplicable al caso concreto. Aunque existe un caso de excepción contenida en la parte segunda del primer párrafo del artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que cuando se trata de punibilidad alternativa, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando sea ineludible a los fines de justicia, prevención general, prevención especial". Al respecto, cabe preguntarse si tal aseveración del legislador es correcta, puesto que por un lado encontramos que la prevención general se encuentra ya implícita en la punibilidad establecida por éste en la norma penal, e imponer como obligación al juzgador fijar la pena al caso concreto la prevención general, estaríamos quizás valorando doblemente aspectos que se supone fueron tomados en consideración, como un medio de intimidación hacia la comunidad, por otro lado, también es inconcebible esta exigencia en el Código Penal, puesto que constitucionalmente el órgano jurisdiccional, tiene la discrecionalidad de resolver los conflictos en base a la finalidad de justicia, sin que esto exija tomar en

consideración fines de prevención especial y prevención general, ni mucho menos analizarlos en la misma.

En este sentido, se manifiestan los argumentos de *García Arán* al aseverar: "...Incorporar criterios preventivo-general directamente a la decisión del Juez es alterar su función. Pues con ello se le atribuyen competencias reguladoras con carácter general, lo que es propio del legislador; introducir exigencias preventivo-generales basadas en la alarma social, no debe llevarnos a olvidar cómo se genera la opinión pública y el carácter inestable de ésta; no está probado que una sentencia que recoge exigencias preventivo-generales logre estos efectos..."¹³

6. PODER DE CONNOTACION JUDICIAL ANTE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IGUALDAD.

Al respecto, *Alicia Azzollin* considera que "...la determinación en concreto de la medida de la pena, concierne al poder de connotación judicial, en donde inevitablemente requiere de juicios de valor, mientras que la denotación legal, se enfoca a la determinación en abstracto del tipo de pena establecida por el legislador en la norma penal..."¹⁴

El principio de legalidad aparece como limitador de la potestad punitiva del Estado y garantizador de los derechos de todos los ciudadanos. En base a esto, el juzgador no puede aplicar penas distintas de las que están previstas en la ley, así al respecto el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero dispone: "...no podrá imponerse pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo que significa una limitación a la función del Juzgador, al impedir que aplique por simple analogía las normas penales que

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Edit. Tiran lo Blanch. Valencia. 1996. pág. 97.

¹⁴ AZZOLINI, Alicia. La punición: una expresión del Poder Judicial de connotación. Criminalia. Año LXIII, No. 3, México D.F., Sep-Dic. 1997. Edit. Porrúa. pág. 77.

fundamente la responsabilidad penal”, lo anterior, resulta ser una garantía de Seguridad Jurídica de los gobernados ante la Función Judicial, pues si bien los juzgadores gozan de una discrecionalidad al imponer la pena correspondiente a cada caso concreto, también cierto es que, no podrán hacer uso de su criterio, para determinar si una conducta es antijurídica o no, ya que para que pueda ser considerada como un delito y sancionada por una norma penal, debe encuadrar perfectamente en la conducta establecida previamente por el legislador.

Esta garantía se encuentra vinculada en el dogma “no hay crimen o delito sin ley”, que rige en el Sistema Penal Mexicano, y que indiscutiblemente es de suma importancia, puesto que una conducta sólo podrá considerarse antijurídica y por lo tanto castigada, siempre y cuando previamente se encuentre descrita por el legislador en la norma penal y exista el marco legal aplicable al caso concreto. En este sentido aún cuando una conducta se considera como nociva socialmente y reveladora de necesidad de pena, el Estado no podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicos penales, si antes no la ha advertido expresamente en la ley, es decir, si la misma no se encuentra tipificada.

En este sentido, se advierte que al principio “no hay delito sin ley”, se vincula otro del mismo grado “no hay pena sin ley” (--nulla poena sine lege--), al determinarse que aún cuando una conducta típica se encuentre previamente establecida en la norma penal, para que el Juzgador en su momento individualice la punibilidad aplicable al caso concreto, ésta debe estar señalada previamente en la ley penal por el legislador, fijando un mínimo y un máximo de penalidad, que visualice el desvalor ocasionado al bien jurídico tutelado, y a través del cual el Juez fijara la pena concreta.

Por su parte, **Landrove Díaz** considera que “...la garantía de legalidad, asegura jurídicamente al ciudadano frente a eventuales arbitrariedades del Juzgador. La pena sólo puede ser impuesta por los órganos jurisdiccionales

competentes, con estricta observancia de las leyes procesales y como consecuencia de un previo juicio penal..."¹⁵

Debemos señalar que, otro aspecto en el que tiene ingerencia el principio de legalidad, es el relativo a la indeterminación legal absoluta, que supone el no establecimiento de pena concreta ni por el legislador ni por el juzgador, puesto que únicamente se enfocan a advertir la existencia o inexistencia del delito, y es precisamente los encargados de ejecutar las penas, quienes determinarán cuantitativa y cualitativamente la pena aplicable a este sujeto. Así **Claus Roxin**, asevera que: "...Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo..."¹⁶

En este sentido Jiménez de Asúa considera que la determinación de la pena, debe ser determinada posterior y no anterior al hecho cometido, pues en realidad en la ejecución de la sanción, es donde se puede determinar el tiempo necesario para la readaptación del delincuente.

Por el contrario en México rige el principio "nullum crimen, nullum poena, sine lege", sustentada básicamente en que el legislador tomando en consideración el desvalor a los bienes jurídicos tutelados, determinará previamente en un ordenamiento jurídico, la punibilidad considerada justa para la lesión a este bien. Circunstancias que además, se regulan constitucionalmente en el artículo 17 al establecer que "no se aplicará por analogía ni aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté debidamente decretada en la ley y exactamente aplicable al delito de que se trate".

¹⁵ LANDROVE DIAZ, Gerardo. ob. cit. pág. 19.

¹⁶ ROXIN, Claus. ob. cit. pág 169.

En este contexto, el cumplimiento al principio de legalidad se refleja a través de un marco penal inamovible atribuido a cada conducta, en los que el legislador establece un marco penal genérico a cada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que considera fundamental para la colectividad, dentro del cual el Juez tiene pocas posibilidades arbitrarias, al exigir fijar la punición en el caso concreto, atendiendo las reglas de medición previamente establecidas por el legislador.

Por otro lado, observamos que otra cuestión de suma importancia en la función judicial, es la "prohibición de retroactividad de la ley". Este dogma se plasma como una garantía de legalidad en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer "...a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna...". En efecto, al momento de individualizar la punibilidad aplicable al caso concreto, a través de la punición en la sentencia definitiva, el Juzgador debe acreditar en primer término, la existencia de los elementos que integran el cuerpo del delito de que se trate, posteriormente analizará si efectivamente dicha conducta es atribuible al acusado, y bajo que características fue desplegada, acreditando plenamente la responsabilidad penal de éste en la comisión del ilícito que se le atribuye, una vez que ya se ha demostrado fehacientemente estos dos aspectos, ahora corresponde fijar la punición aplicable, en este caso es necesario advertir la fecha en que ocurrieron los hechos que se le atribuyen al acusado y que legislación se encontraba vigente en este momento, en razón de que la pena a imponer se fijará dentro del marco legal vigente, al momento que se cometió dicha conducta delictiva, en caso de que ésta fuera más benigna que la vigente al momento de resolver el fallo definitivo. Puesto en caso contrario, si ésta última dispone una punibilidad menor a la legislación vigente en el momento de los hechos, el Juez deberá sancionar en base a esta ley.

De este modo, aunque el Juzgador cuenta con determinados espacios de discrecionalidad, para fijar la punición que corresponda al delito cometido, debe

respetar ante todo la garantía de igualdad, en razón de la Constitución Política Mexicana en el artículo 17 establece: "...que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales, que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes...". En efecto, la función del Juzgador en el proceso surge ante la necesidad de que una persona ajena al juicio, decida sobre la procedencia del mismo, de esta forma su actuar deberá ser imparcial ante las partes del proceso, y resolver en atención a su criterio jurídico, en base a los elementos que hayan sido aportados y finalmente al fijar la punición deberá además de analizar la gravedad del hecho, todas las circunstancias personales del sujeto, como sus ingresos económicos, grado de escolaridad, ocupación, factores que lo determinaron a delinquir, otros ingresos anteriores a prisión, esto permitirá que la pena impuesta se enfoque además a una prevención especial, con la finalidad de lograr una resocialización del sujeto.

Por otro lado, **Jescheck** manifiesta "...que no se considera como una lesión al principio de igualdad el que exista una praxis distinta en los diversos tribunales o en las diversas salas del mismo Tribunal o el cambio en la praxis de la determinación de la pena de las mismas salas..."¹⁷

Circunstancia que considero incorrecta, puesto que el hecho de permitir diversos criterios de determinación de la pena en cada Juzgador, o en las salas penales, lesiona el principio de igualdad, en razón de que no obstante existir previamente para cada delito una punibilidad aplicable, que corresponde al desvalor que sufre el bien jurídico, es evidente que el Juzgador cuenta con espacios de discrecionalidad, que le permiten decidir cuantitativa y cualitativamente la pena aplicable. De este modo, observamos que aún cuando se trate de un delito de la igual naturaleza, en el que concurren circunstancias semejantes y la culpabilidad del sujeto sea la misma, la sanción que impone cada uno de los jueces es diferente. También en este sentido, las salas del Tribunal

¹⁷ HEINRICH JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Bosch, Casa Editora, S.A. pág. 1193.

Superior de Justicia, resuelven las apelaciones con distintos criterios, generando en el Juez confusiones ante la forma de resolver y que definitivamente lesionan el principio de igualdad de circunstancias en que deben encontrarse los sujetos del delito.

De esta manera, *Beccaria* estableció en su célebre obra "Del delitti e delle pene (1764) que: "...El principio de igualdad ante la ley forzosamente conducía a poner en cuestión la situación existente, en que las diferencias sociales influían en la administración de justicia, al tiempo que exigía que las normas penales fueran taxativas y claras para poder ser conocidas..."¹⁸

Un Estado de Derecho, debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. El ordenamiento jurídico, no sólo ha de disponer de métodos y medidas adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado. Como hemos visto, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad (para el caso de medidas de seguridad), pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley, se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

¹⁸ GARCIA ARAN, Mercedes. Los criterios de determinación de la pena en Derecho Español. Edicions de la Universitat de Barcelona. pág. 82.

CAPITULO II.

LA INDIVIDUALIZACION JUDICIAL EN FUNCION DE LOS FINES DE LA PENA.

1. TEORIAS DE LA PENA Y PUNICION.

A través de las teorías de la pena, parecería que se tiene la respuesta a la pregunta que en todas las épocas se ha formulado la sociedad, ¿Cómo y bajo que presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida en su existencia social?.

1.1. RETRIBUTIVA

Los defensores de la teoría retributiva son KANT y HEGEL, quienes consideran a la pena como un mal necesario. A través de esta teoría establecen que mediante la imposición de un mal (--de una pena--), merecidamente se retribuye la conducta antijurídica asumida por el autor culpable de un delito. Además se considera como una teoría "absoluta", al concebir a la pena como el castigo que se impone por el hecho cometido, sin que se busque con ésta un efecto en la sociedad o en el mismo individuo.

Con estas ideas, *Hegel* interpreta al delito como "...negación del Derecho, y la pena como la negación de la negación...".¹⁹

En la idea de la retribución, pareciera que se tratara de una venganza, así es considerada como una concepción absoluta y cerrada de la pena, como un castigo que no persigue otra finalidad que la de que el sujeto que lesiona un bien

¹⁹ ROXIN, Claus. ob. cit. pág. 83.

jurídico tutelado y altere la vida en sociedad, reciba el castigo merecido, así encontramos que el sentido de la pena para esta teoría se atribuye en el que la culpabilidad del autor de un ilícito, sea compensada mediante la imposición de una pena, en donde su fundamento lo es la justicia, mediante un acto de creencia de fe.

La justificación de esta teoría estriba en que toda persona que se encuentre privada de su libertad en un centro penitenciario, debe sufrir por los hechos que cometió, porque es necesario que impere la justicia como un mandato de Dios, y la pena como ejecución de la función judicial divina.

Esta aseveración es inadmisibles porque en primer término no se puede borrar el mal cometido, con la imposición de otro mal y en segundo porque la idea de la retribución no puede concebirse como un acto de justicia que calme las ansias de venganza del pueblo contra el delincuente y finalmente, porque las sentencias pronunciadas por el Juzgador, no son en nombre de Dios, sino en representación del pueblo.

Por otro lado, detrás de esta idea de retribución, se encuentra el viejo principio "ojo por ojo, diente por diente", así se presupone que la pena debe compensar lo que en justicia corresponda en su duración e intensidad la gravedad del hecho cometido.

De esta manera, *Kant* al intentar fundamentar las ideas de la retribución, estableció: "...Tanto como sean los asesinos que hayan cometidos un asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según las leyes generales y fundamentadas a priori..."²⁰

²⁰ ROXIN, Claus. ob. cit. pág. 82.

La idea de la retribución marca un límite al poder punitivo del Estado, porque la pena ha imponer tiene que ser acorde a la gravedad del injusto cometido y por ser ésta una institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia, ni está legitimado para ello. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (un delito), causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.

De esta manera la voluntad de los ciudadanos esta limitado a la protección de los bienes jurídicos colectivos, con el objeto de una convivencia pacífica y por lo tanto el Estado al ser representante de la sociedad, debe enfocar su cometido a dicho propósito. Por otro lado una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal, es un medio inadecuado de lucha contra la delincuencia, porque contrario a buscar un efecto resocializador del delincuente y evitar la comisión de nuevos delitos, parecería que encuentra la puerta más fácil aislando al sujeto de la sociedad imponiendo un mal como castigo al daño cometido.

Esta teoría presupone la necesidad de la pena, como una compensación de la culpabilidad humana, sin embargo, esto no quiere decir que el Estado este facultado para retribuir en la misma cantidad y grado el hecho cometido, máxime que no especifica cuando una conducta debe penarse, sino únicamente se refiere que con la pena que se imponga se retribuye un delito, sin que de ninguna manera se especifique el porqué y bajo que presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar.

En este sentido **Luzón Peña**, pone de manifiesto que es insatisfactoria la justificación de la sanción penal del Estado, mediante la idea de la compensación de la culpabilidad, al advertir: "...como es sabido, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, es

indemostrable, por la sencilla razón que no es posible por método científico demostrar que una persona podía haber obrado de otro modo".²¹

Por otro lado, se advierte la objeción de que la idea de retribución compensadora sólo puede ser aceptada mediante actos de fe, como un castigo divino de manera muy subjetiva, porque es inadmisibles que se pueda borrar el mal cometido, imponiendo otro mal.

2. PREVENCIÓN GENERAL.

Esta teoría, fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm (1775-1833), que es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán. Las primeras formulaciones claras sobre la finalidad preventivo general de las penas, aparecen con el utilitarismo, corriente aparecida en Inglaterra a partir de la instauración de la burguesía en el poder.

En ella se considera que no es admisible como único objetivo la imposición de la sanción penal, con un efecto puramente retributivo, sino por el contrario debe perseguir que esta imposición produzca efectos intimidatorios en la sociedad y lograr de esta que el resto de los individuos se abstengan de delinquir ante la intimidación de que son objeto.

La justificación de las normas penales, es la protección de bienes jurídicos y por lo tanto la satisfacción de las necesidades del pueblo, ante este presupuesto el Estado debe perseguir la evitación de delitos, de donde deriva la finalidad intimidatoria sobre la generalidad atribuida a las penas.

²¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Antinomias y Medición de la Pena. Trabajo del Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal. Universidad de Barcelona. Mayo 1979. pág. 198.

Es por esto, que **Claus Roxin**, considera que "...el efecto de la prevención general, al determinar la pena según la medida de la culpabilidad, tiene el fin de fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad, imponiendo al sujeto por su hecho, la sanción que ha "merecido", es decir, lo que corresponde a la gravedad del delito, consiguiendo de ese modo que la sentencia sea aceptada como adecuada por la sociedad y contribuyendo así a la estabilización de la conciencia jurídica general...".²²

Pero no obstante enfocar su objetivo a la generalidad, también encontramos que no existe justificación ante la facultad intimidatoria del Estado, y al igual que en la teoría retributiva, no delimita la duración del tratamiento terapéutico-social y en el caso concreto puede sobrepasar la medida requerida para intimidar a la sociedad. En este orden de ideas, si el fundamento de la pena, estriba en evitar a toda costa la comisión de nuevos delitos mediante la intimidación, tendrá necesariamente ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Pero si partimos de esta idea, resulta inadmisibles, puesto que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, al tratar al individuo como un instrumento y ser contrario a Derecho, ante esta situación advertimos la necesidad de una delimitación ante los fines intimidatorios.

Por lo que, advertimos que la idea de prevención general como efecto intimidatorio a la comisión de nuevos delitos, es inaplicable por ser imposible probar a la fecha el efecto de prevención general en muchos grupos de delitos y delincuentes, ni mucho menos que tenga efectos en la sociedad, porque aún cuando un delito ilícito se sancione con la pena más severa, contrario a disminuir la comisión de dichos delitos, las estadísticas marcan un porcentaje igual o quizás mayor. Se puede aceptar que el hombre en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre en delincuentes profesionales, ni tampoco en delincuentes impulsivos ocasionales.

²² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. ob. cit. pág. 203.

Consideramos que, resulta injusto el imponer un mal a un sujeto, con la finalidad de que otros omitan cometer otro mal, pues estaríamos utilizando al sujeto como un instrumento ante la sociedad. **Kant** criticó este aspecto, al considerar que atenta contra la dignidad humana, e hizo constatar 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...".²³

Así, la teoría de la prevención general es inadmisibles por carecer de fundamento el Derecho Punitivo del Estado de intimidar a la sociedad, instrumentando al individuo para lograr su cometido, ni limitar sus consecuencias.

De este modo, **Feuerbach** "...deriva su doctrina de prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción", opinaba que había que provocar en la psique del indeciso sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos e impedir la comisión y de esta manera ejercer una "coacción psíquica", para abstenerse de la comisión del hecho..."²⁴

Basando su teoría en la idea de que si el sujeto de antemano esta conciente que su actuar traería como consecuencia la imposición de un mal por parte del Estado, se abstendría de cometer nuevos delitos, por ser más desagradable el mal impuesto, que el impulso no satisfecha de la comisión del delito.

La prevención general tiene un efecto negativo, que se puede describir con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes y un aspecto positivo que busca la conservación y el refuerzo de la confianza del pueblo en la firmeza y poder de ejecución el ordenamiento jurídico.

²³ ROXIN, Claus. Problemas. ob. cit. pág. 18.

²⁴ *Ibidem*. pág. 90.

En la prevención general positiva se puede distinguir tres fines: 1) El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; 2) el ejercicio de la confianza del Derecho, que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; 3) el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica y finalmente, el efecto de pacificación, que se origina cuando la conciencia de la comunidad se tranquiliza, cuando piensa que la ley se aplica de la manera justa y por lo tanto el problema se encuentra resuelto.

También, podemos advertir que **Claus Roxin**, distingue tres formas de prevención general: "...la intimidación, la prevención compulsadora (la culpabilidad) o prevención integradora y estabilizadora de la conciencia jurídica general ..."²⁵.

Sin embargo de estas tres formas, se llega a la conclusión que tiene eficacia sólo dos: la intimidación de los gobernados derivadas de las penas impuestas a otros sujetos, y el prevalecimiento y credibilidad de la sociedad en el orden jurídico, en el supuesto de que se considera que las penas impuestas por el Juzgador, son adecuadas al hecho delictivo cometido por el sentenciado.

1.3. PREVENCIÓN ESPECIAL.

La teoría de la prevención especial, es una teoría "relativa", contrapuesta a la de retribución. La palabra "relativo" viene del latín "referre" que es igual a "referirse a". Tiene su origen en el pensamiento penal, derivado de las ideas de Protágoras transmitida por Platón, encontrando la formulación clásica de las teorías preventivas, en la siguiente frase "...Nam, ut Palo ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur ("Pues, como dice Platón, Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque..."²⁶.

²⁵ ROXIN, Claus. ob. cit. pág.

²⁶ . LUZÓN PEÑA, Manuel. ob. cit. pág. 202.

En el siglo XIX la escuela jurídico-penal sociológica la revivió, a través de Franz V. Liszt (1851-1919). Este exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor, "...la intimidación del delincuente ocasional; la corrección del autor corregible; la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore...".

Esta teoría, se orienta hacia el delincuente antes que a la comunidad social y por lo tanto actúa en el momento de la ejecución, y da pie a la utilización de conceptos como reinserción, resocialización, rehabilitación.

Esta no enfoca su objetivo a retribuir con un mal el daño ocasionado (teoría retributiva), ni mucho menos intimidar a la sociedad con sufrir un mal, utilizando al individuo como un instrumento (prevención general), sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir futuros delitos por parte del autor, sin que tenga la necesidad de expulsarlo ni remarcarlo, por el contrario su finalidad es reintegrarlo a la sociedad como un sujeto portador de derechos fundamentales..

De igual forma que en las anteriores teorías, la prevención especial no delimita el ius puniendi en cuanto a su contenido, ante la idea de que no sólo todos somos culpables, sino que todos somos corregibles. Sin embargo, esta concepción como un efecto resocializador del sujeto, debe enfocarse sólo contra aquellos inadaptados en extrema medida a la sociedad.

Si tomamos como base que la idea de la prevención especial es la readaptación o resocialización del delincuente, entonces la disposición contenida en el precepto 69 del Código Penal para el Distrito Federal relativa a que, en ningún caso la duración en el tratamiento del sujeto inimputable socialmente responsable, no podrá exceder de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Puesto que de acuerdo a la finalidad de esta teoría, la autoridad ejecutora debería dejar en libertad al inimputable hasta el momento en

que se logre su completa curación. Sin que haya la necesidad de una vez concluido éste término, en caso de que dicha autoridad considere que el sujeto continúa necesitando de tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias, en razón de que rompería con la continuidad del tratamiento iniciado.

Por otro lado, siguiendo la idea de la prevención especial, considero que aún cuando el delincuente cometiera un delito considerado como grave, el Juzgado estaría facultado para imponer una pena menor a la establecida por el legislador en la norma penal o en su defecto no sancionar con pena alguna, al advertir que no existe peligro de reincidencia y como consecuencia no hay necesidad de readaptar o resocializar al sujeto.

De esta manera, **Claus Roxin** establece como ejemplo "... los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes, sin embargo estos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de resocialización alguna, tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiere que intimidarlos y asegurarlos...".²⁷

La teoría de la prevención especial, considera que la única misión de la pena es lograr el desistimiento del autor en la comisión de futuros delitos y lograr que se reintegre a la vida en sociedad, como una persona con derechos fundamentales; contrario a lo sustentado por la teoría de la retribución, que busca sólo la forma de retribuir al sujeto por el mal cometido.

²⁷ ROXIN, Claus. Problemas. ob. cit. pág. 16.

1.4. UNIFICADORA.

Esta teoría intenta unir a las teorías absolutas, con las teorías relativas (--prevención general y prevención especial--), considerando que las funciones de ambas deben desarrollarse totalmente para lograr una relación equilibrada, que permita intimidar a la sociedad con la punibilidad establecida en la norma penal y al mismo tiempo lograr con la punición impuesta por el Juzgador retribuir al sujeto el hecho cometido con una sanción, logrando a través de esta la resocialización y readaptación del condenado.

Además considera que son correctos los fines perseguidos por la teoría de la retribución y las teoría de la prevención general y especial, pero es erróneo que cada una persiga fines distintos, puesto que si para lograr el objetivo de las penas de prevenir la comisión de nuevos delitos, mediante la advertencia de imponer una sanción a la colectividad, y el padecimiento de la pena por el que ha delinquido, entonces la sanción concreta que ha de sufrir el delincuente, debe ser de entidad suficiente como para cumplir estos fines, en relación al hecho cometido, ahí se concibe la retribución como el medio necesario para la prevención perdiendo su carácter absoluto y sirviendo a su vez de límite a los fines preventivos, ayudando a la readaptación y resocialización del sujeto .

Es así, como **Claus Roxin** establece: "...que la prevención especial y la prevención general, deben figurar conjuntamente como fines de la pena, puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular, como sobre la comunidad, ambos medios se subordinan al fin último, al que se extienden y son igualmente legítimos..."²⁸

Sin embargo, considero que esta teoría tiene las mismas contrariedades a que se ha hecho alusión, en el presente capítulo. En efecto se advierte en primer lugar que no es posible vincular las ideas de la retribución, con las de la

²⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal. ob. cit. pág. 95

prevención (--general y especial--), por que la primera es considera como la imposición de un mal necesario a un sujeto que ha cometido otro mal de igual valor, lesionando bienes jurídicos protegidos por el Estado, sin que tome en cuenta a la sociedad o al individuo en particular, sino únicamente como necesidad de ese mal.

Por otro lado las ideas de prevención general se dirige a la intimidación de comunidad para prevenir futuros delitos, y en este sentido el hecho de que el legislador obligue al Juzgador a tomar en cuenta para efectos de la punición, la prevención general consideramos es equivocada, al considerar al delincuente como un mero instrumento que sirva de intimidación para los demás.

Y por último la teoría de la prevención especial, dirige su cometido a la readaptación y resocialización del sujeto que ha delinquido, sin que este aspecto tenga la idea de retribuir con la pena el mal cometido, sino por el contrario el prevenir por parte de éste la comisión de futuros delitos.

Por lo que en nuestro concepto, se pone de manifiesto la inoperancia de esta teoría, al señalar el legislador en la ley reglamentaria, aspectos de prevención especial y prevención general únicamente, criterio que a mi consideración es inaceptable, como más adelante expondré en su capítulo correspondiente.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y FINES DE LA PENA.

Los fines de la pena, tienen sustento jurídico en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al permitir en primer término, renunciar a la pura retribución, como una concepción segregacionista del sujeto y proporcionar fundamento Constitucional a diversas instituciones a través de las cuales, se determinará la existencia de un delito y que éste pueda o no ser imputado a un

sujeto determinado, así vemos como el legislador a través de una Política Criminal, crea la norma penal, plasmando tipos penales, basados en la protección a bienes jurídicos fundamentales de la colectividad, y estableciendo una punibilidad en atención a principios de Prevención General, como una forma de intimidación hacia los gobernados, con el objeto de que se abstengan de la comisión de un delito bajo la imposición de un mal; así vemos que constitucionalmente, el gobernado se encuentra protegido ante una idea retribucionista, a través de la llamada garantía de seguridad jurídica, contemplada en el numeral 14 de la Carta Magna, puesto exige que aún cuando se considere que un sujeto ha lesionado un bien jurídico, no se le puede privar de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino únicamente a través de un tribunal previamente establecido y mediante un procedimiento y conforme a leyes establecidas con anterioridad al evento típico, ante esta situación vemos que esta idea de retribución de la imposición de un mal por otro mal se encuentra descartada, considerando al individuo como un sujeto de garantías ante el sistema Penal Mexicano.

Por lo antes señalado, es importante analizar como nuestra Constitución, primeramente da sustento a la actividad judicial, poniendo de relieve que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, pero además también finca topes a esta actuación por parte del juzgador, al establecer en su artículo 17 de la Carta Magna "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...". Por lo que de la simple lectura a este párrafo, se advierte como el legislador obliga a que el juez, al momento de resolver un caso en concreto imponiendo una pena, debe hacerlo de manera justa, esto se relaciona con el hecho de que el marco penal concreto establecido por éste, debe ser lo más acorde a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto y/o peligrosidad en caso de inimputables y en atención además a los fines de prevención especial, (--sin que pase desapercibido que el Código Penal establece

que también deberá tenerse en consideración el principio de prevención general, estando en desacuerdo por cuestiones que mas adelante expondré—), con el objeto de que el sujeto logre su resocialización o readaptación y no vuelva a cometer más delitos en el futuro.

Ahora bien, esta idea impide un marco penal concreto, en atención a fines de prevención general, pues sería injusto la punición, tomando en consideración principios de prevención general, dejando claro que en este nivel o estadio se analiza y concreta una pena a un caso en específico y no como una instrumentalización del sujeto por el Estado, que sirva de escarmiento para la sociedad, lo que estaría contraria a Derecho y violaría además garantías Constitucionales. Considero en este sentido que el establecer a un sujeto, la pena de muerte o una cadena perpetua, sería inconstitucional y contrario a los fines de la pena (esto es, contrario a la reinserción social del condenado).

3. PUNICION EN EL CONTEXTO DEL REGIMEN DE LA DOBLE VIA.

El principio Político-Criminal de que la pena es necesaria para una convivencia y paz social, limita la intervención del Derecho Penal, a un límite de lo necesario, en base a principios de prevención especial y general, y esto se encuentra sustentado en lo que Elena Ramos Arteaga, considera como "...el régimen de la doble vía, como una reacción estatal frente al delito...".²⁹

Este sistema dualista tiene su origen en Carlos Sotoos, autor del Anteproyecto del Código Penal Suizo de 1893, en donde estima que la pena es una consecuencia de la culpabilidad, y ésta a su vez es fundamentadora y limitadora de la primera, introduciendo un sistema de reacción estatal frente al delito, que prescinde de la culpabilidad como fundamento y se basa en conceptos

²⁹ RAMOS ARTEAGA, Elena. Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía. Criminalia. Año LXIII. No. 3. México D.F. Septiembre-Diciembre. 1997. Edit. Porrúa. pág. 74

como los de peligrosidad que no demandan una justa retribución, de este modo, la intervención de Estado frente al delito, disminuye en la medida que así lo requiera una defensa social, ante el sujeto considerado como peligroso.

Existen tres corrientes que sustentan el régimen de la doble vía. La primera Teoría de la Unificación, sostenida por la escuela positiva, encontrando como exponente a Ferri, considerando que entre las penas y las medidas de seguridad no existen diferencias cualitativas, porque ambas constituyen una privación o restricción de la libertad del sujeto, es por esta razón que se engloban dentro del mismo concepto de sanciones. Así propugnan por la aplicación sólo de una de ellas bajo un sistema monista, porque advierten no existen diferencias, por ambas perseguir como objetivo una misma finalidad.

La teoría dualista o de la doble vía, sostenida por Liszt y Rocco, considera que las penas y las medidas de seguridad son opuestas, y su relación es la misma como entre dos círculos secantes, en donde la zona común, las medidas de seguridad pueden asumir funciones de la pena y esta de las primeras o puedan concurrir en un mismo momento.

Finalmente encontramos al sistema vicarial o sustitutivo, como una forma mixta, sosteniendo que las medidas de seguridad deben tener prioridad en el momento de la ejecución, y ser tomadas en consideración para la duración de la pena en caso de ser necesaria, pero si la autoridad ejecutoria dispone que una vez cumplida la medida de seguridad no es necesario la pena, se suspenderá automáticamente su ejecución, sustituyéndose de esta manera la pena por las medidas de seguridad.

La pena es un castigo en forma particular, concreta y temporal, que se impone a quien ha desplegado una conducta en contra del ordenamiento jurídico, que consiste en la privación de la libertad, o restricción de un bien, que impone el Estado a través de los órganos jurisdiccionales. Por su parte las medidas de

seguridad, son consideradas como aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminación de los inadaptables a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto).

Las medidas de seguridad a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor, sustentado por Fran Von Liszt desarrollada a partir de la Prevención Especial, que se orienta totalmente a la personalidad del autor.

En este orden de ideas, los dos medios con que cuenta el Estado para cumplir con su cometido, es en primer lugar la pena que se identifica como un castigo limitada y sustentada por la culpabilidad del autor del delito, de esencia retributiva y orientada en la medida de lo posible hacia fines de prevención (especial y general), y su duración dependerá del grado de culpabilidad del sujeto; y las medidas de seguridad que en cambio se enfocan en la peligrosidad del autor que ha cometido un hecho punible, con un carácter puramente de Prevención Especial, y su duración se limita a la naturaleza del delito cometido y de la pena con que se encuentra sancionado en la ley aplicable.

De esta manera, la tarea del Estado en materia de política criminal, es que el sujeto plenamente responsable de un hecho delictuoso no vuelva a delinquir, logrando en su totalidad una readaptación o resocialización, situación que en México consideramos es obsoleto, ya que es bien sabido que los centros penitenciarios carecen de medios idóneos para lograr que los reclusos se desenvuelvan en un ambiente propicio a una convivencia sana que logre el cometido, además de existir sobrepoblación y un alto índice de delincuencia, que al final trae como consecuencia una reincidencia de los sujetos, que se identifica más con el fin retributivo, que con fines de prevención.

Por lo que consideramos, se advierte necesario un sistema dualista, que permita al juzgador establecer la punición de manera justa, en atención a la gravedad del delito y las circunstancias personales del sujeto, en tanto sería ilógico establecer una pena a un sujeto con disminución en su capacidad, y por ello sería contrario a los fines de la pena

Así pues, se establece que el criterio determinante para imponer una medida de seguridad estriba en base a una prevención especial, estableciendo un juicio de probabilidad de que el sujeto peligroso vuelva a delinquir, característica que deviene de una enfermedad mental sufrida, siendo correcto afirmar que la peligrosidad se orienta hacia el futuro.

Es por ello el **Doctor Claus Roxin** establece "...que únicamente ve diferencia entre pena y medida de seguridad en la limitación que, en un caso, se lleva a cabo con el principio de culpabilidad, y en otro con el principio de proporcionalidad..."³⁰.

Ahora bien, es importante asentar que aún cuando la peligrosidad del sujeto subsista por un tiempo indeterminado, la medida de seguridad se condiciona a la de la pena que hubiera podido ser impuesta en su caso por el juzgado, así el párrafo primero del artículo 69 del Código Penal para el Distrito Federal establece textualmente: "...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..."

Sin embargo, parecería que el legislador al referir que la medida de seguridad aplicable no excederá del máximo de pena aplicable al delito, omitió considerar el grado de participación o perfección del delito, circunstancias modificativas. Además no resulta lógico, someter ambos supuestos a una mismo límite temporal, puesto que el fin de la medida de seguridad de prevenir futuros

³⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal. ob. cit. pág. 104.

delitos, se cumpliría únicamente durante el lapso que el inimputable se encontrase internado, si una vez fenecido este subsiste la peligrosidad del sujeto.

Parecería que es correcta la aseveración del legislador, al establecer que la medida de seguridad no podrá exceder de la duración que corresponda por el hecho cometido, sin embargo habrá ocasiones en las que el tratamiento del inimputable por este lapso, resulte insuficiente para lograr una total curación del enfermo, lo que daría lugar a que no se cumpliría con el fin de la medida de seguridad, que es el prevenir futuros delitos, aún cuando establezca que en caso de considerar la necesidad de continuar el tratamiento, pondrá al sujeto a disposición de las autoridades sanitarias que procedan conforme a la ley, en razón de que el tratamiento inicial, perdería su continuidad.

Sin embargo, para que el juez pueda optar por una medida de seguridad requiere en primer término de acreditarse un hecho punible como delito y posterior a ello hacer una valoración global del sujeto, avalada por un perito en la materia que determine la inimputabilidad de esta persona y que a consecuencia de ello resulta un sujeto peligroso para la colectividad, además tomará en consideración la naturaleza y gravedad del hecho delictivo, para fijar el tiempo que permanecerá sujeto a tratamiento y vigilancia por las autoridades competentes.

La teoría de la retribución, expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto que distingue claramente las pena y medidas de seguridad, tanto por su fin, como por su límite, para esta teoría la pena mira al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad se enfoca hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad del sujeto, que pudiera cometer nuevos ilícitos.

4. CONJUGACION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA PUNICION.

Como se ha venido observado, las penas y las medidas de seguridad, tienen un objetivo distinto, al manifestarse la primera como aquella que se impone al sujeto como una consecuencia jurídica del delito cometido, y la segunda es aplicable a los sujetos inimputables o con una capacidad disminuida, son considerados como peligrosos.

Pero no obstante esta diferencia, existen casos en los que un delincuente con plena capacidad de comprensión del hecho delictivo cometido, también cuenta con una peligrosidad latente, y es por esta razón que el legislador en el Código Penal para el Distrito Federal, establece como punibilidad, en algunos delitos además de la pena privativa de la libertad, una medida de seguridad. Como se establece en el párrafo tercero del artículo 69 de la citada ley: "...En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el internamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido...".

Así, los autores **Muñoz Conde y García Arán**, establecen que la propuesta para superar las contradicciones del actual sistema equivocadamente llamado dualista "...consiste en establecer únicamente la posibilidad de que la medida de seguridad se aplique como sustitutivo de la pena a los autores culpables pero peligrosos y excepcionalmente junto a la pena en los casos en que además de la culpabilidad se da una peligrosidad relevante en el autor del delito, siempre que la forma de ejecución de la pena no puede cumplir con una función preventiva..."³¹

³¹ MUÑOZ CONDE , Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Edit. Tirant lo blanch libros. pág. 432.

En base a la anterior aseveración, podemos advertir que no es requisito sine quanon, para la imposición de una medida de seguridad, que el sujeto sea inimputable (quien carece de capacidad de entender y comprender el carácter ilícito de la conducta cometida), puesto que también existen sujetos imputables que resultan ser peligrosos, o que requieran de algún tratamiento como los toxicómanos, alcohólicos; y que por lo tanto se les impondrá además de la pena una medida de seguridad, siempre y cuando estas no sean de la misma naturaleza.

La pena privativa de la libertad está enfocada a la reeducación, mientras que las medidas de seguridad deben quedar más específicamente dedicadas a los tratamientos para supuestos muy especiales. En teoría la mayoría de los juristas establecen que las medidas de seguridad deben atenderse sobre todo, a la personalidad del delincuente, esto es, para los anormales mentales, los alcohólicos, toxicómanos, personas que necesitan de un tratamiento para su curación, en cambio la pena lo que se busca es una resocialización o readaptación del sujeto. La clase de medida de seguridad será de tipo curativo; y para los delincuentes habituales e incorregibles será de tipo asegurativo.

Pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí, una relación de alternatividad, sino frecuentemente se aplican también conjuntamente, porque aunque faltare la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad, si el sujeto como consecuencia de su estado, es peligroso para la colectividad, por ejemplo en el caso de un homicidio culposo por la conducción de un vehículo automotor, el juzgador impondrá una pena privativa de libertad y suspensión de la licencia o permiso para conducir, como se establece en el artículo 60 párrafo primero del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Por lo que se puede afirmar que las penas y medidas de seguridad pueden aplicarse en un solo momento a una persona, siempre que ambas puedan conjugarse al mismo tiempo y además que aparte de la culpabilidad que se

advirtió por la conducta desplegada por el sujeto, se infiera un gado de peligrosidad, que nos determine a concluir que es notoriamente peligroso, y dado a esto podría cometer futuros delitos.

CAPITULO III.

DINAMICA DE MEDICION JUDICIAL DE LA PENA.

1. DETERMINACION DEL MARCO PENAL.

En un primer momento para llevar a cabo la tarea de individualizar una pena al caso concreto, el Juzgador debe tener en cuenta el marco legal exactamente aplicable a la conducta antijurídica efectuada por el sujeto culpable, y a los que queda sujeto el Juzgador al momento de fijar la punición. Estos límites son en realidad lo que constituye el marco penal y a los que se refiere el artículo 51 del Código Sustantivo Penal para el Distrito Federal, cuando ordena "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito".

Una vez que se tiene visualizada la punibilidad general aplicable por el hecho, un segundo momento corresponde a la concreción del mismo, al tener en cuenta los diversos factores que concurren dentro de éste, como es el grado de ejecución del delito (--el código en mención, en este aspecto prevé un sistema escalonado entre el delito consumado, frustrado o tentado--); la forma en que el sujeto intervino o participó (contempladas en el artículo 13 del Código Penal) y la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes (--que varían de acuerdo al tipo de injusto en estudio-). De esta manera ya tendríamos un marco penal concreto dentro del marco penal señalado en la norma penal por el legislador. Puesto que en ocasiones aunque pareciere que se comete un mismo delito, el pensar común de la sociedad es que les corresponderá la misma pena, sin embargo, existen factores que particularizan una conducta, como sucede en el caso del grado de participación o que un hecho sea consumado o únicamente constituya una tentativa. Al respecto **Mercedes García Arán** asevera: "...si el marco penal genérico establece la pena proporcionada al delito en abstracto, en la decisión judicial debe establecerse en concreto, para que las posibles

desigualdades de gravedad entre hechos con la misma calificación tengan también su tratamiento desigual".³²

Un tercer momento se concreta al analizar la gravedad del ilícito (al analizar los supuestos establecidos en el artículo 52 de la ley sustantiva en la materia) y el grado de culpabilidad del agente (--al ser ésta el fundamento y límite de la pena--), aunque en este supuesto es difícil que de forma aritmética se pueda establecer el grado de culpabilidad, pero si podemos inferir que un hecho delictivo, el delincuente podía y debía por su capacidad de autodeterminación obrar de una forma distinta a como lo hizo.

Así, se advierte que suelen presentarse casos en que los marcos concretos resultan con una extensión tan reducida, que una vez decididas las circunstancias aplicables, los márgenes dentro de los que puede moverse el Juzgador, no permiten que las condiciones personales del reo u otros criterios de índole preventiva repercutan de manera relevante en la individualización de la pena, además que no puede establecer una pena fuera de los límites aplicables que resulten de estos factores, pues carece de discrecionalidad para decidir que un sujeto merece una sanción menor a la que finalmente resulta aplicable conforme al Código Penal.

De este modo, vemos que la punición presupone la comprobación del cuerpo del delito en estudio (--el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el hecho previsto como delito por la ley--); y por supuesto la responsabilidad penal del sujeto activo. Esto resulta obvio, al ser necesario en una sentencia condenatoria, que el Juez acredite en base a los elementos probatorios aportados en el procedimiento, la existencia de la conducta requerida por el tipo, el resultado acaecido por ésta y finalmente el nexo causal existente entre la primera y el resultado; y claro esta que también se requiere la

³² GARCIA ARAN, Mercedes. Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Edit. Aranzadi. pág. 72.

comprobación plena de la responsabilidad penal del sujeto activo en la comisión del delito que se le imputa. Una vez que ya se analizaron estas cuestiones, procede a establecer la punición aplicable.

Sin pasar por alto, de que se debe partir del supuesto de que entre la punibilidad que pretenda aplicar el Juez al caso y el delito cometido, exista una correspondencia exacta. Esto es, que la conducta asumida por el autor, debe estar exactamente contemplada en la norma penal, y esta a su vez debe tener una punibilidad exactamente aplicable al desvalor sufrido, como lo exige a manera de derecho fundamental el artículo 14 constitucional. Este principio de legalidad que, para algunos se traduce también en una cierta garantía de la pena, da lugar a establecer que ante todo el juzgador ha de cuidar que la penalidad sea la que realmente corresponda al delito cometido. Aunque es obvio que en la mayoría de los casos, al verificar la existencia del hecho y su encuadramiento a la norma que prevé y sanciona tal hecho, desde ese momento el juez ha constatado al mismo tiempo que la punibilidad establecida por esta norma es la exactamente aplicable al caso concreto. Pero contrario a ello, es pensar que en realidad sea la más justa, porque en ocasiones el legislador carece de sentido lógico al establecer para determinados delitos, una pena o muy elevada o ínfima que al momento de la punición el Juzgador advierte la incongruencia de esta y la gravedad del hecho cometido, así como la culpabilidad del sujeto.

Esta punibilidad exactamente aplicable, constituye el marco al que queda sujeto el juzgador al momento de la punición. Se trata pues de los límites que no pueden traspasarse en la concreción de las penas, a los que alude el artículo 51 del Código Penal cuando ordena: "...Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito...".

En la determinación de dicho marco penal el Código Penal establece penalidad para los llamados tipos básicos (por ejemplo el contemplado en el numeral 367 "comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena

mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley"; mismo que se encuentra sancionado en el artículo 370 de la misma ley sustantiva, dependiendo el monto a que ascendió el robo se subdivide en tres párrafo, el primero "cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario"; párrafo segundo "cuando excede de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario; y párrafo tercero "Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario". Esta punibilidad podrá aumentar siempre y cuando concorra alguna circunstancia agravante como las previstas en los numerales 373 (--relativa a la concurrencia de la violencia física o violencia moral--) sancionada en términos del 372; y 381 y 381 bis de la ley sustantiva penal, o disminuir como en el caso de robo de uso previsto en el artículo 380 del mismo ordenamiento punitivo que señala: "al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión o de treinta a noventa días multa, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello...". En tales supuestos el marco penal se amplía o se reduce según las circunstancias ofrecidas por el caso particular que se examine.

2. INDIVIDUALIZACION CUANTITATIVA DE LA PENA.

La discusión entre los fines de la pena, adquiere valor al momento en que el Juzgador se encuentra frente a un caso en concreto, y fija la punición correspondiente. Una vez establecido el marco penal, a través del cual el Tribunal fijará su actividad, concretando la pena, la segunda fase se enfoca a determinar cuantitativamente la misma. No es una tarea sencilla sobre todo si se tiene en cuenta que Constitucionalmente y antes de cualquier otra consideración

sobre el particular, el juzgador está para impartir justicia y, por lo mismo, justa debe ser la pena que finalmente imponga al sujeto por el delito cometido. Para lograr ese cometido, las legislaciones penales suelen fijar reglas a las que deben sujetarse los jueces; así en nuestro medio contamos con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que norman la tarea relativa a la punición, dentro de las que encontramos la gravedad del hecho, la culpabilidad y/o peligrosidad del sujeto y las circunstancias personales de este.

En este momento confluyen multitud de factores, que dan lugar a una decisión final, y a través de estos el Juez se ve envuelto en una serie de conflictos, pues advierte que de acuerdo a una prevención general, el sujeto requiere de una pena elevada y al mirar la prevención especial lo justo es aplicar una sanción mínima.

Ahora bien, sobre todo el vivir la actividad judicial, se puede verificar que en algunos casos la punibilidad establecida por el legislador es inadmisibles, pues que fácil resulta para éste establecer en la norma penal reglas que rigen la actividad de la punición, sin embargo al momento en que se resuelve un caso en concreto, vemos que no es tan fácil como se plasma, en primer lugar porque se trata de la libertad de una persona, y quizás podría decirse que se encuentra en nuestra manos la vida de estas, por esta razón no se puede fijar el quantum de la pena, por el simple hecho de que parezca la correcta o porque esa nos gusta, sino que necesariamente debe aplicarse en justicia, la que corresponda al hecho cometido, y para ello se requiere de un análisis profundo sobre los datos que arroja el expediente y fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto (--para lograr de esta manera una resocialización del sujeto condenado--), no es lo mismo establecer una pena a un sujeto que delinque por primera vez, siendo su móvil quizás el estado en que se encontraba al momento de cometer el hecho, que aquél sujeto que tiene como actividad cotidiana el cometer delitos.

Sin embargo, aunque extraño parezca en la práctica se observa que la individualización cuantitativa de la pena, deviene fundamentalmente de aspectos subjetivos del juzgador, como pueden ser el tipo de carácter o quizás el momento en que se encuentre al resolver la sentencia definitiva, puesto que si bien, existe una norma penal en la que el legislador establece un marco penal a una conducta determinada, en base al desvalor que sufre el bien jurídico que tutela, también cierto es que si se expone un caso en particular a varios jueces, vemos que cada uno de ellos impondrá una pena distinta, debido a que estas reglas se sujetan a su discrecionalidad,

3. FACTORES DETERMINANTES DE LA PENA.

3.1 ENTIDADES NECESARIAMENTE GRADUALES.

El fundamento de la determinación de la pena corresponde al contenido del injusto y la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad). Estos dos factores se encuentran vinculados entre sí, puesto que la culpabilidad viene referida al injusto, ambos son conceptos graduables, esto es, la forma de ejecución del hecho, la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, la entidad del daño, determinan el grado del injusto del hecho.

Así vemos que el artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal que rige la aplicación de las sanciones, ordena que el Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, en base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto. Esto implica la medición del daño producido, debe tenerse en

cuenta las consecuencias material o morales que se ocasionen en un delito consumado o en un delito tentado, y en este último supuesto se considerará la aproximación al grado de consumación del delito.

Ahora bien, el Juzgador debe partir para la medición de la pena, de la gravedad del ilícito cometido. De ahí que para muchos autores 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, como lo sostiene la Doctora Alicia Azzolini.

En este aspecto deben incluirse circunstancias objetivas y subjetivas, que pertenecen al delito concretamente cometido y que suponen mayor o menor afectación al bien jurídico. Es por ello que la gravedad del delito, sobre la que se establece la pena proporcionada, debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico y no desde el grado de necesidad preventiva. Así vemos que el legislador establece un marco legal genérico para cada tipo de delito, atendiendo al valor del bien protegido.

En la actividad judicial, se analizará la gravedad del delito, en base al desvalor del bien jurídico, al resultar lógico la existencia de una escala valorativa de estos dentro de la sociedad, al tratar de proteger a toda costa por ejemplo la vida, la libertad, el normal desarrollo psicosexual o la libertad sexual, etc.

“...**Mir Puig**, relaciona la gravedad del injusto con el principio de proporcionalidad, corresponderá una determinada pena, atendiendo a la dañosidad del hecho cometido...”.³³

Criterio que de manera personal considero correcta, puesto que nos permite hacer la distinción entre ésta y el principio de culpabilidad, evitando una doble valoración de las circunstancias concurrentes en el evento típico.

³³ GARCIA ARAN, Mercedes. op. cit. pág. 213.

El contenido observado respecto a la gravedad del delito es utilizado por el legislador como un límite a la reacción estatal, pues sólo debe versar sobre cuestiones que no hayan sido valoradas previamente en la norma penal, evitando una doble valoración. Luego entonces, el fundamento de la determinación de la pena, corresponde al contenido del injusto y la gravedad del reproche que se hace al sujeto por el delito cometido.

Un segundo aspecto a tomar en consideración, resulta la naturaleza de la acción (dolosa o culposa), puesto que en la primera implica un mayor grado de culpabilidad del agente, al tener conocimiento del carácter ilícito del hecho que se le atribuye, y no obstante conocerlo, querer el resultado típico. Así también los medios empleados para su comisión, esto es, la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, el grado de autoría o participación del agente. Otro aspecto son los estímulos externos, como puede ser la crisis económica que vive el país, o situaciones internas como son el ánimo de lucro, el ánimo de apropiación, el engaño, con el propósito de realizar un acto sexual, etc. También encontramos el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, el cual toma relevancia, porque pareciera que el sujeto una vez que comete el delito y permanece en el lugar sin oponerse a su detención, sin efectuar agresión hacia los demás y sin cometer otros delitos, disminuiría el grado de su culpabilidad.

De este modo, también se apreciará el grado de culpabilidad del agente, que se determina desde dos puntos de vista: según la importancia de la exigencia que el derecho formula a la persona, y según el fracaso de la persona en la situación concreta. Luego entonces, existen factores generales e individuales que son decisivos para determinar el grado de culpabilidad. Los primeros denominados (objetivos), se enfocan a determinar la importancia de la norma ético-social lesionada, esto es, el valor o desvalor ético de los motivos que lo impulsaron a delinquir, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido

por la norma penal, al ser éste considerado por el legislador para la fijación del marco general aplicable para un tipo delictivo, y que al mismo tiempo será base para el Juzgador al momento de decidir la punición aplicable al caso concreto.

En relación al grado de culpabilidad, **Welzel** incluyó dentro de éste factores generales e individuales. Dentro de los primeros menciona "...la valoración ético-social media de la lesión de la norma que formaría parte de la gravedad del ilícito...los factores individuales (subjetivos), los motivos y los fines del sujeto; el ánimo que se desprende del hecho y la voluntad empleada por el agente; el grado de la contrariedad al deber; el modo de ejecución y los efectos resultantes del hecho; la vida anterior del sujeto y sus circunstancias personales...".³⁴

Ante estas circunstancias, se advierte que el Juzgador para determinar el grado de culpabilidad del agente, debe considerar todas las circunstancias que concurrentes en el hecho delictivo, así como las circunstancias personales del sujeto, para saber hasta que punto es atribuible la conducta el sujeto responsable, esto es, juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y necesariamente la gravedad de la ilicitud cometida. La cuantificación del grado de culpabilidad en la individualización judicial, viene a ser un complemento de lo que el legislador advierte al momento de establecer un marco legal aplicable a los delitos.

De este modo, **José Antonio Choclán Montavo** afirma que "...la gravedad de la culpabilidad como concepto de la medición de la pena, dependerá en primer lugar de la gravedad del injusto, comprensiva por tanto de la gravedad de la acción como de la del resultado, esto es, la importancia del delito para el orden jurídico vulnerado..."³⁵

³⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Edit. Jurídica de Chile. 1976. pág. 354

³⁵ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Individualización Judicial de la pena. Edit. Colex. 1997. pág. 176.

3.2. DICOTOMIA DE CIRCUNSTANCIAS.

El artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que los Jueces y Tribunales, aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuentas las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Así vemos que al momento de la punición el juez debe analizar las circunstancias en que el hecho se desarrollo, como es el modo de ejecutar la conducta,

La Dra. **Alicia Azzolini**, al efectuar un estudio pormenorizado de este precepto, señala que "...el ánimo del legislador fue el de fijar un marco penal dentro del cual deben interpretarse las circunstancias contenidas en los distintos incisos, y que es indiscutible su pretensión de no 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 del hecho. ..."³⁶

Ahora bien, del precepto antes invocado el legislador alude a penas y medidas de seguridad, diferencia que resulta correcta, puesto que contamos con un sistema de la doble vía, por un lado la pena es impuesta a los sujetos que con capacidad de autodeterminación y que por esta circunstancia le era exigible una conducta diversa, por otro lado las medidas de seguridad, se imponen a los sujetos que han cometido una conducta antijurídica y carecen de capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, por tener una capacidad disminuida, un trastorno psicológico, o podría ser la inmadurez como en el caso de los menores de edad. Ahora bien, el juzgador de acuerdo a esto y al estudio de las probanzas que integren el expediente, podrá inferir cual resulta aplicable al caso concreto, de esta manera que en el caso de la pena, no podrá rebasar el grado de culpabilidad del agente, y si aplicamos las medidas de seguridad, éstas no podrán

³⁶ AZZOLINI, Alicia. ob.cit. pág. 84.

rebasar la punibilidad establecida para el delito cometido, consideradas en base al grado de peligrosidad del sujeto.

Por otro lado, las circunstancias exteriores del hecho, se reflejan en cuando al entorno social en que se desenvuelve el sujeto y el ámbito en que se comete el delito. Porque resulta necesario advertir que existen Estados con mayor número de criminalidad, sus habitantes tengan la predisposición de cometer un delito. Otra cuestión a considerar sería la situación económica del lugar en donde se comete el hecho, la ocasión resulta necesario, puesto que si el agente se encuentra en un momento de desesperación, implica que podría cometer un hecho delictuoso ante esta circunstancia.

Las circunstancias peculiares del sujeto, se enfocan básicamente a aspectos como su edad, el nivel de educación, este aspecto es importante puesto pareciera que existe una clasificación de los delitos, atendiendo al nivel educativo de las personas. Esto se afirma porque si realizáramos una estadística dentro de los Centros Penitenciarios, observaríamos que en la mayoría de los sujetos que cometen el delito de robo, tiene un nivel de educación baja, que ante la necesidad los orilla a delinquir, y si quizás con posterioridad ya la tiene, el medio los envuelve en la facilidad de obtener dinero, pero en el caso de los delitos de fraude o abuso de confianza, regularmente se ven implicados sujetos con un nivel de educación diferente. También al momento de la punición se tiene en cuenta las costumbres, las condiciones sociales, esto se enfoca fundamentalmente a aspectos de prevención general, pues quizás por la crisis económica en que vive el país, la sociedad se encuentra predispuesta a la comisión de futuros delitos. Las condiciones económicas y sociales del sujeto, repercuten indiscutiblemente en la individualización judicial, puesto que un sujeto con una posición económica desahogada que comete un delito de robo, representa un grado de culpabilidad mayor que aquél sujeto que ante la necesidad de subsistencia de su familia, se ve obligado a cometer un ilícito. En cuanto a la pena de multa, es fundamental tener en cuenta los ingresos económicos del sujeto, puesto que cada día de multa,

debe ser proporcionada a la percepción neta diaria del sujeto, al momento de cometer el hecho que se le atribuye. No obstante como advertimos, que al momento de sustituirla por jornadas de trabajo en favor de la comunidad, en el supuesto de que se acreditara plenamente caer en estado de insolvencia, existan injusticias.

3.3. ELEMENTOS DE AGRAVACIÓN O ATENUACIÓN.

Para establecer un marco penal concreto más estrecho, entre los límites mínimo y máximos establecidos por el legislador en la norma penal, existan reglas de determinación de la pena, en las que se deberá tomar en consideración las llamadas "circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal". Estas son pues, situaciones que rodean a la realización del evento delictivo y que encuadran al sujeto en condiciones especiales, en consecuencia, esto presupone en primer término la comprobación de la existencia del delito. De esta manera si la pena debe ser proporcionada al delito cometido, también debe adaptarse en base a las circunstancias atenuantes y agravantes, puesto que estas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor.

Las circunstancias se clasifican pues en atenuantes y agravantes, en la mayoría de las primeras recogen disminuciones de la culpabilidad, mientras que las segundas suponen incrementos de la agresión al bien jurídico.

Las circunstancias agravantes pueden clasificarse atendiendo el incremento de la gravedad objetiva del hecho o un mayor reproche al autor, lo que conduce a la distinción entre objetivas y subjetivas. Para **Muñoz Conde y García Arán** "...son circunstancias objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que suponen mayor desprotección del bien jurídico, con independencia de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto, y subjetivas aquellas

en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor por el hecho cometido. ...³⁷

Lo que se pretende con las circunstancias agravantes, es que el hecho delictivo cometido, por la concurrencia de ciertos aspectos que aumentan el grado de culpabilidad del sujeto del delito, requiere una punición mayor de la establecida para el tipo básico. Así observamos que el Código Penal para el Distrito Federal, señala circunstancias agravantes para cada tipo de delito, como es el caso del delito de robo, su tipo básico se encuentra contemplado en el artículo 367 y su sanción se determina de acuerdo al monto a que ascendió el robo conforme a lo establecido en el artículo 370, pero si concurre en su comisión alguna agravante, ejemplo la violencia física 372 y 373, o las previstas en los numerales 381 y 381 bis, el marco legal aplicable se incrementa, porque esto representa un desvalor del bien jurídico mucho mayor. El precepto 307 dispone que al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial, se impondrá de ocho a veinte años de prisión, pero ante la existencia de agravantes como la premeditación (--siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer--), ventaja (--cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendida y éste no se halla armado; cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan; cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie, y ésta sólo se considerara con calificativa, siempre que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa--); alevosía (sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer--), o traición (--el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia,

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. ob. cit. pág. 556.

violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspiren confianza--). Ante estas circunstancias, el delito de homicidio simple a que se aludió, se convierte ahora en homicidio calificado, y por lo tanto tendrá una penalidad mucho mayor, que es de veinte a cincuenta años de prisión, según señala el artículo 320 del Código Penal para el Distrito Federal.

Lo anteriormente señalado, sólo son algunos ejemplos de los casos en que concurren circunstancias agravantes, pero en la ley sustantiva existen infinidad de éstas que presuponen la existencia de un mayor desvalor del resultado, pero lo que si debe quedar claro es, que en caso de que algún tipo establezca como elemento esencial para su existencia un elemento de agravación, como puede ser en el homicidio en razón del parentesco, en el que para su integración se requiere forzosamente que el autor tenga conocimiento de que el pasivo es su hijo, padre, etc., de ser considerada al momento de la punición, se estaría recalificando su conducta.

Ahora bien, ante la necesidad de establecer la punición exactamente aplicable al delito cometido, encontramos elementos que atenúan la responsabilidad penal, que presuponen una disminución de la culpabilidad del sujeto, en la comisión del ilícito cometido, lo que trae como consecuencia que la punición aplicable, es necesariamente menor en grado para el tipo básico. En estos supuestos no existe duda alguna respecto a la existencia del delito, sino se enfoca fundamentalmente a que concurren en éste circunstancias que atenúan o disminuyen la culpabilidad del agente. Siguiendo con la ejemplificación del delito de homicidio, en caso de que se efectúe en riña el artículo 308 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone como pena al autor de este delito, de cuatro a doce años de prisión; de lo que se advierte que el bien jurídico que se protege es fundamental, sin embargo, existe una circunstancia que disminuye la culpabilidad del agente, al cometer el hecho delictivo cuando se encontraba en una contienda

de obra. Otro ejemplo claro lo encontramos en el delito de aborto, al establecerse que el agente que hiciera abortar a una mujer sin su consentimiento la pena aplicable será de tres a seis años de prisión, una agravante es que el agente lleve a cabo el aborto sin el consentimiento de la víctima y además mediante violencia física o moral, y ante estas circunstancias la punibilidad aplicable aumenta de seis a ocho años de prisión, pero una atenuante la encontramos en el supuesto de que el agente realice la conducta típica de aborto, con el consentimiento de la mujer, el marco legal aplicable en este caso es de uno a tres años de prisión. Asimismo, en el delito de lesiones encontramos una punibilidad distinta en base a la lesión causada, pero el artículo 297 de la ley sustantiva mencionada, señala que cuando las lesiones fueran inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas, podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación.

Luego entonces, el legislador establece un sistema de atenuación facultando al Juzgador a descender del mínimo establecido en el marco legal aplicable, por la concurrencia de una o varias agravantes, en la medida que lo aconseje la culpabilidad del autor, pero resulta claro aunque existan atenuantes, no podrá fijar una punición menor a la pena establecida como mínimo para el tipo básico.

Así vemos, que el Juzgador al emitir una sentencia y señalar la punición aplicable, debe analizar detalladamente todas aquellas situaciones que se presentan en el evento delictivo, y que podrían agravar o atenuar la conducta asumida, las que deben quedar plenamente demostradas con las probanzas que obren en el expediente.

4. EJE CENTRAL DE MEDICION.

Como muchos autores lo afirman, en caso de sujetos imputables, la culpabilidad es la base de la medición de la pena, y un límite para el juzgador. La pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque los hechos revelen como deseable una detención más prolongada. El principio de culpabilidad es el medio psicológico más propicio, para la restricción de la coerción penal estatal, puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos de la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados y no queda al arbitrio del Juzgador.

La norma penal al dirigirse a sujetos con capacidad de comprensión, da la opción a elegir entre varios haceres posibles, así ante la amenaza de pena por parte del legislador en caso de cometer alguna conducta delictiva, tiene la obligación de abstenerse de lesionar bienes jurídicos fundamentales.

El principio de culpabilidad es considerado como la exigencia de que el autor de un hecho antijurídico actúe, además culpablemente que presupone en el fuero interno del sujeto, la libertad de comportarse de una u otra forma, el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal, pese a que le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma, en la situación concreta y poseía capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico penal, puede la dogmática jurídico penal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para que hoy en día se reconozca que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente, pueden dar lugar a una sanción penal.

En este sentido, se asigna a la culpabilidad una triple significación. En primer término como fundamento de la pena, pues se analiza si resulta

procedente o no una pena al autor del hecho típico y antijurídico (--prohibido por la norma penal bajo la amenaza de pena--), y para ello es necesario que el agente tenga la capacidad de culpabilidad (que no se encuentre bajo algún supuesto de inimputable) y además tenga conocimiento de lo antijurídico de su conducta, que aún sabiendo que esta prohibida por la norma penal, quiera la realización de dicha conducta.

También a la culpabilidad se le considera como elemento de la determinación o medición de la pena. En este punto ya no se trata de fundamentarla, sino de determinar la magnitud exacta de culpabilidad, por el hecho cometido, sin que pase desapercibido el carácter limitador que se le asigna, puesto que el Juzgado no podrá establecer en la punición, un marco mayor o menor al que se encuentra previamente en la norma penal aplicable señalado por el legislador, quien en su tarea de proteger los bienes jurídicos, consideró al fijar la punibilidad el desvalor que este sufre, en atención a fines de prevención general.

Luego entonces, para poder formular un juicio de reproche a un sujeto, es necesario que aparte de efectuar una conducta típica y antijurídica, tenga la capacidad para sentirse motivado por la norma penal, y que entienda perfectamente su significación como una forma de prohibición a determinadas conductas, conociendo su contenido y que esté en aptitudes de regirse sin grandes esfuerzos. Por el contrario, si el individuo presenta un desarrollo psicológico disminuido o por falta de madurez, resulta lógico advertir que no podrá ser exigible un comportamiento distinto, por no estar motivado por una norma, en este caso faltará la culpabilidad.

Otro aspecto es que el sujeto tenga el conocimiento de antijuricidad del hecho cometido, puesto que como se advirtió un sujeto sólo puede abstenerse de cometer una conducta ilícita, en la medida en que pueda conocer el contenido de las prohibiciones establecidas en la norma penal. Esto es relevante, puesto que la

amenaza penal sustentada en la prevención general por el legislador, de nada serviría si el gobernado desconoce sus alcances, y en nada serviría para prevenir la comisión de futuros delitos.

Finalmente, se requiere la exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado; en este supuesto, la norma exige la realización de comportamientos que puedan ser ejecutados y fácilmente por los sujetos, sin embargo, existen situaciones en las que no puede exigirse una conducta contraria, por encontrarse quizás en peligro otros bienes jurídicos de mayor valor o igual.

Para *Jescheck*, la culpabilidad significa "...que han de valorarse negativamente los motivos por los que se ha guiado el autor en la formación e su voluntad y que cabe por ello reprocharle su hecho. Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad...".³⁸

Por lo anterior, el concepto de culpabilidad la entendemos como el juicio de reproche que se hace a un sujeto imputable, por la conducta asumida, puesto que estaba obligado de abstenerse de cometer el hecho delictivo que se le atribuye, pues tenía conocimiento de lo antijurídico de su proceder, y no obstante dicho conocimiento quiere la realización de esta conducta.

4.1. CULPABILIDAD DE AUTOR.

La culpabilidad de autor, encuentra su fundamento en el Derecho penal de autor, esto es, cuando la pena se vincule a la personalidad del autor, tomando en consideración que el autor sea tal persona, sin tener en consideración el hecho cometido.

³⁸ HEINRICH JESCHECK, Hans. ob. cit. pág. 559.

Desde los tiempos de Liszt, en el Derecho penal alemán y con la creación de una tendencia preventivo especial, se admite que la intervención del Estado, debe girar en torno al delincuente, con el objeto de evitar futuros delitos, pues la comisión de estos depende más de la personalidad del sujeto, que del hecho cometido; así, al imponer una pena adecuada a su personalidad, se logrará la resocialización del delincuente y, por lo tanto, se evitara que en un futuro vuelva a delinquir.

El hecho se concibe como una expresión de la personalidad del autor del delito, en este plásmo su carácter, así vemos que existen determinadas características para cada uno de los delitos, como se puede afirmar que en casos de robo, la mayoría de las personas que cometen este tipo de delitos, son gente de escasos recursos, o en el caso de fraudes, en los que con frecuente suelen darse en personas con una instrucción profesional o, si no es así, en personas con una vida social media alta.

Para abarcar más sobre el tema, **Mezger** estableció: "...La culpabilidad jurídico penal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de la vida, que le ha hecho degenerar. Esa culpabilidad por la conducción de la vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción propia del Derecho penal de autor..."³⁹

En la culpabilidad por la conducción de la vida, el juicio de culpabilidad se amplia a la total personalidad del autor y su desarrollo. Posteriormente Bockelmann, transformó la teoría de Mezger, para crear la teoría de la "culpabilidad por la decisión sobre la vida", donde plantea que la esencia de la culpabilidad de autor, deviene no sólo por un conducción incorrecta sobre su vida, sino también por una decisión incorrecta sobre ésta.

³⁹ ROXIN, Claus. Fundamentos. ob. cit. pág. 180.

Cualquier teoría que se quiera plantear, debe considerar que la personalidad del autor tiene una importancia esencial para la determinación de la pena, así como para saber si se ha alcanzado el fin de ésta, lo que indiscutiblemente ha dado origen a la creación de las llamadas medidas de seguridad, dando lugar al sistema de la doble vía, considerando que las medidas de seguridad, son indispensables para cumplir con una política-criminal de integración del delincuente a la vida en sociedad, puesto que las medidas de seguridad se enfocan únicamente a la personalidad del sujeto (inimputable), sin tomar en consideración el hecho cometido, en consecuencia sería inadmisibles una teoría monista en atención a los fines de la pena.

En este sentido *Engisch*, "...en el desarrollo de la personalidad del criminal, se une a la teoría de la culpabilidad por el carácter y advierte que la responsabilidad del sujeto deviene además por rasgos no responsables a su ser, de esta manera, si el sujeto ha puesto de manifiesto un carácter malvado, tendría que responder por este carácter, sin tener en consideración cómo es que el sujeto ha adquirido tal carácter, y sólo con el hecho de que sea una persona imputable con conciencia de sus actos...".⁴⁰

Sin embargo, esta teoría en mi concepto resulta inadmisibles pues estaría castigando a un sujeto por su forma de ser, aún cuando no haya cometido algún hecho delictivo, como sucedió cuando el Código Penal establecía tipos de "Vagancia y Malvivencia", ya derogados actualmente.

Ahora bien, de la simple lectura al Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que influyen elementos de Derecho penal de autor, al establecer el legislador en el artículo 51 párrafo primero, que los jueces y tribunales aplicarán dentro de los límites fijados por la ley, las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. En este orden de ideas, se observa que en el artículo 52 de la ley

⁴⁰ ROXIN, Claus. Fundamentos. ob. cit. pág. 181.

sustantiva en cita, se señala que el juez al fijar las penas y medidas de seguridad, debe tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas la edad del sujeto, su nivel de educación, costumbres, condiciones sociales, económicas, la vida previa del autor, pero también su comportamiento posterior al hecho.

4.2. CULPABILIDAD DE HECHO.

Este tipo de culpabilidad se basa en un Derecho Penal de hecho, al establecerse como una regulación legal, a través de la cual la punibilidad establecida por el legislador en un marco penal genérico, se vincula a una acción concreta descrita típicamente, y la sanción a esta conducta delictiva representa sólo la respuesta al hecho individual y no, como se observó en la culpabilidad de autor, a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

La culpabilidad por el hecho, se fundamenta básicamente en que el sujeto no se ha abstenido de realizar la actividad causante de la lesión a un bien jurídico tutelado o su puesta en peligro, a pesar de que tenía la capacidad de poder actuar de un modo diverso y sabía perfectamente que su conducta era contraria a Derecho.

Jescheck afirma que "...en la culpabilidad por el hecho individual, se contemplan sólo aquellos factores de la actitud interna jurídicamente censurable que se manifiestan de forma inmediata en la acción típica...".⁴¹

La pena se fundamenta con el principio de la culpabilidad por el hecho individual, al considerar que sólo en el momento de efectuar una conducta puede existir una determinada culpabilidad, que sirve de fundamento para fincar una

⁴¹ HEINRICH JESCHECK, Hans. ob. cit. pág. 581.

responsabilidad jurídico penal, sin que sea congruente que se tome en consideración una culpabilidad por la conducción de la vida o una culpabilidad por la decisión de la vida, para considerar la gravedad del delito, pues sólo analizando los elementos objetivos que concurrieron en el hecho delictivo, es como puede observarse el grado de culpabilidad del sujeto. Sin embargo se advierte que la culpabilidad por el hecho individual, se basa en una idea puramente retributiva.

4.3. CRITERIOS DE GRADUACIÓN.

Si la determinación de la pena implica que ésta deba ser proporcional al delito, es necesario que existan criterios para graduarla. Es obvio que en este punto se conjugan dos aspectos importantes: Uno cualitativo, donde el juzgador en atención a la discrecionalidad, en caso de penas alternativas, elegirá entre una pena privativa de libertad o una pena de multa, teniendo siempre en mente que la sanción a imponer sea la más justa posible al caso concreto, sin que pase desapercibido que a los delitos de mayor gravedad, es decir, que lesionan bienes jurídicos de mayor valor, debe corresponder una más grave. Reviste también un aspecto cuantitativo, conforme al cual la pena, en cada delito, debe aplicarse en mayor o menor grado, según la mayor o menor culpabilidad del reo.

Como consecuencias de tales aspectos involucrados en la determinación judicial de la pena, dentro de una concepción tradicional la doctrina sostiene las siguientes propuestas: a) Que los delitos no deben ser castigados todos ellos con las mismas clases de penas, tan es así que en las legislaciones existen sanciones de diversa índole, pues unas recaen sobre la libertad, otras sobre los derechos políticos, sobre el patrimonio, etcétera; b) Que es necesario establecer una graduación entre los delitos atendiendo a su gravedad y, en correspondencia, crear las escalas de penas de tal manera que exista un paralelismo entre delitos y penas; y c) Que las diversas clases de penas deben ser divisibles y graduables,

para que puedan seguir la variedad del delito, en todas sus posibles graduaciones de aumento o disminución.

No obstante, la individualización judicial de la penalidad es un proceso lógico en el que el juzgador debe tomar en cuenta los factores reales que concurren en el caso concreto. Es decir, entran aquí todos aquellos aspectos de naturaleza objetiva, como puede serlo la gravedad del ilícito o extensión del daño causado en los delitos patrimoniales, así como los datos de índole subjetiva, relativos básicamente a la personalidad del enjuiciado. Confrontados unos con otros, podrá el órgano jurisdiccional cuantificar o, mejor dicho, graduar la culpabilidad como eje central de la medida de la pena a imponer.

4.4. CRITERIO OBJETIVO.

La determinación de la pena no puede realizarla el Juez solamente atendiendo a un criterio objetivo, porque los datos de carácter material u ontológico serían insuficientes. Esto se afirma, pues por ejemplo, si únicamente nos basáramos en las circunstancias de ejecución del delito, que indudablemente siempre es aspecto objetivo importante, seguramente devendría la imposición de una pena inadecuada por omitir el análisis de cuestiones subjetivas, tal como quizá fuera el móvil del acusado para cometer el ilícito cuando obedece a fines altruistas.

Solamente por excepción podríamos pensar que el Juzgador empleara un criterio exclusivamente objetivo al determinar la pena, y se trata del supuesto del artículo 55 del Código Penal Distrital, que a la letra dice: "Cuando por haber sufrido el activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o un precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el Juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una

medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”. Como se observa, la hipótesis de senilidad o salud precaria del acusado en una circunstancia de naturaleza objetiva, sin que el Juez requiera de ningún otro dato ni objetivo ni subjetivo, para prescindir de la pena de prisión o reemplazarla por una medida de seguridad, al momento de la punición.

4.5. CRITERIO SUBJETIVO.

Tampoco será correcta la determinación de la pena sobre datos subjetivos únicamente, porque un análisis tal resultaría incompleto; en efecto, basta señalar a manera de ejemplo, que el Juez no puede omitir el examen de cuestiones objetivas como las circunstancias de ejecución del delito cometido, dentro de las cuales necesariamente debe evaluar la forma de intervención del acusado, el medio empleado, etcétera, todo lo cual incumbe al ámbito de lo externo u objetivo, reflejándose en la asignación de un mayor o menor grado de culpabilidad según el caso concreto.

Es errónea la opinión de quienes sostienen que solo la personalidad del delincuente debe ser estimada, porque semejante idea estrictamente subjetiva, es excesiva, descuida por completo la valoración del delito, conduce a los juzgadores a dejar de juzgar realmente delitos para considerar {únicamente estados subjetivos, vidas humanas, lo que llevaría a la abolición de los códigos y de las leyes y, por tanto, del derecho penal.

4.6. CRITERIO MIXTO.

Todo indica que debe ser mixto el criterio aconsejable en la determinación judicial de la pena. Esta es la posición mayoritaria de la doctrina, que ve la necesidad de estudiar no solo los factores derivados del delito cometido, sino también las peculiaridades que conforman la personalidad del acusado.

Este criterio está presente en el sistema penal mexicano, al ordenar el legislador en el artículo 51 del Código Penal, que dentro de los límites fijados por la ley, los tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

Aunque en la redacción de los artículos 51 y 52 de la citada Ley Sustantiva no se indique cuál sea la índole de los datos a que alude, es obvio que en unos casos se trata de cuestiones objetivas, mientras que en otros son de carácter subjetivo. El reconocimiento de esta dualidad de circunstancias se evidencia con el texto de los numerales 53 y 54 del mismo ordenamiento punitivo, en los que se habla de aspectos subjetivos y objetos; así, vemos que el artículo 54 alude a que no "...es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente, al cometer el delito"; en tanto que el precepto 54 establece que el "...aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas".

No debe soslayarse entonces que si bien los preceptos 51 y 52 substantivos, omiten señalar cuáles circunstancias de las ahí indicadas sean objetivas o subjetivas, ello es intrascendente, en primer lugar porque atendiendo al significado mismo de los vocablos utilizados por el legislador, podemos deducir

la naturaleza de lo descrito por los vocablos, siendo obvio, por ejemplo, que las circunstancias de tiempo, modo y lugar son de carácter material u objetivo, debido a que pueden constatarse a través de los sentidos; y en segundo término, el hecho de que en el artículo 54 del mismo código se aluda expresamente a datos subjetivos y objetivos, al regular la llamada comunicabilidad de circunstancias entre sujetos activos de un ilícito, es prueba suficiente de que en nuestro sistema de justicia penal rige un criterio mixto en la determinación de la pena.

Al margen de lo anterior consideramos interesante una observación a los dispuesto por la segunda parte del primer párrafo del artículo 51 del ordenamiento sustantivo de la materia. Dicho precepto a la letra señala: “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”; sin embargo, desde nuestro punto de vista, no parece lógico que esta disposición obligue al juzgador a que en el supuesto de penalidad alternativa, si opta por la sanción privativa de libertad, deba motivar su fallo en base a prevención general y prevención especial. No es correcto, porque al momento de la sentencia definitiva se analiza un caso en concreto y, por lo tanto, corresponde a un sujeto específico, sin que en nada tenga que ver la prevención general, puesto que se supone que ésta ya fue considerada por el legislador al señalar la punibilidad aplicable al delito de que se trate.

5. PUNICION Y NON BIS IN IDEM.

El principio de “non bis in idem” actualmente se encuentra plasmado en textos constitucionales a nivel de garantía individual; así, el artículo 23 de la Constitución Federal ordena: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...”, con este dogma, el legislador trata de proteger al agente del delito, impidiendo que se le enjuicie

doblemente por el mismo delito, y más aún que sea castigado o sancionado dos veces el mismo hecho.

“NON BIS IN IDEM. VIOLACION AL PRINCIPIO DE. No es necesario que se sentencie a alguien dos veces por el mismo delito, para que se transgreda lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución General de la República, toda vez que dicho precepto establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en juicio se le absuelva o se le condene, sin que implique necesariamente que deban llevarse a cabo dos procesos que culminen con sentencias, ya sean absolutorias o condenatorias, pues se trata de proteger con dicha norma jurídica a los gobernados para que éstos no sean sometidos a dos juicios o procesos por los mismos hechos delictivos, sin que deba entenderse el término “procesar” como sinónimo de sentenciar, sino de someter a un procedimiento penal a alguien y la frase ya sea que se le absuelva o se le condene”, contemplada en el precepto Constitucional aludido, se refiere al primer juicio en el que se juzgó al acusado.” (PRIMERA SALA, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, QUINTA EPOCA, TOMO: CXV, página 402.)

En la actividad de la punición resulta de suma importancia, la inviolabilidad a este principio, puesto que se estaría trasgrediendo derechos fundamentales del hombre, y para dar cumplimiento a esto se requiere de una sapiencia y conocimiento de la aplicación de las normas penales por parte del Juzgador, y de la existencia de determinadas reglas, como son las de consunción o absorción de delito, contenidas en el “concurso de normas”. En este último se contempla la idea de que el Juzgador deberá subsumir la norma que prevé una conducta cuando ya ésta se encuentre contemplada en otra norma de mayor amplitud, como puede ser el ejemplo de que a un sujeto se le sancione por el delito de robo específico (– por haber participado conjuntamente con otro sujeto, y haber utilizado como medio comisivo la violencia, a través de un amago a la víctima con armas punzo-cortantes--), resultaría entonces inoperante que también el Juzgador lo sancione

por el delito de portación de arma prohibida, puesto que está última corresponde al medio empleado por el sujeto para poder cometer el delito de robo. Otro ejemplo podría ser el caso de un delito de homicidio culposo, en el que un Adrián "N" atropella a Juana, al conducir un vehículo automotor, a una velocidad mayor de la permitida y en estado de embriaguez, por estos hechos advertimos que se dan los supuestos del delito de ataques a las vías de comunicación, sin embargo, el Juzgador no podrá sancionar ambas conductas, puesto que precisamente el conducir a exceso de velocidad y en estado de ebriedad, corresponde a la violación del deber de cuidado que debía y podía observar el agente, según las circunstancias y condiciones personas, a que se refiere el artículo 9º. párrafo segundo de la Ley Sustantiva Penal, que describe la conducta culposa. En tales circunstancias si se condenara a Adrián por ambos delitos, se estaría violando el principio de "non bis in idem" y como consecuencia se recalificaría su conducta doblemente. En estos términos encontramos la siguiente tesis jurisprudencia:

"INDIVIDUALIZACION DE LA PENA, RECALIFICACION DE CONDUCTAS, VIOLATORIA DE GARANTIAS. De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden 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 tomados 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; es evidente, que si el Juzgador al momento de Individualizar la pena, utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de la conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria al principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 Constitucional."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Tesis: II.2º.P.A. J/2, Semanario Judicial de la Federal y su Gaceta, Novena Epoca Tomo: II, Diciembre de 1995, Página 429.

Por otro lado, la reincidencia también se considera que constituye una violación a este principio, puesto que el juzgador de tomar en consideración una sentencia anterior, estaría pensando en el caso concreto no sólo la conducta actual que se le atribuye al agente, sino que además la anterior por la que ya fue sentenciado.

EL Código Penal para el Distrito Federal contempla en el artículo 29 que un delincuente se considerará reincidente, siempre que haya sido condenado por una sentencia anterior que haya causado ejecutoria y cometida un nuevo delito, cuando no hubiese transcurrido un término igual a la prescripción de la pena. Luego entonces, se considera que la reincidencia contiene preceptos formales y materiales. En los primeros se prevé que el acusado haya cometido un delito anterior, en el que haya sido condenado en sentencia definitiva ejecutoriada, sin que exista prescripción de la pena; que el delito último sea doloso (--en la práctica, se toma en consideración para efectos de la individualización de la punibilidad, los delitos de carácter culposo y no solamente los dolosos--), y por último, el sujeto debe cumplir antes de la comisión del nuevo delito penas privativas de la libertad, sin que sea aplicables en los casos de penas de multas (-también en este sentido, en los Tribunales se contemplan la sentencia condenatoria dictada al sujeto, en la que se le haya impuesto la pena de multa--).

Se considera que un sujeto es reincidente no simplemente porque ha cometido "varios delitos" sucesivos, sino que "ha recaído", en el delito cuando ya ha sido sentenciado por sentencia que causó ejecutoria, considerando que en el caso de concurrir esta circunstancia, es procedente el aumentar la condena para el nuevo delito o imponiendo condiciones más gravosas para su cumplimiento,

pues se presume que el sujeto merece una sanción más prolongada y severa que logre su readaptación definitiva.

Sin embargo, no todos los casos de reincidencia son precisamente el aumento de la pena, veamos la sentencia del Tribunal de Chateau-Thierry, bajo la Presidencia de M. Magnaud, pronunciada en audiencia del 23 de marzo de 1900, donde textualmente se señaló: "...El Tribunal, después de haber deliberado conforme a la ley, ha estatuido en estos términos: En vista de que ha resultado de los debates y de la confesión del procesado la prueba de que el 16 de marzo de 1900, hacia el medio día, se hizo servir en el establecimiento de los esposos L.J. hosteleros en C.V., los alimentos que allí consumió, sabiendo que estaba en la imposibilidad absoluta de pagarlos... Considerando, por otra parte, que en el transcurso de cinco años, el procesado ha sido varias veces condenado por el mismo delito y por delitos similares, a cuatro meses, tres meses y un mes de prisión, que se halla, por consecuencia en estado de reincidencia. Considerando, sin embargo, que se ha probado que C. estaba sin ningún recurso, mal vestido, transido de frío y bajo la influencia de una necesidad de nutrición en el momento en que cometió con tanta indiscreción el delito que le es reprochado. Que todo ser humano, por poco interesante que sea, que se encuentre realmente en un tan penosa situación, debe beneficiarse de circunstancias atenuantes, sobre todo si se tiene en cuenta que la probidad y la delicadeza son dos virtudes infinitamente más fáciles de practicar cuando no se carece de nada, que cuando se está de provisto de todo. Que hay, por consiguiente, lugar a apreciarlas en C. , más en los límites restringidos que impone su estado de reincidencia legal. Por estos motivos, el Tribunal condena C. a quince días de prisión..."⁴²

En esta resolución del francés Magnaud, se advierte que contrario a lo que normalmente sucede con la reincidencia, esta fue motivo para que el Juez al momento de la punición impusiera una pena menor a las anteriores condenadas por delitos similares. En este supuesto se rompe aunque por vía de excepción, la

⁴² LEGRET, Henry. Las sentencias del Buen Juez Magnaud. Edit. Temis. Bogotá, 1976. pág. 25.

regla de la reincidencia como una forma de agravante o situación desfavorable para el sentenciado, que es precisamente como la concibe el artículo 65 del Código Penal en el que ordena en el párrafo primero que "La reincidencia...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....En el caso del párrafo anterior, el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé...".

En donde además el Juez Magnaud, al resolver la situación jurídica del acusado, se inclina hacia una prevención especial, dejando a un lado las razones de prevención especial contemplados en los ordenamientos de la época, lo que provocó severas críticas a su resolución, puesto que él resolvió lo que consideraba en justicia y equidad, considerando que el imponer una sanción más severa a las anteriores, en nada ayudaría a una readaptación del sujeto, ni muchos menos evitaría que el sujeto cometería futuros delitos, puesto que se encontraba orillado por otros factores exógenos como hambre y la mendicidad

Por otro lado, el principio de "non bis in idem" también se contempla en el hecho de que queda prohibido tomar en consideración al momento de la punición, circunstancias que se encuentra inmersas dentro de la descripción del delito que se analiza, y que resulta necesaria su acreditación para el origen del ilícito y que daría origen a una agravación de la pena. Un ejemplo se advierte en el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal que regula el Homicidio en razón del parentesco o relación, que establece: "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se impondrá prisión de diez a cuarenta años ". Tomando como base este ejemplo, si

el juzgador al fijar la punición aplicable al caso concreto, toma como marco legal, el establecido para este tipo, y además en este momento considera que por existir entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, una relación de parentesco en línea recta o descendiente (padre o hijo), la pena a imponer se agravaría más, lo que da lugar a que en este caso la misma circunstancia se sancionaría doblemente y por tanto se violará el principio que nos ocupa. Lo anterior se sostiene en razón de que dicho ilícito, es decir, de "Homicidio en razón del parentesco o relación", es un tipo especial.

CAPITULO IV.

INDIVIDUALIZACION JUDICIAL DE LA PENA Y DESORDEN EN EL SISTEMA PENAL.

1. NECESIDAD DE ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD AL JUZGADOR.

Existen casos en los que el Juzgador advierte que no es justa una determinada situación que se ha presentado al concretar las penas, pero sin que pueda hacer nada por evitarlo, puesto que previamente existen reglas plasmadas en la norma penal, y su función únicamente consistente en interpretar el precepto legal, adecuándolo al caso concreto y sancionado de forma equitativa el injusto cometido. Ejemplo de esta aseveración la encontramos de la forma siguiente: De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal, vemos que en sus párrafos primero a cuarto regula la multa como sanción accesoria a la pena de prisión de la siguiente manera: 1) El párrafo primero dice en qué consiste la multa, la cual debe fijarse por días multa, sobre la base de que el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado considerando todos sus ingresos, al momento de la comisión del delito. 2) El párrafo segundo dispone que el límite inferior del día multa será equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar de la comisión del delito. 3) El párrafo tercero señala que si el sentenciado acredita que no puede pagar la multa o sólo puede cubrir una parte, el juzgador podrá sustituirla total o parcialmente por trabajo en favor de la comunidad. 4) El párrafo cuarto establece, entre otras cosas, que cada jornada de trabajo, saldará un día multa.

En un caso específico en el que Agustín "N" dueño de una fábrica de ropa, y Roberto "N" empleado de aquél, reciben de Pedro diversos objetos a sabiendas de que eran producto de un robo, sin haber participado en éste y después de la ejecución del robo, el Juez en sentencia definitiva los considera plenamente responsables en la comisión del delito de encubrimiento y los condena en base al artículo 400 del Código Penal del Distrito Federal . A ambos les asigna el mismo

grado de culpabilidad y además de la pena de prisión correspondiente, les aplicó una multa accesoria equivalente a sesenta días multa. Debido a que Agustín "N", al momento de la comisión del delito tenía una percepción económica diaria de \$1,000.00 un mil pesos, la multa impuesta ascendió a la cantidad de \$60,000.00 sesenta mil pesos, mientras que a Roberto "N", en el momento de cometer el injusto que se le imputaba, tenía un ingreso diario de \$40.35 cuarenta pesos con treinta y cinco centavos, el total de la multa ascendió a la cantidad de \$2,421.50 dos mil cuatrocientos veintiún pesos con cincuenta centavos. Sin embargo dado que ambos demostraron plenamente ante el órgano jurisdiccional haber caído en estado de insolvencia durante el proceso, la multa que le ha sido impuesta se les sustituyó por 60 sesenta jornadas de trabajo no remuneradas a favor de la comunidad, conforme a lo establecido por el precepto 29 de la ley en la materia.

Advertimos que en el ejemplo anterior, resulta justo que cada uno de los sentenciados sea condenado a pagar la multa correspondiente, en base a la percepción neta diaria que percibían al momento de cometer el hecho que se les atribuye. Lo que no se advierte tan justo es que si al momento de cumplir con la sentencia ambos sean insolventes, Roberto "N" tenga que cubrir 60 sesenta jornadas de trabajo en sustitución de la multa escasa impuesta de \$2,421.50 dos mil cuatrocientos veintiún pesos con cincuenta centavos, en tanto que Agustín cumplirá con igual número de jornadas para saldar una multa de mucho muy superior cuantía equivalente a \$60,000.00 sesenta mil pesos. De este modo al analizar estos supuestos, se puede inferir que de acuerdo a justicia y equidad, si los dos sujetos son insolventes una vez sentenciados, lo correcto sería el sustituir la multa por un número de jornadas de trabajo determinado en función ya no de los ingresos que percibían al delinquir, sino en base a otro factor que pudiera ser el salario mínimo vigente al pronunciarse el fallo, puesto que así a ambos se impondrán jornadas proporcionalmente iguales en razón de la cuantía de la multa substituida a cada uno de ellos. Otra solución en el ejemplo comentado, quizá pudiera ser disminuir las jornadas de trabajo de Roberto "N", en la medida en que

sea equitativa comparativamente con el monto superior de la multa que, en principio con iguales jornadas de trabajo cubriría Agustín "N".

Otro ejemplo lo encontramos en el delito de homicidio culposo, tenemos que Rómulo "N", conductor de un vehículo de transporte público (microbús), no obstante tener conocimiento de contar con pasajeros, circula a una velocidad mayor de la permitida en una determina zona carretera, y con una violación de cuidado extrema, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. El Juzgador al analizar el caso concreto, advierte que tuvo facilidad de prever y evitar la muerte de otra persona, que además le era exigible por su oficio como chofer de transporte público, el observar un deber de cuidado extremo. No obstante esta consideración, el numeral 60 del Código Penal para el Distrito Federal ordena: "en los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad, asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso". De este modo en el caso concreto expuesto tomando en cuenta que la punibilidad para delito de homicidio simple intencional, se encuentra previsto en el artículo 307 de la Ley Adjetiva Penal y establece "...al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial, se le impondrá de 8 ocho a 20 veinte años de prisión...". Ahora bien, como se trata de un delito culposo porque el resultado que produjo Rómulo no lo previó siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de una violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales, la pena a imponer es de 2 dos a 5 cinco años de prisión; pena que en nuestro concepto, resulta ínfima para el daño ocasionado al bien jurídico tutelado, que es la vida. Sin embargo, tampoco en este caso el Juzgador puede ir más allá de lo que expresamente el legislador determina para este tipo de situaciones, aunque considere que a Rómulo le correspondería una sanción superior a la establecida.

Con estos ejemplos observamos la falta de discrecionalidad del Juzgador, para imponer la pena justa que considere al caso concreto, porque es una

discrecionalidad jurídicamente vinculada a lo establecido previamente por el legislador en la norma penal, pero donde este último no establece criterios o márgenes adecuados dentro de los cuales el Juez pueda moverse para imponer la pena realmente justa. Solo evitando estas deficiencias legislativas cobrará sentido la afirmación de **Jescheck** en el sentido de que la "...fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo libre, en donde el juzgador podrá elegir entre varias decisiones, sino se trata sin excepción de un "discrecionalidad jurídicamente vinculada..."⁴³

2 . LA INDIVIDUALIZACION LEGAL Y SUS EVENTUALES DEFICIENCIAS.

Es menester que hagamos alguna referencia en torno a la determinación legislativa de la penalidad. Se trata, como ya se dijo, del establecimiento de la punibilidad (pena en abstracto) en la ley, fijando dos límites (mínimo y máximo) para el responsable del hecho delictuoso. Considero que no siempre el legislador es acertado al establecer en la norma penal el marco de penalidad correspondiente para cada una de las conductas delictivas. Basta para confirmar lo anterior, el analizar un caso en específico como es el del artículo 371 párrafo tercero de la Ley Penal, pues si hacemos una encuesta entre los jueces del fuero común residentes en el Distrito Federal, constataremos que en su mayoría considera excesiva en relación a una gran proporción de casos del artículo 371 del Código Penal (de 5 cinco a 15 quince años de prisión y hasta 1000 mil días multa); pues si bien, es legítimo que a través de una severa penalidad para la figura del robo específico ahí prevista, se pretendiera disminuir los robos violentos cometidos por dos o más sujetos en las calles de la Ciudad, sin importar el monto de lo robado, con la finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos de esta

⁴³ HEINRICH JESCHECK, Hans. ob. cit. pág. 1191.

misma naturaleza, sin embargo, no es acertado en primer lugar, por contravenir la hermenéutica del Código, rompiendo la armonía de sus demás preceptos relacionados con el robo, los que partían del criterio de señalar la sanción proporcionalmente al monto de lo robado, pues vemos que el artículo 370 en su párrafo primero señala: "que cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario mínimo vigente en el momento de los hechos, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario; el párrafo segundo: cuando exceda de cien veces el salario, pero de no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario; y finalmente, el párrafo tercero: cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario". En segundo lugar, porque basta una rápida visita a los centros de reclusión de esta Ciudad, para saber de innumerables casos de sujetos que por robos de cantidades ínfimas, bagatelas u objetos de poco valor económico (por ejemplo una pluma de escribir), se encuentran privados de su libertad incluso sentenciados bajo el marco de la severa penalidad del artículo 371 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal . Las razones que en su momento se adujeron para la inclusión en la ley penal de los márgenes de punibilidad de este artículo, fueron básicamente en el sentido de procurar abatir los niveles de criminalidad referentes al robo en las circunstancias anotadas, sin embargo, en la actualidad observamos que poco sirvió el establecer tan severa punibilidad, puesto que los índices de criminalidad contrario a disminuir, acrecientan en un porcentaje muy alto, que trae como consecuencia la sobrepoblación en los centros penitenciarios y el incumplimiento del cometido de la prevención especial (readaptación y resocialización del delincuente).

Por otra parte, considero que no porque el legislador establezca una pena exorbitante para determinados delitos, los gobernados se intimidan ante esta situación, en primer lugar porque en la mayoría de los casos, los delincuentes ni siquiera conocen el marco de penalidad, esto no quiere decir que desconozcan que su conducta esta prohibida por la norma penal, sino que quizá en el ejemplo

del artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, los sujetos activos tengan la falsa noción que el robar una bolsa a una mujer, la pena establecida es mínima de acuerdo al monto de objeto, y al ser sentenciados se dan cuenta que la punición por parte del juzgador es exagerada a la conducta asumida.

Así pues, es incongruente que en el supuesto de que un sujeto reincidente en el delito con 3, 15 o 20 procesos, ejecute un robo de \$100.00 cien pesos, con violencia, haciendo uso de armas o amenazas a un estudiante, quede en libertad bajo caución de manera inmediata, por ser una garantía constitucional que dispone la fracción I del artículo 20 de la Carta Magna, puesto que el delito que cometió sancionado en términos del artículo 370 párrafo primero, en relación al 372, del Código Penal para el Distrito Federal, en su término medio aritmético no excede de 5 cinco años de prisión.

Por lo anterior, estimo que el legislador al establecer un marco penal genérico para una conducta determinada, no sólo debería tomar en cuenta criterios de prevención general, sino también de prevención especial, sobre todo con el objeto de que el juzgador al momento de determinar la pena sea la más justa posible, lo que ayudaría a que la pena impuesta no parezca con fines puramente retributivos, sin tomar en consideración al delincuente como persona que goza de garantías constitucionales.

Esto se afirma, por el hecho de que en la práctica al emitir una sentencia, nos damos cuenta que, por lo general, las personas que cometen delitos patrimoniales, son de escasos recursos, a quienes la crisis económica que permanentemente hemos tenido les ha afectado, y la motivación que genera la comisión de delitos por estas personas, estriba esencialmente por la carencia de satisfactores económicos debido a dicha crisis.

Ahora bien, es obvio que el Juez al momento de la punición más que inclinarse por la prevención general o por la prevención especial, debe dar la

solución justa al caso concreto. Esta afirmación vale desde luego para la imposición de las penas que correspondan al enjuiciado. No se trata de una mera postura idealista, sino de un imperativo derivado del párrafo segundo del artículo 17 Constitucional, en tanto consigna el derecho de toda persona "...a que se le administre justicia por tribunal es que estarán expeditos para impartirla...", así, al ser considerado el juzgador como un tercero imparcial en un juicio, su actividad de administración de justicia sirve a la realización del orden jurídico, imponiendo de esta manera penas justas y equitativas al caso concreto.

Empero, no debemos identificar lo justo con lo exacto, pues si el juzgador no es un simple autómatas al aplicar las normas penales, claro está que al moverse entre las escalas de penalidad previstas legalmente, realiza no una mera operación aritmética sino un proceso de valoración de las circunstancias favorables y desfavorables al enjuiciado. De ahí que, se considere que el Derecho Penal no es una disciplina matemática, en donde se puedan obtener resultados exactos, sino un proceso de valoración de todas las circunstancias que sirven para una valoración del caso concreto. Por esto existen espacios de discrecionalidad entre un mínimo y máximo señalados por el legislador, para que el juzgador esté en posibilidad de establecer el quantum de la pena, lo más justa a la conducta del sujeto.

Han bastado estas consideraciones para poner de relieve la falta de armonía existente entre los niveles del sistema penal, de los que podemos citar más ejemplos como estos, en los que como constantemente advertimos que los niveles de determinación de la pena, operados respectivamente por el legislador, el juez y la autoridad ejecutora, si alguno de éstos actúa deficientemente da lugar a un desorden o carencia de armonía que se refleja en todo el sistema. La trascendencia de este problema se refleja en la misión misma del Derecho Penal, consistente en la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, pues un sistema sin orden ni congruencia, no puede de manera eficiente cumplir con ese cometido. Refiriéndonos en específico a la determinación judicial de la

pena, *Hassemer* argumenta que "...en el marco del disfuncional sistema del Derecho Penal existente hasta ahora el juez se ve forzado, en la medición de la pena, a imponer penas que desde el punto de vista de la ejecución de las mismas son o demasiado cortas o demasiado largas: demasiado cortas si el fin de ésta prohíbe una pena superior porque, por ejemplo, el injusto típico no sea muy grave, y en cambio, el fin de la ejecución (reincorporación del delincuente a la sociedad) existe un tiempo superior; demasiado largas, si ya se ha conseguido el fin de la ejecución, sin que, en cambio, se haya cumplido la pena adecuada, es decir su duración mínima. Un fin perturba al otro, pues si se quiere conseguir uno, se frustra la realización del otro, lo que perturba no sólo la sistemática teórica del Derecho, sino algo mucho más importante: la actividad práctica de jueces penales y funcionarios, y en definitiva, y eso es lo más importante, perturba la relación entre delincuente y sociedad...".⁴⁴

Es preciso señalar que este autor, alude al juzgador y a la autoridad ejecutora, pero se ha observado gran parte del conflicto en el sistema, se origina debido a que con frecuencia el legislador determina desafortunadamente la punibilidad para las figuras delictivas, incorrección que en la mayoría de las veces se explica por la utilización de una desafortunada política criminal.

3. INCONGRUENCIAS EN EL SISTEMA PENAL POR FALLAS EN LOS NIVELES DE DETERMINACIÓN.

Como ya se ha observado a lo largo de este trabajo, se plantea que el sistema penal está integrado por tres fases o estadios, el primero corresponde al poder legislativo, al momento de establecer la punibilidad aplicable a un delito específico, fijando los límites mínimo y máximo, cuya finalidad se plantea como intimidador a los gobernados con la imposición de sanciones en caso de violar los bienes o intereses jurídicos tutelados. Un segundo momento y que considero el

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Boch, Casa Editorial Barcelona, 1984. pág. 138.

más importante, es aquel que lleva a cabo el Juzgador, en razón de que en base a la gravedad del ilícito, el grado de culpabilidad del agente y las circunstancias personales de éste fijará dentro del marco legal establecido por el legislador en la norma penal, una punición específica para el caso concreto. Finalmente, se plantea el momento culminante en la fase ejecutiva, aquí se adoptan las medidas necesarias para que el sujeto condenado, logre una resocialización o readaptación total.

Si esta trilogía tiene una misma finalidad, el sistema indudablemente funcionará, pero en caso contrario, al atribuirse a cada fase o nivel de determinación un cometido diverso, habrá una falta de armonía que dará lugar a disfuncionalidades o antinomias.

La negativa de que pueden existir tales desórdenes en el sistema penal solo puede sostenerse, cuando al mismo tiempo se afirma que la finalidad de los tres niveles de actuación que lo conforman estriba únicamente en la protección de los bienes o intereses fundamentales de la colectividad, puesto como la refiere la autora Alicia Azzolini, la protección de bienes jurídicos debe considerarse como la finalidad última del sistema, y para alcanzarla se requiere que los tres niveles de actuación se armonicen de acuerdo con sus propias características enfocadas a un solo cometido, traducido en la protección de bienes jurídicos colectivos.

Sin embargo, el problema no se resuelve completamente en los términos que expone dicha autora, porque ciertamente que la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia social puede identificarse como el fin primordial del Derecho Penal, pero al mismo tiempo, para lograr esa finalidad es que la doctrina trata de averiguar cuál de los específicos fines que se ha atribuido a la pena, es el que mejor responde para hacer frente a la citada protección de bienes jurídicos. De ahí que, si son varios los fines que ha pretendido asignársele a la pena, desde el meramente retributivo, tan abandonado actualmente, pasando por el de la prevención general y luego por el de la prevención especial, todo

parece indicar que sí pueden existir desajustes entre la actividad del legislador al establecer la punibilidad, la del juzgador al individualizar a casos concretos esa punibilidad, y la de autoridad ejecutora al ejecutar la pena concreta previamente impuesta al sentenciado. Quizá con un ejemplo podamos demostrar lo anterior. Pensemos en el caso del párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, cuyo marco de penalidad privativa de libertad es de 5 cinco a 15 quince años, fue establecida por el legislador teniendo en cuenta sólo la prevención general. Ahora ubiquemos como supuesto de hecho a dos jóvenes universitarios que al salir del estadio eufóricos, han robado con violencia un par de refrescos a un vendedor ambulante (--hipótesis que se adecúa al tipo de robo específico conminado con la penalidad ya citada--). El juzgador en su sentencia aún asignándoles una culpabilidad mínima, se ha visto precisado a imponer la pena de 5 cinco años de prisión a cada uno de estos estudiantes, la cual por su magnitud hace improcedente cualquier sustitutivo penal (--en términos de los artículos 70 y 90 del Código Penal para el Distrito Federal--). La autoridad ejecutora por su parte, tendrá que ejecutar esa pena, sin que esté en posibilidad de modificarla, acaso pueda concederles algún sustitutivo en ejecución de sentencia o concederles libertad preparatoria pero solo cumplidas las tres quintas partes de la condena, y reunidos los demás requisitos del artículo 84 de la ley en cita. Conforme a todo esto, pensamos que al menos en éste sencillo ejemplo, no existe una armonía o correcto funcionamiento en los niveles del sistema, en primer lugar porque el legislador no tomó en cuenta diversas exigencias de carácter preventivo especial, al establecer la punibilidad del artículo 371 en mención; esto, dio lugar a que la pena impuesta por el juez a los estudiantes fuera excesiva, aun considerando que aplicó el mínimo; y la autoridad ejecutora en nuestra legislación de ordinario está vedada para imponer otra pena menor o modificar la impuesta por el Juzgador.

También puede decirse lo mismo en el caso de la pena accesoria de multa cuando es substituida por jornadas de trabajo a favor de la comunidad, en el ejemplo que expusimos en el presente trabajo, pues no obstante el juzgador advertir lo erróneo que resulta esta disposición, debe cumplirla en el supuesto de

que el sentenciado se encuentre en estado de insolvencia, y por supuesto que la autoridad ejecutora quien deberá estar a cargo de la vigilancia, cumpla con las jornadas de trabajo, también advierte lo injusto que resulta que a los dos sujetos con una posición económica distinta, cumplan con jornadas de trabajo semejantes.

4. INADMISIBILIDAD DEL MARCO PENAL DE LA TENTATIVA DEL DELITO GRAVE.

En la tentativa se manejan dos teorías una subjetiva, que considera el actuar del agente como contraria a Derecho y otra teoría objetiva (--que contempla nuestro Código Penal--), en la que se contempla que se pone en peligro un bien jurídico. Para que una tentativa pueda ser punible se requiere de actos peligrosos idóneos ejecutados total o parcialmente, antes de conocer el desenlace del hecho, tendientes a la consumación del delito.

El artículo 12 párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal dispone: "...existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente...".

Podemos observar que, la distinción entre tentativa y consumación únicamente es en base a la fase de ejecución del delito, lo que trae como consecuencia que la determinación de la pena aplicable, sea indiscutiblemente diferente, puesto que la consumación resulta ser más grave que la tentativa, porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que implica la lesión irreversible del bien jurídico protegido, que en la tentativa no existe, pues sólo se pone en peligro el bien, sin lograr su consumación por causas ajenas a la voluntad del autor.

Al respecto, **Muñoz Conde y García Arán** establecen: "...Si el concepto de injusto sólo se basara en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar entre tentativa y consumación, pero como el desvalor del resultado también es parte integrante del concepto de antijuridicidad, que obviamente al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuridicidad de ésta..."⁴⁵

Por lo anterior, estamos de acuerdo que la tentativa en función a una política criminal sea punible, pues a través de ésta se requiere la amenaza ante las conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos, en donde el agente tiene la voluntad de la consumación, pero sin que pueda lograrlo por causas ajenas a su voluntad.

De esta manera, el legislador ordena en el artículo 12 párrafo segundo de la ley sustantiva en la materia: "...Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito...". Este apuntamiento, resulta del todo correcto en base a que el delito consumado representa un grado de lesión mayor que en el tentado, pues únicamente pone en peligro su lesión.

Ahora bien, de la lectura al Código Penal respecto a este punto, se infiere que dentro de una correcta técnica jurídica es inadecuado que el legislador al establecer la punibilidad de la tentativa de delito grave, conforme al artículo 63 párrafo tercero del Código Penal, señale textualmente: "que en los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima del delito consumado y podrá llegar hasta las dos terceras de la sanción máxima prevista para el delito consumado". Esto se afirma, porque el Derecho Penal tutela bienes jurídicos, justificando una determinada sanción ante el daño o afectación real de tales bienes, así como una sanción de menor proporción cuando solamente se

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. ob. cit. pág. 474.

ponga en peligro los citados bienes (--porque claro es que se sancionan aspectos objetivos); de manera que si el sistema penal está orientado en ese sentido, son inadmisibles aquellas disposiciones penales en las que se sancione con igual margen de penalidad tanto el delito consumado como el tentado.

De igual manera, se considera que la tentativa y la frustración deben estar menos penados que la consumación del delito, ya que sólo ponen en peligro el bien jurídico pero no llegan a lesionarlo. Situación que considero correcta, porque si bien la finalidad del legislador al sancionar los delitos graves con una pena severa de la misma magnitud que en un delito consumado, es la prevención de futuros delitos calificados como graves, también es cierto que el legislador en algunos delitos establece una punibilidad superior al desvalor que sufre el bien jurídico, y por lo tanto estas deficiencias traerían como consecuencia que en estos supuestos se cometan injusticias, como en el caso del mencionado artículo 371 al establecer en su párrafo tercero, "...cuando dos o más sujetos cometen un robo, a través de la violencia..." , si nos remontamos al ejemplo de los dos estudiantes que salen eufóricos de un partido de fútbol, que desahucian al vendedor de refrescos de algunas bebidas, el Juzgador está obligado a imponer como pena mínima 5 años a cada uno, y en caso de que sólo ejecutaran en parte o totalmente actos ejecutivos tendientes al apoderamiento de estos objetos, sin lograr la consumación por causas ajenas a su voluntad, no obstante el Juzgador advertir que en este supuesto únicamente se puso en peligro el patrimonio del vendedor, está obligado a fijar como pena mínima 5 años de prisión atendiendo a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 63 de la Ley Sustantiva Penal. De manera que tales circunstancias resultan ilógicas, en primer lugar porque la punibilidad aplicable a este precepto, considero de manera personal que es incorrecta, puesto que el desvalor que sufrió el bien jurídico tutelado por la norma penal en ambos supuestos es distinto, en razón de que en el delito consumado se lesiona totalmente el bien jurídico, y en la tentativa sólo ponen en peligro dicho bien; y en segundo porque estas reglas de punibilidad

obligan al Juzgador a imponer una pena que no corresponde a la conducta desplegada por el sujeto del delito.

5. ASPECTOS DE PUNICION EN SUSTITUTIVOS PENALES.

La idea de los sustitutivos penales, proviene del fracaso de los centros penitenciarios, y por lo tanto de los fines de la pena, a través de penas demasiado cortas. Una política criminal exitosa es aquella que logra una menor desocialización del sujeto condenado, es por esta circunstancia que la pena de muerte o cadena perpetua resultan inadmisibles, por ser contrarias a una reinserción social del sujeto "delincuente"; por el contrario, el objetivo del sistema legal de penas debe enfocarse a una resocialización y reeducación del sujeto, estableciendo sustitutivos de penas cortas, y limitando la duración de las penas largas, aunque estos supongan la renuncia a la ejecución de la pena de prisión, la orientación preventivo especial prevalecerá ante dichas prevenciones.

De no existir los sustitutivos penales y ejecutarse penas de corta duración, se produciría una sobrepoblación de las cárceles, en donde sujetos que cometieron delitos con una gravedad mínima, estarían conviviendo con delincuentes habituales, reincidentes, etc., que en nada ayudaría a los fines de la pena, sino al contrario, provocarían que estos primeros sujetos una vez compurgada la corta pena que le fue impuesta, regresen a la sociedad para cometer nuevos delitos y quizás de mayor magnitud.

Es por ello que el esfuerzo por avanzar en el proceso de los sustitutivos de la prisión está ligado al éxito que han tenido países como Alemania y España que los han puesto en práctica, en donde no existen penas de larga duración, sino por el contrario cuentan en su mayoría con penas de multa o trabajos a favor de la comunidad, a excepción de aquellos delitos que consideran graves.

Para la aplicación de los sustitutivos penales en la individualización judicial, se requiere primeramente que se encuentren expresamente en la norma penal y posteriormente el Juzgador decidirá cual resulta la adecuada al caso concreto, en atención a las circunstancias concurrentes en el hecho típico y a circunstancias personales del sujeto activo.

Así, el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal, establece textualmente que : "...La prisión podrá ser sustituida, a juicio del Juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

- I. Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no excede de cuatro años;
- II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años;
- III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el Juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada, por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas, tratándose de una transgresión en perjuicio de la hacienda pública."

La multa como sustitución de la pena de prisión, se determinará con el equivalente del multiplicar los días de prisión impuestos, por el monto del salario del sujeto al momento del hecho delictivo, que deberá ser cubierta, en los mismos términos que cuando se imputa como pena.

Como lo dispone el artículo 27 de la ley en cita, el tratamiento en libertad de imputables consistirá en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas, que la autoridad ejecutora considera convenientes, para una readaptación o resocialización del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora, su duración no excederá de la correspondiente pena de

prisión substituida. La semilibertad implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad, aplicable según las circunstancias del caso como puede ser su externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana con reclusión durante el resta de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna, en este supuesto la semilibertad tampoco podrá exceder del tiempo que el juzgador señala como punición. Finalmente, el trabajo a favor de la comunidad consistirá en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, que se llevará a cabo en períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la vigilancia y orientación de la autoridad ejecutora, computándose cada día de prisión por una jornada de trabajo a favor de la comunidad. La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, que de ninguna manera resultará denigrantes ni humillantes para el condenado.

De esta manera, advertimos que el legislador otorga al Juzgador un campo más amplio de discrecionalidad al Juzgador, con el objeto de que sea éste quien decida al momento de resolver en definitiva, la posibilidad de substituir la pena de prisión impuesta al sujeto activo del delito, por alguno de los tratamientos contemplados en éste precepto legal, en base a las circunstancias concurrentes del delito y a las personales del sujeto.

Sin embargo, como hemos visto, existen antinomias en el sistema penal, que obliga al juzgador a imponer en un caso concreto penas exageradas, como es en el ejemplo expuesto en el sub-capítulo "incongruencias en el sistema penal, por fallas en los niveles de determinación", en el que dos estudiantes al encontrarse en un momento de sobresalto, deciden robar a un sujeto un par de refrescos, utilizando como medio comisivo la violencia moral, ante esta hipótesis el juzgador aún cuando determine que el grado de culpabilidad de los sujetos

activos es mínima, impondrá la pena de prisión de 5 cinco años a cada uno, y como consecuencia aún cuando se consideren como primo delincuentes, será inoperante alguna forma de sustitución. Luego entonces, de nada sirve que el legislador establezca varias formas de sustitución de la pena de prisión, si el juzgador al analizar el caso en particular y advertir que de acuerdo a una prevención especial, los sentenciados merecen un sustitutivo penal, no podrá fijarlo, porque el marco legal en su mínimo excede de 4 cuatro años de prisión, que es el máximo para que pueda ser sustituible.

6. CONCURSO DE DELITOS Y PUNICIÓN.

El concurso de delitos, se estructura en ideal y real, de esta manera el legislador establece en el precepto 18 del Código Penal para el Distrito Federal : “...Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos...”

Para tener de manera somera una comprensión acerca del concurso de delitos, existirá una sola acción cuando concurren los siguientes elementos: el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a pluralidad de actos físicos aislados, puesto no obstante efectuar diversos actos o movimientos corporales, son encaminados a obtener un solo resultado, (~ejemplo en el delito de homicidio, la volunta del agente es privar de la vida a otro sujeto, pero para ello requiere de una serie de actos, como el obtener el arma u objeto con el que lo privará de la vida, acechar a la víctima, y ejecutar la acción final de lesionarlo, lo que dará como consecuencia la cesación de la vida--). Más aún que existen tipo delictivos en los que se requiere de diversos actos o factores para su integración, como en el delito de encubrimiento, en el que es necesario que previamente se ejecute un delito, después que el agente sin haber participado en éste reciba u oculte el producto a sabiendas de esta circunstancia.

Un segundo factor es el normativo, se refiere al análisis de la estructura del tipo delictivo en caso concreto, puesto aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (privar de la vida a otro), alguno de los actos que lo integran pueden encuadrarse en otro tipo delictivo, como es en el caso anterior el portar el arma de fuego, sin embargo debe inferirse que precisamente traía el arma porque fue el instrumento o medio con el que privó de la vida a su víctima. Luego entonces, de tomarse en consideración este aspecto como un delito autónomo, se estaría recalificando su conducta y por tanto, sería una violación al principio de "non bis in idem".

En el supuesto del concurso ideal, el ejemplo más simple puede versar en el delito de homicidio culposo. Felipe "N", conduce un vehículo automotor a una velocidad mayor de la permitida en esa zona carretera, en completo estado de ebriedad, y debido a esto priva de la vida a una persona que cruzaba la Avenida, y posteriormente por el contado con el cuerpo duro se desliza y efectúa contacto con el pabellón y un árbol que se encontraba sobre la banqueta. De esto podemos inferir la concurrencia de varios delitos homicidio culposo, daño en propiedad culposo y ataques a las vías de comunicación. Pero debido a que fue una sólo conducta la que dio origen a varios delitos, esto es, la conducción de una unidad vehicular violando un deber de cuidado, que podía y debía observar según las circunstancias y condiciones personales las condiciones, sin prever siendo previsible el resultado que se le atribuye, puesto que estaba obligado a abstenerse de conducir en un estado de ebriedad y mucho menos a un exceso de velocidad, se encuadra dentro del concurso ideal de delitos.

Ahora bien, el concurso real no presenta mayores problemas, puesto que para su existencia se requiere que existan pluralidad de conductas, las que dan origen a pluralidad de delitos.

De este modo, lo difícil es cuando al momento en que el Juez fijará el marco concreto aplicable al caso concreto, resulta que el legislador en el artículo 64 párrafo segundo citada ley sustantiva, ordena: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".

Esta concepción de manera personal considero es acertada, en primer término porque en base a una prevención especial, se impondrá la pena correspondiente para el delito que merezca la mayor, que presupone un desvalor mayor a los demás delitos cometidos, y en segundo, porque deja a la discrecionalidad del Juzgador el aumentar o no hasta una mitad más, la punibilidad aplicable al delito cometido, que correspondería por la comisión de los demás injustos.

El párrafo segundo parte primera del citado precepto ordena: "En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero".

Pero de acuerdo a esta sistemática, consideramos incongruente lo dispuesto por el legislador en la parte final del segundo párrafo del artículo 64 del Código Penal, en la que señala como obligación de la autoridad judicial, el sumar todas las penas del concurso real integrado por un delito grave. Dicho precepto tiene una orientación meramente retributiva, en la que se omite por completo el fin de prevención especial preponderantemente aceptado frente al de la mera retribución por la doctrina. Si la sola pena del delito grave es por lo general sumamente severa, al sumarias restantes sanciones de los otros delitos del concurso, resulta un total excesivo, por lo que consideramos que en el texto de la norma comentada la suma de sanciones ha de ser en todo caso potestativo para

el juzgador. De ahí que parecería que la disposición del legislador da un retroceso o vuelta a los fines de la pena retributiva, sin que tome en consideración aspecto de prevención especial.

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

PRIMERA.- Se advierte como en la práctica, suele confundirse los términos punibilidad, punición y pena, cuando en realidad teóricamente cada uno se utiliza en los tres niveles de determinación de la pena, esto es, la punibilidad es la establecida por el legislador en la norma penal; la punición, es la fijación de la privación o restricción de bienes del autor del delito, por parte del Juzgador en una sentencia definitiva; y finalmente, la pena es la concreta y real privación de bienes del autor del delito, efectuada por la autoridad ejecutora, en cumplimiento a la resolución emitida por el Juez.

SEGUNDA.- Se observan fallas que se presentan en los tres niveles de determinación de la pena (--legislativo, judicial y ejecutivo--), cuando por un lado el legislador establece en la norma penal un marco legal genérico (mínimo y máximo), calculado en base al desvalor del bien jurídico protegido, así como el aumento o disminución en el caso de concurrir alguna circunstancia agravante o atenuando de la conducta delictiva. Por otro lado, vemos que el Juzgador a través de la punición, individualiza la punibilidad previamente establecida por el legislador en la norma penal, tomando en cuenta como eje central de medición la culpabilidad del enjuiciado, graduarla básicamente a través de una dicotomía de datos como son las circunstancias exteriores del hecho y las peculiares del sujeto, conforme a las reglas establecidas en los numerales 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal; sin embargo, se advierte que en ocasiones el Juez carece de espacios de discrecionalidad adecuados al momento de cumplir con su cometido de administrar justicia, puesto que debe cumplir con lo establecido en la norma penal, no obstante advertir diversas incongruencias por parte del legislador, en razón que en existen casos en los que la punibilidad es sumamente superior al grado de culpabilidad del sujeto activo, como sucede en el caso del

tipo de robo específico, a que se hizo alusión en el capítulo cuarto de este trabajo. Finalmente, en la fase ejecutiva, podemos citar a manera de ejemplo la frecuencia con que los funcionarios encargados de ejecutar las penas impuestas por el Juzgador en la sentencia condenatoria, por tener contacto directo con los sentenciados, advierten que algunos de ellos necesitan un tratamiento mayor o menor al que fue impuesto por el órgano jurisdiccional; así, en el caso de sujetos inimputables, aún cuando adviertan que el tratamiento que inició, durante el tiempo que estuvo bajo su vigilancia debiera continuar, el legislador obliga a que la medida de seguridad impuesta no sea mayor a la pena establecida para el delito cometido, ocasionando que el tratamiento se interrumpa y que quizá no se logre la completa curación del sujeto, sin que obste para considerar lo anterior, el hecho de que se establezca que concluido este tiempo, la autoridad ejecutora al considerar necesario proseguir con el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables, puesto como ya se advirtió, no existe continuidad en la medida de seguridad.

TERCERA.- Por otro lado, se infiere que el marco legal en el caso de tentativa en delito grave es inadmisibles, al ser incongruente que se sancione con la misma magnitud un delito tentado que un consumado, no obstante corresponder a un desvalor distinto, como sucede por ejemplo en el caso del delito de homicidio, puesto que en el primer supuesto sólo se pone en peligro el bien jurídico protegido, dando un resultado de carácter formal; y en la segunda hipótesis se lesiona el bien jurídico, al tener como consecuencia un resultado material (--la muerte de una persona--). Ante estas circunstancias, dicha disposición requiere ser modificada por la sencilla razón de lo inequitativo que resulta sancionar con el mismo parámetro el delito tentado y el consumado.

CUARTA.- Otra cuestión que debe reformarse en el Código Penal para el Distrito Federal, es la regla de concurso real prevista en la parte final del párrafo segundo del artículo 64, pues cuando la pluralidad de delitos incluya uno calificado como grave, no deja a la potestad del juzgador la suma de las penas de

cada uno de los ilícitos, sino que lo obliga a realizarla. De donde se advierte que esta disposición es contraria a los fines de la pena, puesto que la suma de los delitos da lugar a una pena exagerada. En efecto, si la punibilidad establecida por el legislador en la norma penal, para los delitos graves en ocasiones resulta desproporcionada e injusta, es aún más al aumentar la pena para cada uno de los delitos, que en realidad en nada sirve a los fines de prevención especial, como efecto resocializador del delincuente, sino que al contrario parecería que se trata de una mera retribución por el hecho cometido.

QUINTA. - En base al estudio acerca de las condiciones en que nuestros tribunales determinan la pena a los casos concretos y los factores que influyen en la dinámica de medición de pena (--las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad del agente--), se demuestra lo inadecuadas que en determinados casos como, por ejemplo algunas relaciones con la hipótesis del artículo 371 párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal, resultan las escalas o espacios de discrecionalidad con que cuenta el Juzgador, al momento de fijar la punición al caso concreto, dando lugar a la imposición de penas desproporcionadas e injustas.

SEXTA.- Finalmente, se observa que debido al fracaso de los centros penitenciarios, se trata de buscar alternativas diversas a la privación de la libertad, a través de la los substitutivos penales en la individualización judicial, sin embargo, las fallas en los niveles de determinación de la pena ocasionan de igual manera que sean en ocasiones inoperantes, puesto que si el legislador establece en la norma penal que un determinado tipo de delito, se sanciona con prisión que excede de 4 cuatro años, aunque el Juzgador advierta la desproporcionalidad de la punibilidad en relación al bien jurídico protegido, no podrá conceder algún tipo de substitutivo penal, en razón de que sólo operan cuando la pena de prisión no excede de 4 cuatro años.

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

1. AZZOLINI, Alicia, La punición: una expresión del Poder Judicial de connotación. *Criminalia*, Año LXIII, número 3, septiembre-diciembre, Edit. Porrúa S.A. , México 1997.
2. ALTAVILLA, Enrico, La dinámica del delito, Edit. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1973.
3. BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, Reimpresión, Edit. Praxis, S.A., Barcelona 1996.
4. BERDUGO GOMEZ, Ignacio y otros, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Edit. Praxis, S.A. Barcelona 1996.
5. BUNSTER, Alvaro, Orientaciones Politico-Criminales de una futura legislación penal mexicana. En: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año IV. No. 10. U.N.A.M. México 1989.
6. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Primera Edición, España, Edit. Ariel, 1984.
7. CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Edit. Nacional, México 1976.
8. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Individualización Judicial de la pena, Edit. COLEX, 1997.
9. DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, Punibilidad, punición y pena, de los sustitutivos penales, en memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, U.N.A.M, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1992.

10. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Edit. Temis. Bogotá, 1989.
11. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Edit. Trotta, Madrid 1995.
12. GARCIA ARAN, Mercedes, Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995, Edit. Aranzadi.
13. GARCIA ARAN, Mercedes, Los criterios de determinación de la pena en Derecho Español, Edicions de la Universitat de Barcelona.
14. HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal. Bosch, Casa Editora Barcelona, 1984.
15. HEINRICH JESCHECK, Juan, Tratado de Derecho Penal. Bosch. Casa Editorial S.A. Barcelona 1978.
16. ISLAS MARISCAL, Olga, Análisis Lógico de los delitos contra la vida, Edit. Trillas. México 1991.
17. LANDROVE DIAZ, Gerardo, Las consecuencias jurídicas del delito, Segunda Edición, Edit. Bosch, Casa Editorial S.A.
18. LEYRET, Henry, Las sentencias del Buen Juez Magnaud, Edit. Temis, Bogotá 1976.
19. LUZON PEÑA, Diego Manuel. Antinomias y Medición de la Pena, Trabajo del Seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho Penal, Universidad de Barcelona, Mayo 1979.
20. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Barcelona. Bosch, Casa Editorial, 1982.

21. MOMSEN, Teodoro, Derecho Penal Romano, Edit. Temis, Bogotá 1996.
22. MUÑOZ CONDE Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
23. RAMOS ARTEAGA, Elena, Las penas y medidas de seguridad, El sistema de la doble vía. Criminalia. Año LXIII. No. 3, México D.F., Septiembre-Diciembre, 1997, Edit. Porrúa.
24. ROXIN, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal, Traductor Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Edit. Reus S.A. Temis 1976.
25. WELZEL. Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 1976.
26. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

LEGISLACIONES

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.