

676



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESION EN LA
INDIVIDUALIZACION 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 :

LILIANA RAMIREZ CHAVARRIA

CON NUMERO DE CUENTA 9031264-7



ASESOR: DR. ALFONSO PEREZ DAZA

MEXICO, D.F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Paginación Discontinua

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL



LIBERTAD NACIONAL
AVANZA DE
MEXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna RAMIREZ CHAVARRIA LILIANA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. ALFONSO PEREZ DAZA, la tesis profesional intitulada "LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESION EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. ALFONSO PEREZ DAZA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESION EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna RAMIREZ CHAVARRIA LILIANA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 13 de marzo de 2002.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MÉXICO, Y A LA FACULTAD DE DERECHO, POR
LA LABOR DESEMPEÑADA.**

MUY ESPECIALMENTE A MIS PADRES MIGUEL ANGEL Y MA. DEL CARMEN, POR SU GRAN ESFUERZO Y LUCHA INCANSABLE, PORQUE YO ALCANZARA LA META DESEADA.

CON MUCHO CARIÑO, A MIS ABUELOS RAMON Y CATALINA, QUIENES CON GRAN ESFUERZO HAN CONTRIBUIDO A QUE CONSIGUIERA LA CULMINACIÓN DE MI CARRERA.

A MIS HERMANOS RAMON, MIGUEL ANGEL Y ROBERTO CARLOS, POR EL APOYO BRINDADO.

CON INMENSO AMOR A GABRIEL, QUIEN SIEMPRE ME
HA DADO LA FUERZA NECESARIA PARA LA
CONSECUCIÓN DE MIS OBJETIVOS,
PROPORCIONÁNDOME SU INVALUABLE APOYO,
ENSEÑANZA, EXPERIENCIA Y DEDICACIÓN,
ABRIENDOME LAS PUERTAS DEL CONOCIMIENTO.

CON UN INFINITO AGRADECIMIENTO AL DR. ALFONSO PEREZ DAZA, QUIEN HIZO POSIBLE LA REALIZACIÓN Y CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO, Y A TODOS Y CADA UNO DE LOS PROFESORES QUE CONTRIBUYERON EN MI FORMACIÓN COMO PROFESIONISTA, PROPORCIONÁNDOME SUS CONOCIMIENTOS.

A MIS AMIGOS Y TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE HAN ESTADO CONMIGO BRINDÁNDOME SU CONFIANZA Y APOYO EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES.

"LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESION EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA"

INTRODUCCION.....1

CAPITULO I

1.- LA CONFESION.

1.1.- LA CONFESION Y SUS DIFERENTES ACEPCIONES.....	1
1.1.1.- DEFINICIONES DE LAS DISTINTAS CONFESIONES.....	2
1.2.- LA CONFESION EN EL ASPECTO TEOLOGICO.....	5
1.3.- LA CONFESION EN EL ASPECTO PSICOLOGICO.....	12
1.4.- LA CONFESION EN EL ASPECTO JURIDICO.....	18
1.4.1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA CONFESION.....	20
1.4.2.- LOS REQUISITOS DE LA CONFESION Y SU VALOR COMO PRUEBA EN MATERIA PENAL, DE ACUERDO A LA LEGISLACION VIGENTE.....	25

CAPITULO II

2.- LA PENA Y SU MEDICION.

2.1.- LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA.....	29
---	----

2.1.1.- TEORIAS DE LA CULPABILIDAD.....	33
A).- TEORIA PSICOLOGICA.....	33
B).- TEORIA NORMATIVA.....	34
C).- TEORIAS MIXTAS.....	35
2.1.2.- LA CULPABILIDAD DEL ACTO.....	43
2.1.3.- LA CULPABILIDAD DEL AUTOR.....	53
2.2.- LOS ELEMENTOS DE VALORACION DE LA PENA DE ACUERDO A LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL.....	59
2.2.1.- ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL.....	63
2.3.- ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL.....	71
2.3.1.- LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO AL BIEN JURIDICO O DEL PELIGRO A QUE HUBIERE SIDO EXPUESTO.....	75
2.3.2.- LA NATURALEZA DE LA ACCION U OMISION Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA EJECUTARLA.....	78
2.3.3.- LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASION DEL HECHO REALIZADO.....	80
2.3.4.- LA FORMA Y GRADO DE INTERVENCION DEL AGENTE EN LA COMISION DEL DELITO, ASI COMO SU CALIDAD Y LA DE LA VICTIMA U OFENDIDO.....	83
2.3.5.- LA EDAD, EL NIVEL DE EDUCACION, LAS COSTUMBRES, LAS CONDICIONES SOCIALES, ECONOMICAS Y CULTURALES DEL SUJETO, ASI COMO LOS MOTIVOS QUE LO IMPULSARON O DETERMINARON A DELINQUIR. CUANDO EL PROCESADO PERTENECIERE A ALGUN GRUPO ETNICO O PUEBLO INDIGENAS, SE TOMARAN EN CUENTA ADEMAS SUS USOS Y COSTUMBRES.....	86

2.3.6.-	EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR DEL ACUSADO CON RELACION AL DELITO COMETIDO.....	91
2.3.7.-	LAS DEMAS CONDICIONES ESPECIALES Y PERSONALES EN QUE SE ENCONTRABA EL AGENTE EN EL MOMENTO DE LA COMISION DEL DELITO, SIEMPRE Y CUANDO SEAN RELEVANTES PARA DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE HABER AJUSTADO SU CONDUCTA A LAS EXIGENCIAS DE LA NORMA.....	95

CAPITULO III

3.- LA CONFESION Y SU RELACION CON LA MEDICION DE LA PENA.

3.1.-	COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO.....	99
3.2.-	COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO EN FAVOR DEL BIEN JURIDICO LESIONADO O PUESTO EN PELIGRO.....	105
3.3.-	COMPORTAMIENTO POST Y PRAETERDELICTIVO (ARREPENTIMIENTO).....	109
3.4.-	LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESIÓN EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.....	114
	CONCLUSIONES.....	120
	BIBLIOGRAFIA.....	122

INTRODUCCIÓN.

El tema que se aborda titulado la "IRRELEVANCIA DE LA CONFESIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA", se encuentra enfocado a la materia penal, ya que es el área del Derecho, en donde la CONFESIÓN desde tiempos remotos ha acarreado diversas posturas, siendo en este caso el principal motivo para el desarrollo de este tema la importancia que los legisladores, así como el poder judicial como impartidor de justicia le ha otorgado a dicha figura al momento de realizar la individualización o medición de la pena correspondiente a una persona que ha cometido un ilícito determinado, toda vez que la misma varía de acuerdo al criterio que cada juzgador tiene en ese aspecto.

Es importante señalar, que de acuerdo a la legislación de la materia, la confesión que una persona hace respecto del delito que se le imputa, entraña diferentes consecuencias, ya que hay quienes sostienen que la confesión debe ser considerada como una atenuación de la pena que le corresponda al sujeto, en virtud de que la misma denota arrepentimiento de la comisión del hecho; y por otra parte hay quienes sostienen que la confesión de un sujeto no tiene mayor relevancia que el hecho de reconocer de manera objetiva y responsable la conducta típica y antijurídica que ha cometido, lo cual no debe incidir de ninguna forma en la atenuación o agravación de la pena correspondiente, dando esto lugar a que los legisladores manejen tal figura como mejor les convenga.

Por lo que se propone que la confesión de una persona que cometió un delito no se tome en cuenta para atenuar la penalidad, pues la misma es un reconocimiento cabal de su conducta, sin que por ello tenga que

imponérsele a una persona una sanción menor a la que le corresponde, todo esto atendiendo a la concepción de que el Derecho Penal Mexicano se rige por la culpabilidad del hecho ó también llamada culpabilidad del acto, esto es, se debe sancionar a una persona por el delito cometido, más no por su conducta posterior, por lo que también se realizará un análisis objetivo de los elementos de valoración de la pena, de acuerdo a lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Punitivo de la Materia, poniendo especial empeño en lo concerniente a la fracción VI del referido numeral 52, relativa al comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, pues en ese sentido la mayoría de los encargados de la impartición de la justicia se abocan a señalar que la conducta posterior del acusado con relación al delito cometido fue de negar los hechos, de darse a la fuga después de cometido el ilícito o de confesar los mismos, lo cual de ninguna forma constituye razonamientos esenciales para la individualización de la pena, pues esta fracción se refiere primordialmente a la conducta posterior del acusado que por supuesto aporte un beneficio para el bien jurídico tutelado que se menoscabó ó que se puso en peligro.

Así pues, resulta de mucha importancia que los encargados de la impartición de justicia, al momento de individualizar la penalidad, se aboquen única y exclusivamente a los aspectos referentes a la gravedad del ilícito y al grado de culpabilidad del agente, como lo dispone el artículo 52 del Código Sustantivo Penal, sin que haya que tomarse en consideración la situación de que el acusado haya confesado o no la comisión del delito por el que se le sanciona para efectos de que dicha sanción se le disminuya, por el solo hecho de que se haya declarado culpable del ilícito, pues como lo analizaremos más adelante esto no aporta ningún beneficio al bien jurídico protegido y aunado a ello resulta inconstitucional.

CAPITULO I

1.- LA CONFESION.

1.1.- LA CONFESION Y SUS DIFERENTES ACEPCIONES.

1.1.1.- DEFINICIONES DE LAS DISTINTAS CONFESIONES.

1.2.- LA CONFESION EN EL ASPECTO TEOLOGICO.

1.3.- LA CONFESION EN EL ASPECTO PSICOLOGICO.

1.4.- LA CONFESION EN EL ASPECTO JURIDICO.

1.4.1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA CONFESION.

1.4.2.- LOS REQUISITOS DE LA CONFESION Y SU VALOR COMO PRUEBA EN MATERIA PENAL, DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

1.1: LA CONFESIÓN Y SUS DIFERENTES ACEPCIONES

Etimológicamente la palabra CONFESIÓN proviene del latín CONFESSIO, significando con ello la declaración que se vierte sobre un hecho determinado.

Guillermo Colín Sánchez expresa que Confesión, "es la declaración del probable responsable del delito, es el atestado o manifestación que éste lleva a cabo, relacionada con los hechos delictuosos, ante la autoridad investigadora o frente al órgano de la jurisdicción. Es un medio de Prueba factible de contribuir a la realización de los fines específicos del proceso; de la misma pueden obtenerse elementos que, si el caso lo amerita, serán la base en que se sienta la practica de diversas diligencias".

Por su parte Mateos Alarcón se refiere a la confesión como "el acto de prueba proveniente de cualquiera de las partes por el que se reconoce o se admite en su perjuicio la verdad de los hechos aseverados por el adversario".

Así pues, para Marco A. Díaz de León la confesión "es una manifestación que hace el inculpado sobre la participación activa que hubiera tenido en los hechos delictivos; dicha manifestación debe ser libre, es decir, con la voluntad del acusado, si bien aquélla puede resultar de una expresión espontánea o provocada".

En otro sentido, Lessona señala que la confesión "es una declaración judicial o extrajudicial en que una parte capaz de obligarse, con ánimo de suministrar a la otra una prueba que redunda en su perjuicio reconoce, total o parcialmente, la verdad de la obligación o de un hecho susceptible de producir efectos jurídicos".

Por otra parte se puede concebir a la confesión como "*la declaración a través de la cual un indiciado, procesado y acusado, manifiesta haber tomado, o*

no, parte en alguna forma en los hechos motivo de la investigación. En esa declaración el sujeto admite, o no, haber realizado una conducta (acción u omisión) y el juez al relacionarla con todo el material probatorio, en el momento culminante del proceso la califica como confesión".¹

De esa concepción se desprende que la confesión está siempre sujeta a su corroboración con otros medios de prueba y elementos, para que con ese carácter así pueda considerarse.

En otro sentido, esto es, en la doctrina escolástica, la confesión, adquiere importancia capital, para el supuesto y fines religiosos correspondientes; por eso se explica que haya sido considerada como "el reconocimiento que hace el acusado de su propia responsabilidad".

De todo lo anterior se puede observar que todos los autores están acordes en considerar a la confesión como "el reconocimiento que el sujeto hace de los hechos delictivos o de las obligaciones que se le atribuyen".

Así, en un aspecto particular, puedo referir a la confesión como "la manifestación libre y espontánea (voluntaria), sin que medie presión física ni moral o coacción de ninguna especie, mediante la que el sujeto reconoce ser autor, participante, cómplice o encubridor de un delito; implicando tal situación, el reconocimiento de la propia culpabilidad y en consecuencia de su responsabilidad penal".

1.1.1. DEFINICIONES DE LAS DISTINTAS CONFESIONES.

Confesante. - Es el que confiesa en pleito civil o causa criminal, que requiere ser parte en aquél y reo en esta otra.

¹ Bonnier Eduardo. Tratado Teórico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y Penal. Ed. Porrúa. México. 1991. Pág. 271.

Confesar. - Proceder a una confesión.

Confesión. - Declaración que, sobre lo sabido o hecho por él, hace alguien voluntariamente o preguntando por otro. Reconocimiento que una persona hace contra ella misma de la verdad de un hecho.

Confesión calificada. - Es la que presta el reo para reconocerse como autor o participe del hecho delictivo; pero manifestando a la vez los motivos que atenúan o excusan su responsabilidad.

Confesión de dote. - Más propiamente dicha "dote confesada", "es para la legislación española aquella cuya entrega sólo consta por documento privado o por declaración del marido".²

Los efectos que ésta produce varían según que la confesión se haya hecho en un testamento o por acto entre vivos; en el primer supuesto tiene la eficacia de un legado, y no podrá perjudicar a los acreedores ni a los herederos forzosos del marido; en el segundo supuesto no produce más efecto que el de las obligaciones personales; salvo el derecho de la mujer a exigir que el marido asegure la dote con hipoteca; si la confesión de dote hubiese sido hecha antes de la celebración de matrimonio o dentro del primer año de celebrado.

Confesión del delito. - Acto por el cual una persona reconoce haber cometido un hecho punible, esa declaración puede ser espontánea u obtenida como consecuencia del interrogatorio al que aquellas autoridades someten al presunto delincuente; si bien éste puede no confesarse autor del delito, aunque en efecto lo haya cometido, porque tiene derecho a ampararse en derechos constitucionales y legales determinantes que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. En tiempos pasados la confesión del reo constituía la prueba concluyente de su autoría y responsabilidad y de ahí que para obtenerse se aplicaban los métodos más brutales e inhumanos, sin que ello representase una ilegalidad ni un abuso de autoridad, puesto que era un trámite del procedimiento criminal.

²Gaspar, Gaspar. La Confesión. Ed. Universidad. 2ª Edición. Buenos Aires. 1988. Pág. 110.

Confesión en juicio.- Es uno de los medios de prueba admitidos en el procedimiento civil y en el laboral, cuya finalidad es obtener de la parte contraria, y, con relación a los hechos debatidos, el reconocimiento de los que perjudican la posición litigiosa del confesante y favorecen la del que solicita la prueba, ésta también es llamada absolción de posiciones porque generalmente se practica sometiendo al absolvente al interrogatorio que, en un llamado pliego de posiciones, presenta su adversario.

Confesión extrajudicial.- Es la que se hace dentro del proceso y con las formalidades exigidas por el Código Procesal, esta confesión es la que se hace fuera del proceso, ésta siempre es espontánea en el sentido de que nadie puede obligar a otra persona para que preste confesión fuera del juicio, esta confesión también puede hacerse frente a un tercero.

Confesión ficta.- Si bien el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considera como una manifestación de voluntad, conforme al acto o la interrogación, si puede tener ese carácter en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o una causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Confesión judicial.- Es la que se rinde ante los jueces y responde principalmente al contenido de lo establecido en las legislaciones aplicables, será expresa, es decir, oral o escrita, clara y directa, pura, simple, espontánea si el sujeto *motu proprio* se presenta a emitirla y provocada cuando se obtiene a través del interrogatorio.

Confesión sacramental.- Declaración al confesor de los pecados cometidos por el que confiesa.

Confeso.- Reo que ha reconocido y relatado su delito. Litigante que ha admitido, ante la otra parte, algo que a él lo perjudica.

Confesor.- El sacerdote con autoridad canónica para oír la confesión sacramental y absolver al confesante, salvo pecado de absolución reservada a mayor jerarquía.

Confesarse.- Arrepentirse de lo que se hizo o dijo. Retractarse.

Confesionario.- Despacho del Juez.

Confesor.- Lo constituye el juez.

Confidente.- De confianza o seguro, Soplón de la policía. Delator.

1.2. LA CONFESIÓN EN EL ASPECTO TEOLOGICO

Es importante señalar en primer término la concepción de la CONFESIÓN SACRAMENTAL, la cual es entendida como la declaración al confesor de los pecados cometidos por el que confiesa. *"El confesor queda obligado en conciencia a guardar el sigilo sacramental, a no revelar a nadie ni por nada, salvo autorización del penitente, lo confesado, así implique delito o sacrilegio. Es deber cumplido fielmente por los sacerdotes".*³

Ahora bien, en el catecismo romano se lee que el sacramento es "una cosa sensible, que, por instrucción divina, tiene la virtud de significar y de producir la santidad y la justificación". Los sacramentos son un don divino que corresponden perfectamente a las necesidades humanas: son sensibles, y nos aportan lo que nosotros solos no podríamos alcanzar, es decir, la acción de Dios en nosotros. Por eso, la confesión sacramental o penitencia solo se comprende bien en relación con la eucaristía, a la que, como los demás sacramentos, se ordena. La eucaristía

³ Gaspar, Gaspar. La Confesión. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1988. 2ª edición. Págs. 112-113.

unión sacramental real con Cristo es el centro de la vida cristiana, y la penitencia es su preparación. Lo que es esencial en todo sacramento y, por tanto, en la confesión, es la acción de Cristo en el hombre, la santificación que nos aporta, la gracia que nos transmite y que nos alcanza. En las demás realidades ascéticas domina el elemento humano; aquí brilla y triunfa el elemento divino, la eficacia de la gracia de Dios.

La confesión, se trata, por tanto, de una purificación que realiza el mismo Jesucristo, y si el hombre debe acusarse ante el sacerdote, es decir, ante la Iglesia esto se debe al hecho de la delegación que ha recibido a tal fin del mismo Cristo, y porque él ha confiado la salvación a la Iglesia, y porque el retorno a Dios no se puede hacer sin una vuelta a la comunidad de la Iglesia.

*"Nuestras purificaciones son siempre insuficientes; en la penitencia, la sangre del mismo redentor se derrama sacramentalmente sobre el alma del pecador en el momento de la absolución. Es "opus divinum", y por eso se entiende que "la confesión hace al hombre infinitamente más digno de honor de lo que el pecado le ha hecho objeto de castigo"*⁴

Así pues hay que subrayar el hecho de que en la concepción católica la confesión es un sacramento, y, por tanto, que siendo ésta un verdadero tribunal que imparte absoluciones y condena la pena, hay en ella una acción que cambia al imputado, que lo hace bueno, no sólo lo declara tal, sustancialmente cambiado, participe, por la gracia recibida, de la misma naturaleza de Dios.

El dolor perfecto o de contrición, es decir, motivado por el amor de Dios fuera de la confesión, hace que el alma entre en oposición con el pecado, es el principio de su destrucción y si la acusación sacramental no fuese posible y quedase sólo in voto (deseada) bastaría para salvar a quien muriese en tal condición. Pero en la confesión la contrición adquiere valor sacramental, es decir, los méritos de Cristo se nos aplican para producir en nosotros la gracia que

⁴ Baulista Torollo, Juan. *Psicoanálisis y Confesión*. Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1963. Pág. 162.

destruye el pecado, devuelve la vida y aumenta y acrecienta la aproximación a Dios si nos acusamos únicamente de pecados leves.

Hay una diferencia realmente infinita entre la acusación hecha a un hombre cualquiera y la acusación que se hace al sacerdote en el sacramento de la penitencia. La confidencia o acusación laica podrá obtener el perdón del hermano ofendido, o dar salida a un angustioso remordimiento y merecer de quien tiene más luces un buen consejo. La confesión produce un cambio real, ya que en ella quedamos presos, salvados, purificados y divinizados por Jesucristo en persona. Por eso, presupone la fe; es una rendición a Dios mismo que nos acoge y nos sana.

La confesión como todo sacramento obra *ex opere operato*, es decir, por su propia virtud, la medida de la gracia recibida, y por tanto los efectos de la confesión dependen de las disposiciones del que se confiesa, y especialmente del dolor y de la humildad con que se hace la acusación. "En la confesión, en suma, el cristiano católico se reviste de Cristo".⁵

Por todo lo anterior se ve, que puesto que nuestra confesión entra en el dominio de la instrumentalidad sacramental y, por consiguiente, se pone en realidad con la actividad sacerdotal de Cristo, no puede ser por nuestra parte solamente acusación de los pecados, sino que debe también constituir una glorificación de culto a Dios en el humilde reconocimiento de su justicia y en el anuncio, en voz alta, de su misericordia.

En la confesión el cristiano se acusa sólo de los pecados (culpas conscientes) cometidos después del bautismo y después de la última confesión (materia remota del sacramento de la penitencia).

Así también, en la confesión el sacerdote es fundamentalmente juez de la moralidad de los actos del pecador.

⁵ Escrivá de B. José María. *El Camino a Cristo*. Ediciones Rialp, S. A., Madrid. 1963. Pág. 310.

En la confesión es esencial la absolución (forma del sacramento de la penitencia) que el sacerdote imparte en virtud de un poder superior recibido con el sacramento del orden. Esta va unida a una fórmula y es siempre eficaz (aunque el sacerdote no fuese virtuoso o no tuviere mucha cultura, agudeza psicológica, personalidad, etc.).

En la confesión el perdón sacramental aporta, como se ha dicho, un cambio esencial en el penitente, pero tal cambio es del orden de la gracia y en cuanto tal, es inaprehensible psicológicamente. Por eso, después de una buena confesión se puede no sentir nada y seguir psicológicamente como antes; sin embargo, normalmente, el pecador, después de la confesión, experimenta un gran alivio. Este alivio o aliento no es, sin embargo, ni el fin ni la esencia de la confesión y darle demasiada importancia es privar a la confesión de su razón de ser.

En la confesión uno de los actos fundamentales por parte del penitente es la satisfacción (o penitencia).

Procederé ahora a poner un ejemplo en el que la confesión sacramental resulta de una eficacia plena; en el sentido de que el hábito consciente deliberado de pecado no contenga ninguna huella neurótica, así como es excepcional la neurosis que suprime totalmente la libertad. Esta es la razón por la cual el neurótico podrá encontrar ayuda en la confesión, sobre todo si el confesor es un sacerdote comprensivo y conocedor del alma humana; más todavía, si se concede que la neurosis se propone resolver un problema espiritual y que este problema se debe a que el hombre culpable o no vuelve las espaldas al absoluto en provecho de lo relativo, y por tanto, los fines pueden ser alcanzados en el plano religioso; así entonces, se entiende que la confesión, sin que se ocupe de la neurosis, indirectamente puede ser de gran ayuda, porque la "metanoia" o conversión que provoca contienen en germen la curación. Por lo tanto, el sacramento de la confesión no puede ser rebajado, envilecido, al papel de puro medio para obtener la curación de la neurosis, y que no se puede usar de la gracia trascendente como

de un específico para curar las angustias humanas. Por eso es tan destacado el carácter dialógico de la religión y el carácter sacramental de la confesión.

Así entonces, se puede afirmar que el hábito de la confesión frecuente, no rutinaria, se entiende con la ayuda del examen de conciencia que conforta y la frecuente liquidación de las motivaciones subconscientes del comportamiento, la adquisición de la recta intención y la ordenación hacia la entrega y el servicio de Dios y del prójimo.

Es de suma importancia señalar en este apartado que un merito de los canonistas ha sido el ayudar a eliminar el absurdo medio probatorio germánico de los co-juradores, personas que sin conocer los hechos del caso juraron solemnemente que éstos se habían desarrollado en cierta forma, declarándose dispuestos a sacrificar sus perspectivas de alcanzar el cielo, en caso de equivocarse. Su parentesco con el reo o su fidelidad feudal los obligaba, a menudo a este juramento, que, desde luego no ofrecía un camino recomendable para que el juez pudiera conocer los verdaderos hechos. *"También ha sido loable la lucha de la iglesia contra los "Juicios de Dios", las ordalias (prueba del agua, del hierro candente, el duelo judicial, prueba del fétetro, del aceite hirviendo etc.), medios probatorios reprobables desde un punto de vista secular".*⁶

A pesar de que en el fondo de estas pruebas hallamos una convicción enternecedoramente religiosa (de que Dios, siendo justo, ya intervendrá con un milagro en tales procedimientos probatorios con el fin de obtener una victoria de la justicia), la iglesia decidió combatir las.

Así, también es necesario dejar preciso que el Cuarto Concilio Laterano en 1215 prohibió la ayuda de clérigos en el desahogo de esta clase de pruebas y paulatinamente cayeron en desuso, lo cual constituyó un importante giro, no solo en la historia del cristianismo occidental, sino en el desarrollo de la estructura social de las sociedades europeas. El objetivo de esas reformas del siglo XIII fue

⁶ Oronoz Santana, Carlos M., Las Pruebas en Materia Penal, Ed. Pac. S. A. de C. V. México, 1995, Pág. 27.

crear un clero residencial que fuese letrado y célibe. El clero parroquial, en un tiempo educado y disciplinado, debía ganarse a la gran masa de la población rural que aún existía en estado de indiferencia pagana al cristianismo. Al reformar el clero y convertir a los laicos, el Concilio Lateranense hizo de la confesión regular una obligación de los laicos y, con este fin, fomentó el desarrollo de manuales confesionales para uso de los curas párrocos. El concilio también exigió que los médicos pidiesen sacerdotes que escucharan la confesión de los pacientes moribundos. Además el concilio trató de mejorar la frecuencia y calidad de los sermones; los obispos serían responsables del nombramiento de predicadores apropiados y del contenido de los sermones. Los efectos del concilio arguyen que la confesión llegaría a ser una de las instituciones principales para la producción de la verdad en la cultura occidental.

Con el resultante desarrollo de técnicas confesionales, la decreciente importancia de los procedimientos de acusación en la justicia penal, el abandono de las pruebas por culpa (declaraciones juradas, duelos, juicios de Dios) y el desarrollo de métodos de investigación e interrogación, la creciente participación de la administración real en la persecución de infracciones, a expensas de los procedimientos que condujeran a acervos privados, y la organización de tribunales de inquisición, todo esto ayudó a dar a la confesión un papel central en el orden de los poderes penales, civiles y religiosos.

La confesión de los laicos aportó una investigación interna de la conciencia que podía vincularse a la operación externa del orden público, según este argumento, el efecto de la confesión fue legitimar la autoridad del sacerdote y también constituir un puente entre la culpa subjetiva y el poder objetivo. "El sacramento de la penitencia fue, en un mundo de herejía y brujería, instrumento de control social, destinado a incorporar a los legos dentro de la cultura dominante de la Iglesia".⁷

⁷ S. Turner, Bryan, *La Religión y la Teoría Social. Una Perspectiva Materialista*. Traducción de Utrilla, Juan José. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, Págs. 197-198.

Pero por el contrario también hay pruebas históricas indudables de que hubo una considerable oposición de los laicos a la naturaleza coercitiva de la confesión, y los curas tuvieron dificultades para llevar a su rebaño al confesionario.

En los siglos que siguieron al Concilio de 1215, la penitencia declinó en severidad, y el desarrollo de indulgencias comercializadas ofreció medios de evitar el efecto pleno del sacramento de la penitencia. Si la confesión tuvo repercusiones morales, fue más importante y persistente entre la nobleza que entre el campesinado. Dentro de la clase campesina, las mujeres se encontraron probablemente en mayor contacto que los hombres con las enseñanzas de la iglesia sobre impureza sexual y los beneficios de la confesión regular. En las regiones remotas del catolicismo europeo de hoy, por ejemplo en los campos de España, aún se ve el caso de que la "cultura de la culpa", asociada al confesionario, es rasgo dominante en la vida de las mujeres.

La debilidad de la iglesia en los tiempos feudales consistió en que, pese al desarrollo del confesionario, los sermones regulares y el clero educado, no poseyó un aparato poderoso para la trasmisión de su cultura a una población ignorante y explotada. De esta forma la reforma y la contrarreforma resultan paradójicas, pues ambas representan un gran esfuerzo para incorporar a los pobres y a los analfabetos al espacio institucional de la religión y un conjunto de procesos que señalan hacia la secularidad.

En otro sentido, es importante señalar que en los primeros años de la Inquisición, el arresto, inclusive el encarcelamiento solitario había sido el único medio corporal de apremio, a la disposición de los inquisidores, pero una Bula de Inocencio autorizó la tortura con el fin de ayudar al *inquisitus* (reo) a encontrar el camino hacia la confesión y Alejandro IV, unos años después permitió a los inquisidores absolverse recíprocamente de la responsabilidad por "irregularidades" en el proceso, la posición del *inquisitus* frente a posibles arbitrariedades y crueldades por parte del Tribunal de la Inquisición, se empeoró considerablemente. A veces una región entera fue sometida a inquisición, en cuyo

caso hubo generalmente un periodo de gracia, durante el cual los individuos, haciendo confesiones honradas y declarando bajo juramento lo que supieran sobre los demás tendrían derecho a sanciones atenuadas.

Así las cosas, se puede afirmar que en el aspecto teológico, durante el medioevo, el Derecho Canónico consideró a la confesión no solo como una prueba idónea para la condena, sino también como un deber cristiano útil al hombre para descargar su conciencia y alcanzar la indulgencia divina.

1.3. LA CONFESIÓN EN EL ASPECTO PSICOLÓGICO

La confesión en el aspecto psicológico si bien no está basado en los principios legales que se ocupan de graduar el valor de la confesión, considero necesario tocar este aspecto y cuyas situaciones se consideran de interés.

Diciendo en primer lugar que psicológicamente la confesión no puede producir una gracia divina real, lo cual quiere decir que no representa ni realmente consiste en una relación entre el sujeto y la persona de Cristo, sino en una relación entre el hombre y médico o psicoterapeuta.

Es importante dejar asentado que en el aspecto psicológico de la confesión, el sujeto no se acusa, sino que se presta a la indagación y colabora con ella para descubrir sus tendencias inconscientes que han dado lugar a errores vitales y a conflictos psíquicos, de los cuales en general no es responsable. Aquí el objeto o materia, es mucho muy amplio, porque al analista le interesan también los actos morales buenos, los sentimientos, las reacciones espontáneas "que los moralistas llaman actos *primo primi*".⁸

⁸ Bautista Torello, Juan. *Psicoanálisis y Confesión*. Ediciones Rialp, S. A. Madrid. 1963. Pág. 165

Así como los proyectos, la vida conyugal, las relaciones sociales, la marcha de la vida profesional, los sueños, la filosofía del vivir y así sucesivamente, todos y cada uno de los aspectos que conforman la vida, cuerpo y alma de la persona.

En la psicología, el psicoterapeuta no es juez moral, ni tiene su autoridad, sino que intenta comprender los procesos psicológicos, las situaciones existenciales para comprender la esencia y el sentido de las patologías.

El psicoterapeuta no puede ni debe absolver los pecados y el efecto de su acción, ni puede imponer ninguna pena, ligada a fórmula o ley alguna, sino que todo se consigue de acuerdo a la personalidad del sujeto. En la psicoterapia lo que se quiere obtener es precisamente una profunda transformación psicológica.

El alivio y sobre todo la liberación del sujeto de la angustia y de las patologías contenidas, es precisamente el fin, si no último, siempre necesario y querido de la psicoterapia. Aunado a lo anterior la psicoterapia no impone nunca penitencias, ni impone pena alguna.

En este aspecto psicológico de la confesión, el psicoterapeuta debe ser siempre un médico, más no un sacerdote o un juez, quien debe vigilar la mentalidad de quien debe curar y vigilar la evolución de sus pacientes. El psicoterapeuta se mueve siempre en el ámbito de la naturaleza y su apelación a los valores, su arriesgado embarcarse con su paciente en la búsqueda del sentido de la existencia personal, la cual se realiza con vista a la salud, al equilibrio, a la paz, a la unidad del hombre.

Frente a la culpa moral, la función del psicoterapeuta será distinguir la culpabilidad falsa de la verdadera, sin erigirse nunca en juez, ni para condenar, ni para absolver.

Al respecto es importante señalar las razones psicológicas, por las que diversos tipos de delinquentes confiesan sus conductas delictivas:

a).- Delincuente político: éste tipo de delincuente confiesa con verdadero orgullo, porque la confesión es un índice de su personalidad. El delincuente político confiesa, dado que en su programa ha pensado y realizado el acto contra algún jefe de gobierno, es decir, quiere dejar aclarado que quiso asesinar al jefe y porqué.

b).- Delincuente pasional: éste obra movido por un intenso dolor o por un profundo amor, comete el delito, a veces, en un *raptus* emocional. Lleva a cabo el hecho en un estado de perturbación psíquica que le hace perder el control de los frenos inhibitorios de la voluntad. En estos delincuentes la confesión es una explicación de los motivos internos que los han impulsado a delinquir.

c).- Delincuente ocasional: a este tipo de delincuentes, una serie de factores externos parecen constreñir a la delincuencia, en un estado de daltonismo moral, influido por las circunstancias, que no le permiten apreciar justamente la magnitud del delito cometido. En general este delincuente confiesa la verdad porque, privado muchas veces de su libertad, desaparecen las circunstancias que lo dominaban. El recuerdo del crimen lo persigue y confiesa para librarse del sufrimiento que aquél le produce.

d).- El "súcubo" de la pareja criminal: es una categoría intermedia de criminales, ubicada entre los ocasionales y los pasionales, y se forma con aquellos individuos débiles de voluntad que no pueden resistir a la sugestión criminosa; se refiere al súcubo *"dícese del espíritu, diablo o demonio, que según la superstición vulgar, tiene comercio carnal con un varón bajo la apariencia de mujer de una pareja criminal"*⁹.

Estos individuos realizan un hecho que frecuentemente está en ruidoso contraste con su personalidad ética, y por ello se produce una reacción más o menos inmediata luego de consumado el delito cuando advierte la criminalidad de

⁹ Gaspar, Gaspar. La Confesión. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1988. 2ª Edición. Pág. 152.

su acto, y se ve invadido de un agudo remordimiento que le hace sentir la imperiosa necesidad de confesarlo todo. Por otra parte, si no se produce esta reacción inmediata, que demuestra cuán profundamente repugna el delito a quien lo ha cometido, el sùcubo casi siempre confiesa en el interrogatorio.

e).- Locos: en cuanto a éstos (enfermos mentales) no se puede establecer una norma absoluta, ya que su actitud y, por lo tanto, su confesión se relacionan con la enfermedad mental que padecen. De todos modos, cuando el delito determina a un estado delirante suelen confesar, por cuanto lo creen completamente justificado. Los enfermos mentales con frecuencia tienen el concepto de lo que es lícito o de lo que es ilícito; sin embargo, como obedecen a estímulos morbosos que por lo regular explican a su modo, tienen por lo tanto un concepto equivocado de los acontecimientos que se verifican a su alrededor.

f).- Delirio de persecución y celos: si el delito es la expresión de una enfermedad, se lo tiene como un derecho, como una necesidad, y si, por el contrario, es la expresión de estímulos normales, se presentará como hecho ilícito; en el primer caso confesará, en el segundo no; por ejemplo, el marido que mata a un inofensivo peatón creyendo que es el amante de su mujer, o el afectado por un delirio de persecución que hiere con el fin de romper un círculo de influencias maléficas, confiesan su delito y lo justifican con la narración de los hechos creados por su delirio.

g).- Obsesiones: el obsesionado que obedece a un impulso morboso, muchas veces no tiene la clara conciencia de haber matado a un individuo que no le había hecho mal alguno, a quien no conocía en la mayoría de los casos; es la voluntad la que se rindió a la coacción, pero sus poderes críticos no han perdido su capacidad de apreciación, agregándose a esto que en ocasiones tiene una incertidumbre, algo así como una vaga conciencia de la irrealdad de la coacción a la que se ha sometido; de allí el primer impulso hacia la negativa. Después se convence de la inutilidad de este plan de defensa y siente la necesidad de revelar

íntegramente la verdad, de contar su delirio, pero siempre tratando de disminuir su responsabilidad.

h).- Paranoicos con delirio de grandeza: éstos confiesan desde el primer momento haciendo alarde de su supuesta hazaña, dado que se sienten orgullosos de lo que han hecho.

i).- Convencimiento de haber actuado con justicia.- son personas que han acariciado por largo tiempo su venganza, que han soportado prolongados tormentos, que ha esperado la hora del delito como una deseada hora de liberación, narrará su delito clínicamente, experimentando casi una sensación de voluptuosidad, evocando los detalles más atroces de todo lo que ha hecho.

j).- Frenasténicos.- en éstos rara vez se descubre el tormento de un remordimiento o la preocupación por la pena. Su confesión es, por el contrario, una fría y precisa reproducción mnemónica (método por el cual se forma una memoria artificial), lograda no solamente por la anestesia afectiva, sino también por una profunda carencia de poderes críticos, que hace que no aparezca la crimirosidad del hecho. Pero la confesión de los frenasténicos no sólo la determina el desarrollo deficiente de sus poderes críticos, sino también su infantil vanidad. A menudo se enorgullecen de cuanto han hecho, de la curiosidad que han suscitado, de sentirse por primera vez objeto de vivo interés, y esa vanidad se manifiesta a veces con caracteres tan primitivos, que recuerda la psicología del niño en sus primeros años de vida. Sin embargo, no es descartable el caso de algún frenasténico que niegue su culpabilidad. La mayoría de las veces su negación se produce por el temor a ser golpeado, a ser maltratado. Esto significa que si se logra hacerle sentir seguridad, termina por confesar, y tanto más fácilmente si se excita su vanidad, exaltando el delito cometido.

k).- Formas depresivas. Delirio de culpa: esto se da en los melancólicos (tristeza o depresión dolorosa no motivada por causa exterior, vaga, profunda, sosegada y permanente, que hace que quien la padece no encuentre gusto ni diversión en ninguna cosa. Se traduce también en torpeza de las actividades psíquicas y puede llegar hasta la suspensión de ellas) se produce con frecuencia un delirio de culpa que puede hacer que revele un delito que en realidad ha cometido, y también uno no cometido. Por lo tanto, en estos casos, es necesario emplear mucha prudencia, pues la mayoría de las veces se trata de acontecimientos que han emergido en el delirio, que no tiene viso alguno de realidad o que son disfraces de hechos inocentes.

Visto todo lo anterior se puede apreciar que la confesión desde el punto de vista psicológico se puede apreciar en un juicio de cualquier índole.

De igual forma podemos establecer que la falsa confesión se da con frecuencia en los delincuentes denominados "habituales y natos", en los dementes y en los alcohólicos.

Después de lo anterior debe concluirse que la confesión en su aspecto psicológico resulta ser una prueba muy importante; dado que solo por motivos muy excepcionales se la presenta falsamente; por ejemplo, un padre puede confesarse autor de un delito para salvar a su hijo culpable; o el que por apremios económicos o por necesidad se confiesa autor de un hecho del cual está imputada una persona que se halla en condiciones de comprar su impunidad.

1.4. LA CONFESIÓN EN EL ASPECTO JURÍDICO

En este aspecto es pertinente primeramente dejar establecido que "en la antigua Grecia"¹⁰

Y posteriormente en Roma y más precisamente en el periodo formulario (época de oro de este derecho), "las partes dialogaban y eran interrogadas entre sí y por el magistrado"¹¹.

El juez en esta etapa tenía una amplísima libertad para juzgar y no debía atender más que a su razón, y por tanto, todo lo que las partes deben ejecutar ante él y cuanto el juez debe inquirir además por su propia iniciativa, ha de ir dirigido a iluminar su conciencia. En esta época la función de la prueba estaba dirigida a formar el libre convencimiento del juez, quien debe deducir la decisión de la escrupulosa observación y valoración de los hechos. "Así el magistratus concedía al actor la *interrogatio in iure*"¹².

Por la que el demandado podía ser preguntado acerca de aquellos hechos que interesaban a la constitución regular de la relación procesal, debiendo el mismo contestar imperativamente, o sufrir las consecuencias desfavorables derivadas de su silencio. La *interrogatio in iure* consistía pues, en sus orígenes, en la interrogación que el actor dirigía al demandado para determinar la capacidad o la condición en que éste debía actuar en el juicio.

"En la etapa *in iudicio*, se sucedían diálogos vivos entre las partes que se denominaban *altercatio*"¹³.

A la luz de cuya confrontación el juez podía ilustrar y formar su convicción, sin perjuicio de su facultad de interrogarlas y autorizarlas a hacer lo propio para investigar la verdad. El proceso oral de ese entonces, suponía que el juez que habría de dictar la sentencia era quien interrogaba a las partes, a los testigos y peritos y examina con sus propios ojos los objetos y los lugares discutidos.

¹⁰ Kichuanovich, Jorge I. La Prueba Confesional. Ed. Abeledo-Perrot S.A. E. cl. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 276.

¹¹ *Ibidem*. Pág. 276.

¹² *Ibidem*. Pág. 277.

¹³ *Ibidem*. Pág. 277.

En el periodo de la *extraordinariae cognitiones*, el arbitrio judicial comenzó a sufrir sustanciales limitaciones por obra de las constituciones imperiales y la labor de la jurisprudencia, aunque reapareció la *interrogatio in iure*, que había caído en desuso, con un contenido mucho más amplio, pues comenzó a ser empleada, no ya para fijar sencillamente los términos de la litis, sino para excitar a la contraria a confesar, pues era una pregunta hecha para escuchar la respuesta que daba la otra parte y con la que quedará comprometida.

Al poco tiempo se le agregó al interrogatorio, informales preguntas, para finalmente dar lugar al interrogatorio formal *per positiones*, la que imponía que el silencio o la ausencia de la parte se interpretara "como asentimiento" respecto de las interrogaciones formuladas. De "este medio de prueba se pasa a las Leyes de las Partidas"¹⁴.

"Posteriormente se pasa también al Common Law"¹⁵

"Y de igual forma al Code de Procédure Civile Francés de 1806/7"¹⁶

"En el que subsistiría hasta que la Ley del 23 de mayo de 1942 lo suprime".¹⁷

"El cual serviría de modelo al Italiano de 1865"¹⁸

Así como a las Leyes Españolas de Enjuiciamiento de 1855 y de 1881, entre otros ordenamientos procesales, tanto de Europa como de América Latina.

La justicia criminal de la Edad Media y de los primeros siglos de la Moderna concedió suma importancia a la confesión del reo y es así como se le llamó "*la reina de las pruebas*". Si éste no confesaba voluntariamente se le obligaba mediante recursos violentos, es decir, mediante tortura, la cual era definida como el tormento del cuerpo empleado para conseguir la averiguación de la verdad. Después se fue humanizando el Derecho y se creó la declaración indagatoria que

¹⁴ Pietro Castro. Estudios y comentarios. T. I. Págs. 205-208

¹⁵ Su equivalente es denominado como "discovery by interrogatories".

¹⁶ Denominado como interrogatorio sur faits et articles. En el Código Procesal del Estado de Louisiana vigente hasta el año 1952, se le conocía como "interrogatoire on facts and articles" denotando con ello su ueta inspiración francesa.

¹⁷ Kichmanovich, Jorge I. La Prueba Confesional. Ed. Abeledo-Perrot S.A. E. el. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 277.

¹⁸ Su equivalente es el denominado "interrogatorio formal".

suple a la confesión pero que puede contenerla y se reglamentó definitivamente su forma de obtención, así como su valor como elemento probatorio.

1.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESION

En la actualidad existen diversos criterios acerca de la naturaleza jurídica de la confesión y al respecto estudiaremos los siguientes:

a).- Los que la consideran como una MODALIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.- Este criterio sostiene que después de escuchar a una persona sobre hechos propios o ajenos resulta incongruente negarle el carácter de testigo que posee, y su dicho aunque esté referido a actos propios no son más que una modalidad de este testimonio.

b).- Criterio que la admite como SIMPLE INDICIO.- Al respecto se considera que es un mero indicio, en virtud de que se le niega una absoluta credibilidad, ya que se dice que sólo el que esté privado de sus facultades mentales o el que se encuentre sujeto a presiones y motivos muy especiales, es capaz de confesar un hecho que lleve como consecuencia un castigo que le prive de la libertad; motivo por el que el juez sólo puede tomar de la misma lo que sea corroborado por otros elementos de juicio y no por sí sola. Por lo tanto la confesión es sólo un indicio para el juzgador, quien mediante un razonamiento lógico jurídico podrá darle o negarle la validez a la confesión que a su juicio reúna; es pertinente señalar que este criterio surge como reacción a aquél en que se sostenía que la confesión aún arrancada por medio de la violencia física o moral era válida, por lo que bajo este punto de vista el interrogatorio que se le hace al acusado resulta inhumano y cruel.

c).- Criterio que la admite como NEGOCIO JURÍDICO.- Se sostiene que la confesión es un negocio jurídico, en virtud de que tiene por objeto la existencia o la inexistencia de determinados hechos y a eso tiene el reconocimiento que de los mismos hace el acusado.

d).- Criterio que la aprecia como ACTO DE DISPOSICIÓN DE DERECHO.- El principio dispositivo aparece en tanto, que consideran a la confesión como un acto de disposición del derecho material, esto es un negocio jurídico privado que, por engendrar la vinculación de los litigantes al resultado de las concordes declaraciones emitidas, las hace semejantes a un contrato de derecho material, al negocio de renuncia, de allanamiento o de transacción; de lo que se advierte que la confesión no nace del consentimiento de las partes, sino de la sumisión que deben al pronunciamiento judicial, no siendo el juez un mero fiscalizador formal de la confesión, sino un verdadero destinatario.

e).- Tomando como punto de partida los anteriores criterios, procederé a emitir el criterio que respecto a la naturaleza de la confesión me resulta más coherente, para lo cual expongo que la confesión es un verdadero indicio con valor propio cuando se halla apoyada en otros elementos de juicio que la hagan creíble, sin dejar de apreciar su aspecto sui generis, tanto en su desarrollo como en su tratamiento por la legislación que rige en la actualidad, ya que sólo en apoyo de otras probanzas adquiere validez, y en sí misma posee una condición que la hará poseer un determinado valor o carecer de él; al respecto es necesario mencionar lo establecido por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al emitir la tesis número VI.1o. J/100, de la página 47, del Tomo 82, del mes de Octubre de 1994, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava época, que dispone:

"CONFESION, SU VALOR PROBATORIO. (LEGISLACION PENAL FEDERAL). Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del imputado como reconocimiento de su propia culpabilidad deriva de hechos propios, tiene el valor de un indicio, y alcanza el rango de prueba plena cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y sí corroborada por otros elementos de convicción".

Siendo aplicable también al caso en concreto, lo establecido por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, la tesis visible en la página 515, del Tomo

XIV, del mes de Julio de 1994, del Semanario Judicial de la Federación, Octava época, bajo el rubro:

"CONFESION. VALOR DE LA. Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del imputado como reconocimiento de su propia culpabilidad derivada de hechos propios, tiene el valor de un indicio, y alcanza el rango de prueba plena cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y sí corroborada por otros elementos de convicción".

Una vez apuntado lo anterior, es pertinente decir que en materia penal, que es el aspecto de nuestro interés, es importante señalar, que se requiere la comprobación de la verdad material, para que se llene el fin social de la represión. Por ello la mayoría de las legislaciones señalan los requisitos indispensables que debe tener esta prueba a los efectos de su eficacia legal. Se establecen también esos requisitos porque no toda confesión lleva en sí la convicción de su sinceridad, y al efecto se debe señalar que qué juez podría condenar a un sujeto por el solo hecho de que éste se presente y declare ser autor de un delito; al respecto será necesario exigir una concordancia entre la confesión y las circunstancias del delito y, en el autor, una actitud en perfecta armonía con las circunstancias de las causas y los motivos aducidos que lleven la sensación de la verdad.

En el campo doctrinario se ha discutido acerca de si la confesión puede demostrar suficientemente la existencia del delito a falta de otra prueba; así, podrían presentarse dos hipótesis:

a).- No existe prueba de ninguna naturaleza, aparte de la confesión sobre la comisión del delito.

b).- La existencia del delito está dada, verosímelmente por las circunstancias de la causa y la confesión del acusado.

Así, en la primera hipótesis la confesión no basta; en la segunda, sí. La doctrina entendía que la confesión era suficiente para dar por demostrado el cuerpo del delito, criterio que se ha abandonado por considerársele demasiado absoluto, ya que, cualquiera que sea el delito, pueden no existir señales del mismo y desaparecer sus vestigios, lo cual produciría la impunidad del delincuente.

En nuestra legislación y doctrina, la confesión por sí sola no basta, necesita complementarse con algunos otros medios de comprobación que establece la ley; es decir, que para que la confesión surta sus efectos legales no solamente será necesario que reúna ciertas condiciones, sino que debe estar acreditada también por el cuerpo del delito.

Las condiciones exigidas para que haya plena prueba de confesión deben ser de forma y de fondo, por lo que debe ser a).- judicial; b).- prestada ante autoridad competente o juez de la causa; c).- debe ser circunstanciada y extenderse a la conducta; d).- debe ser libre; e).- debe ser verosímil, es decir, debe tener apariencia de verdad, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, del curso ordinario de las cosas y los datos suministrados por la instrucción acerca de la persona del inculcado y de la manera como se ha cometido el delito, esto es, que el hecho confesado sea posible y verosímil atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del procesado; así mismo la confesión f).- debe ser creíble, es decir, debe verse que el procesado ha podido discernir la verdad de lo que declara; así también la veracidad de la confesión debe tenerse en cuenta del estado mental del confesante, es decir, si conserva el pleno dominio de sus facultades mentales, por lo que se deduce, que quien confiesa debe gozar del perfecto uso de sus facultades mentales, sin que medien vicios de la voluntad que invaliden la confesión, es decir, que no haya violencia, intimidación o promesa; de igual forma g).- debe ser precisa, ya que las consecuencias de la confesión son tan graves, que es importante que sea articulada con extrema precisión; h).- debe ser persistente y uniforme, esto es, que el individuo siempre declare sin vacilaciones sensibles, debe narrar los hechos siempre en la misma forma, dentro

de lo posible; l).- debe ser concordante, es decir, debe relacionarse con todos los demás hechos acreditados en el proceso.

Por todo lo expuesto y haciendo un análisis más profundo, se concluye que la prueba de confesión debe estar contenida en la declaración indagatoria, en virtud de que como se dijo en las líneas que anteceden la confesión no es prueba plena por sí sola, puesto que debe reunir todos los requisitos legales correspondientes, como así lo dispone la legislación aplicable, así como la doctrina y la jurisprudencia, siendo aplicable al respecto lo sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en la tesis número IV.3o.6 P, visible en la página 559, en el Tomo II, del mes de Diciembre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, bajo el rubro:

"PRUEBAS. ESTA FACULTADO PARA RECABARLAS EL MINISTERIO PÚBLICO. Del artículo 102, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y del diverso 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se colige que el valerse de medios para buscar pruebas es una facultad de origen y eminentemente privativa del Ministerio Público, porque de no ser así, se encontraría imposibilitado para acudir a los tribunales a ejercer la acción penal, en consecuencia, a dicha institución le está permitido practicar toda clase de diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito de un ilícito y la responsabilidad del acusado. Dentro de tal potestad se halla la prueba de confesión, la cual puede ser convincente para satisfacer el conocimiento para llegar a la certidumbre de la existencia del objeto o hecho que debe apreciarse, correspondiendo su práctica a los ministerios públicos en las diligencias previas al ejercicio de la acción penal, otorgando el código procesal penal federal pleno valor probatorio a dicho acto, siempre y cuando se cumplan los requisitos que al efecto se precisan en dicho ordenamiento legal".

Así también resulta aplicable al caso lo establecido por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la tesis visible en la página 307, en el Tomo XI, del mes de Mayo de 1993, del Semanario Judicial de la Federación, Octava época, bajo el rubro:

"CONFESION ANTE EL MINISTERIO PUBLICO. SOLO TIENE PLENO VALOR PROBATORIO SI LAS DILIGENCIAS RELATIVAS SE AJUSTAN A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA. Si las diligencias en las que se rinden las confesiones ministeriales de los inculcados, no cumplen con los requisitos previstos por los artículos del 66 al 73 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado; no puede otorgarse a éstas pleno valor acreditativo, pues debe tenerse presente que las normas procesales son de orden público, por lo que las autoridades deben practicar sus actuaciones y diligencias sujetándose y respetando dichas normas procesales, ya que de no ser así se propiciaría que la policía judicial y el Ministerio Público actuaran arbitrariamente en la investigación de los ilícitos. Tales prácticas podrían tener como consecuencia, el que las autoridades judiciales condenaran a personas inocentes. Por tanto resulta imprescindible que las actuaciones de la policía judicial y el Ministerio Público se ajusten a los lineamientos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado, y si no es así, no podrá otorgárseles pleno valor acreditativo. Lo anterior se corrobora por lo que establece el artículo 73 de dicho código adjetivo penal que dice: "Las diligencias que practique el Ministerio Público tendrán pleno valor probatorio si se ajustan a las reglas relativas de este Código".

1.4.2. LOS REQUISITOS DE LA CONFESIÓN Y SU VALOR COMO PRUEBA EN MATERIA PENAL DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Ahora bien, en el aspecto jurídico de la confesión que nos ocupa, aparte de lo que ya se ha dejado ver en los párrafos que anteceden, es necesario analizar de manera más profunda los requisitos necesarios y el valor que se le otorga a la

confesión como prueba en materia penal, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales vigente.

Así tenemos, primeramente que en esta jurisdicción, actualmente el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal define a la confesión diciendo a la letra que: "Artículo 136.- La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Así mismo, y tomando como base lo anterior, la confesión, para ser legítima y reunir tal condición, debe tener ciertos elementos que hagan factible su operación probatoria dentro del proceso penal, los cuales se encuentran inmersos en lo establecido por el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que a la letra establece:

"Artículo 249. La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

Fracción I.- Se deroga.

Fracción II.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia física o moral:

Fracción III.- Que sea de hecho propio;

Fracción IV.- Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza, y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento; y,

Fracción V.- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del Ministerio Público o del Juez".

Al respecto, es pertinente estudiar cada uno de esos elementos o requisitos, estableciendo en lo que concierne a la fracción II de dicho numeral que

la confesión debe ser hecha por persona no menor de dieciocho años, tomando tal requisito en virtud de que para el Derecho Mexicano, una persona que cuenta con esta edad ya es susceptible de adquirir derechos y obligaciones; así mismo se piensa que al cumplir dicha edad se cuenta con una madurez tanto física, como moral, psicológica y mental; por otra parte se requiere que la persona que confiesa debe tener conocimiento pleno de los hechos que se imputan, como de la trascendencia jurídica que implica este elemento; así también encontramos que la misma sea dada desprovista de error, temor, o violencia (física y moral), cuya apreciación resulta ser correcta, en virtud de que toda coacción que se ejerza sobre el confesante, ya sea de índole física o moral, atenta sobre su libre albedrío y coarta su libertad que se da bajo esas condiciones, aunque a veces suele suceder que el sujeto confesante no reconozca su confesión o diga que fue obtenida bajo violencia, pero al respecto debe probar tal situación, para los efectos de negarle valor a su confesión; encontrando sustento lo anterior con lo sostenido por nuestro máximo Tribunal al respecto:

"Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su acierto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal. Sexta época. Segunda Parte".

"Si entre la fecha de la detención del inculcado y aquella otra en que se rinde su declaración, transcurre un tiempo fuera del establecido por la Ley, lo cual constituye un dato altamente indicativo de que la confesión se obtuvo mediante la violencia y la coacción, y a todo ello se agrega que también con posterioridad fue puesto a disposición de la autoridad, así como el pasivo del delito ratificó su imputación, el juez debió haber concluido que cuando menos la prueba era suficiente para dictar sentencia condenatoria en contra del inculcado de que se trata".

Así también se requiere que la confesión sea de hecho propio, refiriéndose con tal requisito que la declaración sea espontánea, verosímil, clara y total, para que puede surtir eficacia probatoria. De igual forma se requiere que sea realizada

ante el órgano investigador, juez o tribunal de la causa, lo cual quiere decir que cuando la confesión sea hecha ante cualquiera de estas autoridades será totalmente eficaz, en virtud de que las mismas tienen la facultad judicial para recibir tal testimonio; así también el que confiesa debe ser asistido de su defensor o persona de confianza, lo cual resulta admisible en el sentido de que con ello se prueba que no existió coacción de ninguna especie para que emitiera la declaración en ese sentido, pero en este aspecto, de manera particular considero que dicho atestado se realice asistido de su defensor, quien es la persona que tiene los conocimientos necesarios para hacerle saber al que confiesa los alcances de la confesión, pues el admitir que ésta se realice también asistido de persona de confianza resulta ilógico, pues regularmente carecen de los conocimientos jurídicos y prácticos para conocer de los alcances de dicha testimonial, lo cual trae aparejado consecuencias de gran trascendencia; por último es necesario que la confesión no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio de quien la valora, lo cual resulta comprensible en el sentido de que en la práctica las confesiones se pueden dar de manera coercitiva, por lo que la misma no resulta coherente y congruente con las pruebas que obran en la indagatoria o en el expediente, cuidando con ello la correcta administración de justicia. Por otra parte, aún y cuando no se encuentra literalmente establecido, en la legislación mexicana, la confesión es admisible en cualquier fase del proceso, y no tiene otro límite que el que sea rendida hasta antes de que se pronuncie sentencia.

De todo lo anterior, plenamente se pone de manifiesto, que la declaración que emita una persona, siguiendo con todos y cada uno de los requisitos señalados en los párrafos anteriores adquirirá el valor de prueba plena en el derecho procesal mexicano, resultando así de eficacia probatoria para la acreditación del cuerpo del delito de que se trate, con la consecuencia de la probable o plena responsabilidad del sujeto de que se trate.

CAPITULO II

2.- LA PENA Y SU MEDICION.

2.1.- LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA.

2.1.1.- TEORIAS DE LA CULPABILIDAD.

A).- TEORIA PSICOLOGICA.

B).- TEORIA NORMATIVA.

C).- TEORIAS MIXTAS.

2.1.2.- LA CULPABILIDAD DEL ACTO.

2.1.3.- LA CULPABILIDAD DEL AUTOR.

2.2.- LOS ELEMENTOS DE VALORACION DE LA PENA DE ACUERDO A LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL.

2.2.1.- ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL.

2.3.- ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL.

2.3.1.- LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO AL BIEN JURIDICO O DEL PELIGRO A QUE HUBIERE SIDO EXPUESTO.

2.3.2.- LA NATURALEZA DE LA ACCION U OMISION Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA EJECUTARLA.

2.3.3.- LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASION DEL HECHO REALIZADO.

2.3.4.- LA FORMA Y GRADO DE INTERVENCION DEL AGENTE EN LA COMISION DEL DELITO, ASI COMO SU CALIDAD Y LA DE LA VICTIMA U OFENDIDO.

2.3.5.- LA EDAD, EL NIVEL DE EDUCACION, LAS COSTUMBRES, LAS CONDICIONES SOCIALES, ECONOMICAS Y CULTURALES DEL SUJETO, ASI COMO LOS MOTIVOS QUE LO IMPULSARON O DETERMINARON A DELINQUIR. CUANDO EL PROCESADO PERTENECIERE A ALGUN GRUPO ETNICO O PUEBLO INDIGENAS, SE TOMARAN EN CUENTA ADEMAS SUS USOS Y COSTUMBRES.

2.3.6.- EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR DEL ACUSADO CON RELACION AL DELITO COMETIDO.

2.3.7.- LAS DEMAS CONDICIONES ESPECIALES Y PERSONALES EN QUE SE ENCONTRABA EL AGENTE EN EL MOMENTO DE LA COMISION DEL DELITO, SIEMPRE Y CUANDO SEAN RELEVANTES PARA DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE HABER AJUSTADO SU CONDUCTA A LAS EXIGENCIAS DE LA NORMA.

2.- LA PENA Y SU MEDICION.

2.1. LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA.

Antes de entrar al estudio de la Culpabilidad como Fundamento de la Pena, es necesario establecer que este elemento del delito es relativamente nuevo en la historia del Derecho Penal, pues sólo con Merkel y Binding se logró purificar el concepto y denominaciones distintas que antes tenía; es pertinente recordar a Carrara, *"que se refería a la culpabilidad como a la fuerza moral del delito"*¹⁹.

En el siglo XIX y en los inicios del siglo XX, con Frank, creador de la doctrina normaliva principia un análisis más acabado de este elemento del delito, aunque siempre es motivo de controversia. En la actualidad, no obstante hay distintas posiciones, hay casi unanimidad en cuanto a que sin culpabilidad no puede imponerse pena.

La culpabilidad como elemento del delito se identifica con el reproche que se hace al autor de haber realizado una acción típica y antijurídica, a pesar de que podría haber actuado de otra manera.

Así también existen diversos conceptos de la CULPABILIDAD, como lo es el concepto Formal, el cual abarca aquellos elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado, se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva. En cuanto al concepto Material de la Culpabilidad, éste descubre las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad. En este orden de ideas, en sentido formal, pues, la culpabilidad equivale al conjunto de elementos que un sistema de Derecho Penal históricamente dado se contemplan como presupuestos de la imputación subjetiva. Por su parte el concepto material de la culpabilidad plantea la cuestión, de bajo qué condiciones resulta justificado fundar la imputación

¹⁹ Garrido Monil, Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1995. Pág. 195.

subjetiva sobre la base de un comportamiento psíquico determinado. *"El concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias de la ética"*.²⁰

Puede basarse también bajo las exigencias *"de la Seguridad Pública"*.²¹

En la especificidad de la conducción de los impulsos en el hombre o el fin de la pena. Materialmente contemplado, el concepto material de culpabilidad tiene el carácter de un postulado según el cual sólo pueden entrar en consideración como fundamento del juicio de culpabilidad características muy precisas de la acción o del autor, el concepto material de culpabilidad se haya en juego en toda discusión de política jurídica sobre la cuestión de los presupuestos bajo los cuales puede tener lugar la imputabilidad subjetiva del hecho punible.

El fundamento filosófico de la culpabilidad fue atendido a partir del libre albedrío, señalando al respecto que el libre albedrío es la capacidad para determinarse conforme a sentido; es la libertad del hombre lo que le permite su autodeterminación conforme a sentido, frente a la causalidad que es ciega, indiferente y sin sentido respecto de la conducta humana, ya que sólo responde a las leyes de la naturaleza.

Así también, para Muñoz Conde *"la culpabilidad es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterna y prosigue durante toda la vida del individuo en virtud de la introyección de exigencias sociales. Deber ser estimada la culpabilidad en cuanto se dé una relación entre la norma penal y el individuo, por obra de la cual ésta motive correctamente al autor. Cuando no se da participación en los bienes jurídicos, falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto y, en consecuencia, la razón para formularle un reproche"*.²²

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, *"la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a su autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con*

²⁰ Garrido Montt, Mario. Ob. Cit. Pág. 196.

²¹ Garrido Montt, Mario. Ob. Cit. Pág. 197.

²² Muñoz Conde. El principio de culpabilidad. Comunicación a las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela. Mayo 1975

*una disposición interna contraria a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad".*²³

Para Gustavo Malo Camacho, *"la culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica"*.²⁴

Al respecto el reproche es reprobación; en este sentido se puede citar un ejemplo: "...una persona que sube a un vehículo de transporte público y estando en el mismo con un arma de fuego amenaza al chofer y demás pasajeros para que le entreguen sus pertenencias y una vez alcanzado ese fin huye..."; evidentemente, estamos ante la presencia de un delito de robo calificado, por lo que al respecto y sobre la base de contar con elementos de prueba para ello, después del análisis estratificado del delito, estaremos en posibilidad de afirmar que la persona ha cometido una conducta que es típica y antijurídica, típica porque la conducta encuadra en un tipo penal; antijurídica, porque la antinormatividad de la conducta típica no aparece neutralizada por ninguna de las normas permisivas, derivadas de las valoraciones específicas propias de la antijuridicidad; sólo así, estaremos en posibilidad de afirmar que se ha cometido un injusto o conducta típica antijurídica o delito en sentido estricto.

Como consecuencia de esto, al autor de dicha conducta delictiva, le debe sobrevenir un reproche de culpabilidad por su acto, que le formula el Estado, en cuanto estructura jurídico política definida y aceptada voluntariamente por la sociedad y que se manifiesta por vía del juicio de culpabilidad que dicta el juez, después de haber conocido el hecho y las circunstancias en que el mismo aconteció y, sólo como resultado del procedimiento de verificación (proceso) seguido para ver si esa conducta corresponde o no a los elementos exigidos por un determinado tipo penal, se estará en posibilidad de considerar integrado el injusto o delito, en sentido estricto, que es la materia sobre la cual el juez deberá

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Ed. Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Págs. 14 y ss.

²⁴ Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 2000, Págs. 521 y ss.

declarar el reproche de culpabilidad. En su caso, el reproche le habrá sido dictado por la autoridad judicial del Estado, por no haberse motivado en la norma, siendo que le era exigible hacerlo así, toda vez que la norma implicaba la expresión de la conducta social deseada, emanada también del Estado, en cuanto representación legítima de la sociedad, recogida en una ley, que precisamente significa la expresión de la voluntad social, y que, en términos generales, significa la presencia de un estado de derecho democrático republicano y federal que reconoce al individuo en su dimensión individual y social.

En estas condiciones, siendo la ley la expresión de la voluntad socialmente deseada para la convivencia y, por tanto, exigida para la consecución de su contenido ético social, es natural que quien se aparta de la misma, se hace acreedor a una determinada respuesta social denominada "sanción" que precisamente implica la coercibilidad característica de la norma jurídica, y que en el contenido de la semántica específica del derecho penal aparece recogida bajo la expresión de la punibilidad y la pena. Por lo mismo, la persona que comete un injusto, habiendo podido motivarse en la norma, cuando podía hacerlo y le era exigible que así lo hiciera, al manifestar su decisión y disposición de actuar en sentido diverso, contrario a derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado. Así entonces, también cabe señalar que el reproche de culpabilidad puede tener varias graduaciones, derivadas del así denominado "grado de culpabilidad" o "grado de la culpa", atendiendo a las circunstancias del caso, que encuentran aplicación en relación con el "grado del injusto", que se refiere a las características de diferencia específica entre los diversos delitos, por ejemplo, no es igual la gravedad del ilícito de Abuso Sexual, que protege la libertad sexual de las personas, que el de Violación, que aunque de igual forma protege la libertad sexual de las personas, empero los resultados no son los mismos; así también podemos citar otro ejemplo, en el sentido de que no es igual la gravedad del ilícito de Homicidio que protege la vida, que el de Robo que protege el patrimonio; y así se pueden citar muchos más ejemplos a este respecto. En resumen, como consecuencia de lo expuesto, es necesario que el reproche de la culpabilidad,

haga referencia a la conducta de una persona (el autor), que haya podido actuar con capacidad de autodeterminación.

2.1.1. TEORIAS DE LA CULPABILIDAD.

Una vez que se han establecido brevemente los antecedentes y diferentes concepciones de la culpabilidad en general, es necesario en este apartado, hablar ahora, de las diferentes Teorías que han existido a lo largo de la historia del derecho penal, respecto de la multireferida culpabilidad, las cuales serán abordadas someramente, de manera muy generalizada y haciendo relevancia únicamente a sus aspectos más importantes, que cada una de ellas contiene, para lo cual mencionaremos primeramente en este sentido la:

A) TEORIA PSICOLOGICA.

La cual sostiene que la culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado; es querer el delito; querer el resultado delictivo. El concepto de la culpabilidad psicológica es la consecuencia natural de la bipartición, de la escuela clásica. Así, se estudiaron los elementos objetivos y subjetivos del delito; el primero integrado por el concepto del injusto objetivo, conformado por el concepto de la conducta típica y antijurídica; y el segundo, recogido en la culpabilidad, entendida como el componente subjetivo del delito, representado por la disposición psíquica del querer cometer el delito, es decir, la voluntad de producir el resultado, en la inteligencia de que siendo la voluntad precisamente el elemento psicológico de la conducta, fue necesario, para sostener la teoría, acudir a un contenido mecanicista o fisiológico, para explicar el contenido interno de la conducta, en cuanto elemento objetivo del delito, dejando a salvo el estudio de la voluntad, como contenido del estudio posterior del elemento subjetivo del delito.

En síntesis para la teoría psicológica, la culpabilidad es entendida, como la relación psicológica, sin ningún contenido de carácter normativo.

Para el esquema causal naturalista de la teoría del delito, la teoría psicológica funcionó suficientemente y satisfizo su objetivo, en la medida en que, en aquélla, el elemento objetivo del delito era lo que se vinculaba con el ámbito de la causalidad, en tanto que el elemento subjetivo quedaba enmarcado en lo psicológico.

Es pertinente agregar que la teoría psicológica, por razón del concepto mismo de culpabilidad como nexo psicológico de querer el delito, no hacía referencia a ningún aspecto vinculado con la necesidad de autodeterminación de la persona y su capacidad para conducirse conforme con ella; por esto, necesariamente tenía que estudiar el ámbito de la imputabilidad sólo como un presupuesto de la culpabilidad y no como causa de inculpabilidad misma.

Así, el avance en el estudio del derecho penal llevó a una nueva orientación de la doctrina penal llamada "causalismo valorativo", que representó el momento en el cual se produjo el cambio del contenido de la teoría de la culpabilidad psicológica, hacia la teoría de la culpabilidad normativa.

B) TEORIA NORMATIVA.

Esta teoría entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor de un injusto, por haber actuado de esa manera, cuando en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a ella debía y podía haberse motivado en la norma.

La evolución de la teoría del delito llevó al reconocimiento del contenido normativo de la culpabilidad y encuentra apoyo tanto en el ámbito mismo de la culpabilidad, *"sobre la base principalmente del pensamiento de Frank en 1907, como también de Goldsmith y Nadler"*.²⁵

Y en general, en la evolución que sufrió el análisis de la estructura general del delito.

²⁵ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 2000. Págs. 527 y ss.

Así Frank reconoció en la culpabilidad un contenido normativo, entendiéndola como la reprochabilidad por el injusto; entendía que el dolo funcionaba como un presupuesto de la culpabilidad en cuanto dato psicológico.

"Nadler, posteriormente, admitiría el concepto de la culpabilidad normativa, pero manteniendo los conceptos del dolo y de la culpa como formas de aquélla, dentro del ámbito de la culpabilidad"²⁶

A partir de éstos, se desarrollaron nuevas observaciones sobre el particular que implicaban variaciones en los cuestionamientos y que aparecían perfilando un nuevo modelo sistemático acerca de la teoría del delito y que, en general, sin guardar uniformidad entre sus diversos sostenedores, fue acogida como la corriente del causalismo valorativo.

Los cuestionamientos del causalismo valorativo lograron encontrar la respuesta sistemática más completa y acabada, con la orientación finalista propuesta por Welzel; se observó así que el dolo, en cuanto querer el delito, constituía, en realidad el ámbito interno de la conducta, es decir, la voluntad de la conducta y, por lo mismo, se constituía en su elemento subjetivo, razón por la cual debía pasar a formar parte, junto con la culpa, elemento subjetivo del tipo y, por lo mismo, exigían su análisis en el ámbito de la tipicidad, como los elementos subjetivos de la conducta típica y no en el campo de la culpabilidad, la cual debería quedar libre, como un ámbito exclusivo de valoración o juicio de reproche a la persona del autor, por haber cometido un injusto. En síntesis, para la teoría normativa de la culpabilidad, ésta es exclusivamente reprochabilidad.

C) TEORIAS MIXTAS.

Durante la evolución de la teoría del delito se desarrolló también la teoría mixta o teoría compleja de la culpabilidad, que derivó de una interpretación ecléctica entre las teorías psicológica y normativa, en donde a la vez que se reconoce el contenido normativo de reproche de la culpabilidad, se mantienen.

²⁶ Malo Camacho, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 527.

también, los conceptos del dolo y la culpa, como las formas de la culpabilidad, generando, como consecuencia, un concepto complejo de la culpabilidad. Algunos autores consideran que esta teoría implica dejar vacía y sin contenido a la culpabilidad, pero tal situación es infundada, toda vez que la culpabilidad como reproche implica la depuración de su propio contenido, relativo precisamente al estudio de todo lo relativo a la persona del autor, en manera de entender su contenido como la base de responsabilidad necesaria para poder dictar el reproche o juicio de culpabilidad.

Así, la culpabilidad, entendida como el estudio de la responsabilidad del autor, para estar en posibilidad de dictar el reproche, debe partir y estar en función de la capacidad de autodeterminación, así como de su posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, y de su libertad para conducirse, ámbitos éstos, que son la base del contenido, mismo de la responsabilidad como base de la culpabilidad y que por lo mismo, exigen de su análisis para precisarlos, toda vez que, para que sea posible imponer el reproche de culpabilidad a una persona, es indispensable que ésta, en base a su capacidad personal para actuar conforme a sentido, haya tenido la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya podido actuar dentro de un cierto ámbito de libertad que permita hacerle exigible su conducta lo que, precisamente implica la culpabilidad en sentido normativo, entendiéndose que ésta es un concepto graduable que permite diversos grados en el reproche, atento al parámetro de su autodeterminación, en relación con los reductores de la libertad.

Una vez asentado lo anterior, procederemos a revisar de forma detallada, la **CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA**, debiendo decir al respecto que la culpabilidad se alza en el derecho penal moderno como su pilar fundamental. El Estado encuentra limitado el ejercicio de su facultad de castigar en este principio: no puede imponer sanción si no hay culpa y esa sanción debe ser la adecuada a esa culpabilidad. Se parte del principio de que *"la responsabilidad penal es individual del sujeto que responde del acto típico e*

injusto personalmente, y sólo en cuanto es culpable y únicamente hasta el extremo de esa culpabilidad. Lo que significa que es especialmente graduable".²⁷

La culpabilidad es entonces fundamento de la pena. Conforme al criterio clásico, el Estado puede sancionar a sus súbditos porque siendo libres, pudiendo determinarse a su albedrío, escogen realizar actos típicos e injustos. Se les castiga porque son personalmente responsables de un acto realizado de propia decisión, lo que presupone que son racionalmente normales, que han alcanzado madurez para ejercitar su libertad y determinarse conforme a ella. Esto permite eximir de culpabilidad a los que carecen de capacidad como el loco o demente y a los que no han logrado el desarrollo adecuado de su personalidad, a los menores de edad; en general, a todos los que han obrado sin libertad. La pena se impone al que es culpable, al que actúa con libertad; al que no puede ejercer su libertad, el inculpable, no puede castigársele, para los cuales el Estado cuenta con las medidas de seguridad.

Como la pena se impone a un sujeto porque no hizo un uso adecuado de su libertad, se constituye en una retribución, en un castigo que la sociedad le impone por el mal causado. Se alza así la culpabilidad como fundamento de la pena y como su reguladora. A mayor mal, mayor culpabilidad y, por lo tanto, mayor castigo; por ejemplo, en la comisión de un homicidio hay mayor culpabilidad que en la de un simple robo, por ello tiene también una sanción más grave. Su naturaleza y montos quedan entregados a criterios histórico culturales; ello explica las sanciones corporales y privativas de libertad y su duración.

"Una vez que la noción de culpabilidad jurídico penal se independizó de la de culpabilidad moral, se puede afirmar que no hay una culpabilidad en sí, sólo existe en cuanto corresponde a un acto típico injusto".²⁸

²⁷ Malo Canacho, Gustavo. Ob. Cit. Págs. 543 y ss.

²⁸ Reinhart, Maumich. Derecho Penal Parte General. Traducción de a 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Actualizada por Heinz Zipl. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1997. Págs. 1997.

No se requiere que el sujeto se sienta culpable, porque se trata de una responsabilidad, si bien personal, de índole jurídico penal. *"Esta concepción permite sancionar a los denominados delincuentes por convicción"*.²⁹

Los cuales normalmente no se arrepienten de sus acciones y no se estiman culpables, como sucede con aquel que actúa por motivos religiosos, filosóficos, políticos, alternativas donde al acto, a sus ojos, no es reprochable; pero para el ámbito del derecho penal en donde consideran a la culpabilidad como fundamento de la pena si lo son y por lo tanto son merecedores de una sanción, de acuerdo a su responsabilidad.

Por todo lo anterior, es de señalarse y sin que parezca reiterativo, que la culpabilidad es el presupuesto de la pena junto con el injusto o delito entendido en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), que es, precisamente, el hecho derivado de la conducta y resultado típico que causa la lesión al bien jurídico tutelado que, en sí, es separable del concepto de la persona que lo cometió; por lo que se puede decir que no hay pena si la conducta no es reprochable o lo que es lo mismo, no hay pena sin la declaración de culpabilidad en contra del agente. Lo cual trae como consecuencia afirmar que la pena, a su vez, se funda en la idea de que el hombre puede determinar su propia conducta y, por tanto, habiendo podido actuar conforme a lo ordenado por el derecho se le reprocha el que, siendo miembro de la comunidad social, hubiera actuado lesionando bienes jurídicamente protegidos de otros miembros de la norma comunidad social, violando la norma, que los protege, razón por la cual se le impone la pena, atento a lo dispuesto en las respectivas legislaciones penales, todo esto, sostenido en base a que atento a la misma capacidad de autodeterminación del autor, que permite responsabilizarlo declarándolo culpable, es la misma capacidad necesaria para que entienda el sentido correctivo o retributivo de la pena. Por esta razón en la ley penal mexicana rige el principio de culpabilidad como fundamento de la pena, lo cual impide imponer penas a menos que sea en base al reproche por la culpabilidad.

También es pertinente apuntar que la culpabilidad analizada como el fundamento de la pena, es el planteamiento medular del pensamiento de Günter

²⁹ Garrido Montt, Mario. Ob Cit., Pags. 198 y ss.

Jacobs, quien parte de la base de que el fin de la pena es la culpabilidad; el fin de la prevención general es el que determina la culpabilidad, entendiendo como prevención general, no la intimidación a terceros o al autor, sino el ejercicio del derecho del Estado para garantizar las expectativas punitivas del propio Estado y que el ordenamiento exige para su conservación, o lo que es lo mismo, el entendimiento de que la culpabilidad acredita la infidelidad o falta de cumplimiento a lo ordenado por el derecho y, por esto, su contenido debe aparecer como fundamento de la pena, ya que el fin de esta última es que el cumplimiento, fidelidad y respeto al derecho se convierta en la conciencia y fin del individuo. Este contenido pasa a ser el contenido mismo de la culpabilidad, lo que, a la vez que permite ratificar que la culpabilidad es determinada por el fin de la pena, también permite observar que la culpabilidad es el fundamento de la pena y su imposición al individuo. Implica esto, por otra parte, el ámbito de funcionalidad social del derecho, en tanto que la persona que comete el delito, con su conducta hace nacer la expectativa punitiva del Estado y el cumplimiento de la función punitiva del propio Estado, a cargo y responsable del cumplimiento de esa expectativa, en una relación que precisamente apunta la característica dialéctica y de comunicación del orden jurídico.

Al respecto existen diversidad de autores que se inclinan por esta posición de la culpabilidad como fundamento de la pena, creyendo pertinente señalar entre algunos a Quintano Ripolles, quien es un autor español de los últimos tiempos que más rotundamente ha acogido planteamientos retribucionistas, diciendo que toda sociedad organizada tiene el excusable y primordial deber de luchar contra el delito y de defenderse, como objeto en sí mismo, prescindiendo de consideraciones de utilidad y por tanto imperativo de justicia, pero no hay que olvidar que debe prevalecer ante todo la realización de la justicia, por lo que se requiere una proporción y rango entre los delitos y por consiguiente en las penas, interviniendo los fines preventivos de forma residual; la noción más elemental de justicia exige hoy, como ayer y como siempre, la culpa contracta.

Por otra parte Rodríguez Mourullo, dice que la función del derecho penal se inserta en la general función del derecho, que consiste en la consecución de la paz social, la cual se alcanza cuando a través del derecho se garantiza a los ciudadanos justicia y seguridad en sus relaciones con los demás y frente al Estado, dentro de esta función el derecho penal se caracteriza por proteger a través de la pena y la medida, así este autor predica la esencia retributiva de la pena, admitiendo que el fundamento de ésta y el criterio para determinar su gravedad no puede ser otro que el de la proporcionalidad con la culpabilidad, diciendo así mismo que sólo una pena medida según la culpabilidad puede operar saludables efectos de prevención general y especial.

De igual forma Rodríguez Devesa dice que la pena es la consecuencia primaria del delito, que aparece pues, como el presupuesto de la pena y en definitiva como su fundamento.

Barbero Santos argumenta que la pena pretende principalmente la retribución por el delito cometido, toma en cuenta ante todo la gravedad del hecho perpetrado y aspira a la realización de la justicia, imponiéndose sobre la culpabilidad del reo, aunque la retribución por el hecho culpablemente cometido supone una proporción o límite exigido por la justicia, por lo que, en cuanto tal debe constituir el fundamento y el límite de la pena.

Rodríguez Ramos señala que la pena tiene un fundamento retributivo, en cuanto exige la previa comisión culpable de un delito y ve determinada vinculantemente su cuantía en base al injusto culpable realizado.

Cerezo Mir propugna que la pena encuentra su justificación tanto en el delito cometido, como en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro, así la pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata

de la justificación de la pena estatal, en este sentido la culpabilidad como fundamento de la pena desempeña esa función y también como límite.

Así también existen autores que niegan la culpabilidad como fundamento de la pena, señalando entre algunos a los siguientes:

*"Roxin señala que la culpabilidad no está determinada por los fines de la pena, sino que tiene un contenido propio y que la misma, junto con los criterios preventivos generales y especiales, conforman el contenido de la responsabilidad. Roxin también señala que la capacidad de culpabilidad es la capacidad de autodeterminación de los impulsos psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de una persona; actúa culpablemente, quien dolosa o culposamente realiza un injusto jurídico penal, pese a que la concreta situación de su decisión, era normativamente dirigible, lo que implica un concepto que es bastante cercano al criterio de la motivabilidad. Observa Roxin, por otra parte, que, aún dada la culpabilidad, pudiera no ser necesaria la sanción penal, por razones preventivas y, así, observa que el legislador sólo hace responsable a las personas por la comisión de un injusto penal, cuando, en primer lugar ha actuado culpablemente y, en segundo lugar, cuando existe la necesidad preventiva de la sanción penal a esa persona por su comportamiento culpable. Como resultado concluye que no es posible sustituir o eliminar la culpabilidad, pues no se dan alternativas plausibles y el sólo criterio preventivo general no logra explicar todos los fenómenos que se engloban bajo el concepto de culpabilidad, por lo que no es suficiente garantía para la persona frente al Estado"*³⁰

En síntesis Roxin sostiene, que el criterio preventivo básico del injusto es el de que la norma motiva y, por esto, el injusto deriva de que el sujeto no se motivó, lo cual lleva a la necesidad de averiguar si tenía o no la capacidad de motivación para poder imponer el castigo, lo que se asemeja al criterio sostenido por Santiago Mir sobre la motivabilidad, ya que el criterio de la dirigibilidad normativa que

³⁰ Malo Canacho, Gustavo. Ob. Cit. Págs. 545 y ss.

sostiene Roxin, con el de motivabilidad aludido, no tienen gran diferencia, puesto que entre capacidad de motivarse por la norma y capacidad de dirigirse por la norma se asemejan invariablemente.

En este mismo sentido se propugna Luzón Peña, quien señala el rechazo categórico de la retribución, diciendo que ésta no puede admitirse, a su juicio, en su aspecto de retribución de la culpabilidad, porque, si se concibe este elemento como reprochabilidad, presupone la existencia del libre albedrío, lo que resulta indemostrable; tampoco puede aceptarse como retribución del hecho injusto porque la misión de la pena no es realizar la justicia, sino evitar la comisión de delitos.

Silva Sánchez, en el sentido que se estudia, señala que la fuente de la legitimación del derecho penal debe situarse en el hecho de que su presencia en la sociedad, como ser un mal, conlleva un mal menor con el que trata de evitar. Lo que legitima al derecho penal es su capacidad para reducir la mínimo posible el grado de violencia que se genera en una sociedad, y puede comprobarse como la existencia del derecho penal encierra significativas ventajas, por un lado, las propias conminaciones penales tienen ya un efecto disuasorio que impide la aparición de delitos que, de otro modo, de producirían; por otro lado, producida una conducta agresora definida como delito, la sanción del responsable favorecerá, de una parte, que tanto el sujeto sancionado como otros autores potenciales no realicen en el futuro hechos lesivos de este género, y, de otra parte, impedirá que los ciudadanos afectados por tal delito se sientan compelidos a "tomarse la justicia por su propia mano", resumiendo que el primer fin del derecho penal es la prevención general de delitos, configurada principalmente de manera negativa o intimidatoria.

De lo anterior se advierten las posiciones que admiten a la culpabilidad como fundamento de la pena, así como las que la niegan, pero al respecto debe señalarse que es indudable que la opinión mayoritaria de la doctrina penal, el

criterio de la culpabilidad como fundamento de la pena, es acaso, el criterio, más generalizado para la determinación de ésta (pena), tanto en relación con su fundamento, como para la definición de sus límites. Esta observación se confirma si se toma en cuenta que una parte de la doctrina considera a la culpabilidad como reproche ético individual y social, fundado en el libre albedrío, que otros cuestionan. Otra parte de la doctrina, en cambio, aún negando o sustituyendo tal fundamento por otros, en general mantienen el concepto de la culpabilidad, a la que en última instancia reconocen fundamental importancia, sea porque su contexto permite revisar el contenido de la responsabilidad o bien por su relevancia sobre todo desde una perspectiva garantista, independientemente de delimitar el criterio con otros como el de la necesidad de la pena.

En síntesis, el criterio de la culpabilidad como fundamento de la pena, afirma que ésta última y su individualización no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o a cualesquiera otras referencias con la denominada personalidad del autor y, por tanto, limitan también a la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado.

2.1.1. LA CULPABILIDAD DEL ACTO.

En los apartados que anteceden, hemos distinguido dos aspectos de la culpabilidad, que son el formal y el material. Culpabilidad Formal es el conjunto de circunstancias anímicas específicas que en una determinada época o período, el ordenamiento jurídico establece como presupuestos de la atribución de un hecho a su autor; en tanto que la Culpabilidad Material corresponde a los postulados en virtud de los cuales las referidas circunstancias anímicas han sido tomadas en cuenta como fundamento de la atribución subjetiva de un delito a un

sujeto; "podrán consistir en exigencias de naturaleza moral, de seguridad pública, de finalidad de la pena y demás".³¹

Así también, hay dos tendencias sobre la culpabilidad, la que gira en torno al hecho individual (culpabilidad por el acto), en que se contemplan sólo aquéllos factores de la actitud interna jurídicamente censurable que se manifiestan de forma inmediata en la acción típica, "y la denominada culpabilidad del autor, donde el juicio de reproche nace por la vida del sujeto, se amplía a la total personalidad del autor y su desarrollo".³²

En este apartado únicamente haremos alusión a la culpabilidad del hecho o también denominada culpabilidad del acto, dejando para apartados posteriores la denominada culpabilidad del autor o también llamada culpabilidad por la conducción de la vida.

Así entonces, la culpabilidad por el hecho se funda en el principio filosófico de libre albedrío; el hombre como ser libre puede escoger entre distintas posibilidades de comportamiento; de manera que responde por su acto, por lo que ha hecho, no por su modo de ser, por lo que "la culpabilidad por el hecho es retributiva".³³

En este mismo sentido por el derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta, descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo), y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

Está claro que el principio constitucional "nulum crimen, nulla poena sine lege", favorece más el desarrollo de un derecho penal del hecho que el de un derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos legales que atienden a "un elemento criminógeno permanente" en la

³¹ Garrido Moult, Mario. Ob. Cit. Pág. 197.

³² Garrido Moult, Mario Ob. Cit. Pág. 198.

³³ Ibidem. Pág. 199.

persona del autor o "al ser así humano de la personalidad que hay que castigar" y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un estado de derecho liberal se inclinará siempre hacia un derecho penal del hecho.

Así, sucede que, nunca se ha prescindido del derecho penal del hecho, sin embargo éste siempre ha tenido que enfrentarse a las influencias (cambiantes según las épocas en su configuración e intensidad) del derecho penal de autor y que integrarlas en su seno.

Está fuera de discusión que el derecho actualmente vigente es predominantemente un derecho penal del hecho. En cuanto al examen de la cuestión de sí y, donde sigue operando hoy, junto al mismo, influencias del derecho penal de autor, hay que distinguir entre repercusiones del derecho penal de autor de carácter agravante y de carácter atenuante, lo cual será abordado posteriormente de manera detallada.

Así mismo en este mismo sentido, es pertinente resaltar que existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben interpretar conforme al derecho penal del hecho y no del autor, los tipos que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo. Así por ejemplo el hecho de matar a otro de modo ventajoso, alevoso, premeditado o a traición, se castiga como HOMICIDIO CALIFICADO y a ese respecto, según el Derecho Penal Mexicano, actúa con alguna de esas modalidades el que priva de la vida a una persona utilizando algún arma, acechándolo o maquinando o premeditando su delito. Y para la comprobación de esa actitud no importa si el autor como tal, es una persona cruel, mala o despiadada, lo que sería un punto de vista del derecho penal de autor, sino que "tal actitud interna que pertenece al concepto de actuación de crueldad o maldad, no tiene porqué radicar en el modo de ser del autor ni influir constantemente en el conjunto de su comportamiento". Basta con que el mismo haya mostrado en su hecho concreto una actitud interna falta de

sentimientos y que le haya causado la privación de la vida a una víctima con alguna de las modalidades agravantes. Así también por ejemplo un HOMICIDIO por celos, en donde se utilice algún arma, será cruel y despiadado y deberá castigarse como HOMICIDIO CALIFICADO, esto es, con alguna de sus modificativas, aunque no concuerde con la imagen de la personalidad del autor, que a lo mejor siempre se haya mostrado con los demás como una persona pacífica y de buen corazón. Así también se debe señalar que otras modalidades del delito de HOMICIDIO como la alevosía, que se llegase a utilizar, tampoco presupone que el autor sea un sujeto alevoso, sino sólo que en el hecho concreto haya puesto de manifiesto esas modalidades y por las cuales la pena a imponer será mucho mayor.

En la culpabilidad por hecho individual, o llamado también derecho de autor o culpabilidad por el acto, se contemplan también aquellos factores de la actitud interna jurídicamente censurable que se manifiestan de forma inmediata en la acción típica. El concepto de culpabilidad del derecho penal se refiere fundamentalmente a la culpabilidad por el hecho individual, lo que se sigue ya de la elección de un derecho penal del hecho. El injusto en el que se apoya el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un determinado hecho prohibido por el ordenamiento jurídico, y no en una conducta vital jurídicamente desaprobada. A esto se añade la consideración de carácter práctico de que con los medios del derecho procesal penal vigente sería imposible al menos en la gran mayoría de los casos esclarecer la biografía del acusado con sus conexiones psicológicas profundas ocultas. Hacerlo implicaría, por lo demás, el poder de que la personalidad condujese a un avance inadecuado a la importancia de la cosa, a la esfera íntima del hecho basado en el juicio y a una jurisprudencia moralizante, todo lo que en absoluto no serviría a la justicia ni a la reinserción del condenado en la comunidad. Finalmente, la culpabilidad por el hecho individual, como se ha dejado venir ver a lo largo de estas líneas, es la que mejor corresponde a la idea de la pena retributiva del hecho, al cual se halla referida por imperativos del estado de derecho a un sector estrictamente delimitado de la vida del autor y no ha sido

imaginado como intento de un rendimiento general de cuentas, así entonces la culpabilidad por el hecho individual, constituye la forma decisiva del concepto de culpabilidad en el derecho penal.

"La responsabilidad por el hecho, al igual que la "imputatio facti" del derecho común, está llamada a fundamentar la imputación del hecho como obra de la voluntad del autor, ya que en ese ámbito no es posible un reproche de culpabilidad individualizador".³⁴

La responsabilidad por el hecho, tiene, ante todo, significado negativo, puesto que se anula por la presencia de causas de exclusión de la responsabilidad, se establecen así, el estado de necesidad exculpante, el exceso de la legítima defensa y el obrar en virtud de una orden no manifiestamente jurídica. La significación práctica de la teoría para la parte general radicaría en el hecho de que la falta de responsabilidad de hecho impediría también la aplicación de medidas a sujetos incapaces de culpabilidad, y de que en el terreno de la participación resultaría posible una posición intermedia entre la accesoriedad "limitada" y "máxima". En la parte especial también se extraen consecuencias por esta teoría, en orden a las categorías dogmáticas de la teoría del delito que deban concurrir en el hecho que sirve de presupuesto a los tipos de conexión y de referencia a que se hace alusión en distintos preceptos penales.

Para Maurach, la teoría de la responsabilidad por el hecho extrae, para la teoría de la culpabilidad, las consecuencias de la innegable situación de tensión del ser humano, en cuanto personalidad individual, y, simultáneamente, de miembro de la comunidad sujeto a obligaciones sociales. En el primer aspecto de la atribuibilidad, esto es, la responsabilidad por el hecho, se alude al enlace social del autor, dando lugar a una consideración generalizadora de los límites de la atribuibilidad respecto de todo justiciable. Después en el segundo aspecto, la reprochabilidad individual, se atiende a la personalidad del autor y sus

³⁴ Reinhardt, Maurach, Derecho Penal Parte General. Traducción de la 7ª edición por Jorge Hofa Geuzsch. Actualizada por Heinz Zipl. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1997. Pág. 687.

posibilidades específicas; aquí se trata de saber si se le puede reprochar personalmente al autor este hecho, de acuerdo a sus posibilidades. Este criterio diferenciado de enjuiciamiento da lugar a la división bipartita de la valoración de la culpabilidad. Conforme a ello, responsabilidad por el hecho significa la necesidad de responder, como miembro de la comunidad, por las lesiones antijurídicas al ordenamiento comunitario. El ordenamiento jurídico puede admitir excepciones es decir, "tener que responder", cuando, a pesar de no poder certificar al autor la licitud de su actuación, tampoco necesite recurrir a sus facultades individuales. Existen situaciones particulares en las que no se exculpa al autor individual, más bien se libera de responsabilidad a toda persona ante una determinada situación. Aunque aquí la conducta no es correcta (el ilícito de acción subsiste), teniendo en cuenta la naturaleza humana en general, ella es perdonable a todos y no solamente excusable en forma particular.

En principio, es posible concebir un sistema de derecho penal sin esta etapa. En tal evento, ante situaciones similares habría que excluir ya el ilícito de acción, o bien las soluciones jurídicas deberían estructurarse de manera tal, que se atendiera exclusivamente a elementos individuales de reprochabilidad. Sin embargo el derecho conoce casos que deben clasificarse entre la exclusión de la ilicitud y la reprochabilidad individual; tales casos requieren de la etapa de la responsabilidad por el hecho. Esta constituye un modelo de configuración dogmática que como toda concepción dogmática debe coincidir con el sistema y ser adecuada al problema; la teoría de la responsabilidad por el hecho satisface estos criterios. Dentro del problema fundamental entre individualización y estandarización en el concepto de culpabilidad, ella suscribe una de las posiciones fundamentales posibles: agrupa los elementos individualizadores y estandarizadores de la responsabilidad en dos subetapas separadas entre sí, dentro del concepto de culpabilidad. Al contrario, la opinión mayoritaria se satisface con un concepto de culpabilidad inorgánico y determina la medida de la individualización y estandarización dentro de cada elemento de la culpabilidad.

Al concepto superior de atribuibilidad con sus gradaciones o aspectos de responsabilidad por el hecho y de culpabilidad que se ha planteado se le ha objetado con frecuencia que, no obstante ser acertado desde el punto de vista de la construcción, complicaría la estructura delictiva. En este sentido el mismo Maurach responde que la gradación del juicio de desvalor que alcanza al autor no es algo arbitrario, sino impuesto, cuando, como aquí, se trata de agrupar componentes heterogéneos de un concepto que incluso la doctrina dominante reconoce inacabado, cual es el caso de la culpabilidad en el sentido de la doctrina tradicional; la necesidad de esta división ya había sido concluida como consecuencia del análisis crítico del estado actual de la teoría de la culpabilidad.

Es infundado el temor de una complicación de la estructura delictiva con la incorporación de la responsabilidad por el hecho. De ella no resulta, especialmente, un concepto delictivo cuatripartito, sino una subdivisión de la culpabilidad en aquellas circunstancias que provienen de la vinculación social general de toda persona y que siguen criterios generalizadores y, por otra parte, en aquellos elementos que se refieren a la capacidad concreta de responsabilidad de cada individuo. Así, la teoría de la responsabilidad por el hecho no introduce una nueva etapa en la construcción delictiva, sino que ordena, dentro de la tercera de dichas etapas, los elementos de atribución personal, conforme a los puntos de vista de un enjuiciamiento general e individual.

La responsabilidad por el hecho tampoco supone una sobrecarga en la aplicación del derecho penal. El hecho antijurídico es en la práctica indiciario de la responsabilidad por sí mismo y sólo excepcionalmente se requerirá un examen desde este punto de vista. De tal modo, luego de la afirmación de la tipicidad de una conducta, el orden de sucesión de lo que se ha venido refiriendo es que en la etapa de valoración de la antijuricidad cabe decir si la conducta típica es excepcionalmente debido a una causal de justificación lícita y por ello correcta desde el prisma del ordenamiento jurídico y social. Luego, dentro de la atribuibilidad, es preciso un doble cuestionamiento, esto es, si como consecuencia

de la especial situación de hecho, la conducta adecuada a derecho era inexigible a toda persona y, luego, si puede formularse un reproche individual basado en las capacidades y posibilidades del autor.

Desde un comienzo la teoría de la responsabilidad por el hecho se vio afectada por malentendidos (especialmente referidos a la complicación del sistema delictivo), por lo que su aceptación por la doctrina fue casi necesariamente ambivalente; se encuentra una detenida exposición acerca de las reacciones de la doctrina frente a la teoría de la responsabilidad por el hecho. Queda demostrado con claridad que sólo esporádicamente tuvo lugar un verdadero análisis de ella y, así mismo, con que frecuencia se realizó sólo una valoración global de esta teoría. Recién en los últimos tiempos ha tenido lugar un cambio que ha conducido a precisar la argumentación. La evolución actual parece estar caracterizada por una mayor atención a los razonamientos y resultados de la teoría de la responsabilidad por el hecho, sin que el modelo estructural sea adoptado como tal, en esa medida existe un cierto paralelo con la teoría final de la acción. Esta evolución se ha visto confirmada en cierta forma por la discusión en torno al concepto de la culpabilidad. En la exposición que se acaba de hacer no será posible referirnos a cada una de las ramificaciones de esta discusión; al contrario, sólo se destacaran los dos decisivos puntos de vista de la necesidad y la practicabilidad de la teoría de la responsabilidad por el hecho.

La objeción por la cual "en realidad la separación entre la individualización extrema en la exclusión de la culpabilidad y el enjuiciamiento general en la responsabilidad por el hecho no es practicable", ha sido formulada especialmente por Roxin. Para fundar dicho argumento este autor, como se dijo en líneas que anteceden, sostiene en forma creciente que se ha ido imponiendo la idea de que en el reproche de culpabilidad sólo sería posible trabajar con criterios generalizadores comparativos. La nivelación entre la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad descansaría en la imposibilidad de una individualización total en su reproche. Es verdad que en el reproche de culpabilidad (sobre todo en la

capacidad de culpabilidad) sólo podemos operar con un juicio comparativo social de ella. Sin embargo, aún así subsiste una diferencia muy decisiva: frente a la responsabilidad por el hecho, la representación ideal está constituida por el criterio promedio, en cambio en el reproche de culpabilidad la meta está representada por la orientación individual. Ahora bien, teniendo en cuenta las limitadas posibilidades de conocimiento, la realización depende del juicio comparativo de culpabilidad, pero en éste orientamos siempre los criterios existentes a la concreta situación de hecho. La objeción mencionada tiene una consecuencia positiva para la teoría de la responsabilidad por el hecho, ya que acerca aún más a las dos subgradaciones de la culpabilidad, demostrando que su reunión dentro de una de las etapas de la estructura delictiva es acertada, debiendo destacarse solamente la diferencia existente entre los dos criterios de enjuiciamiento.

Por último, la mayoría de los reparos formulados a la teoría de la responsabilidad por el hecho apuntan al carácter superfluo de este nivel valorativo, puesto que también sería posible llegar a resultados adecuados mediante el sistema dogmático tradicional. Esta objeción apunta dice Maurach al sentido y a la función de las construcciones dogmáticas. Toda solución dogmática particular se haya de antemano en un contexto supraordenado (en este caso sería la estructuración adecuada del hecho punible), dentro del cual debe cumplir una función parcial. Si se lleva a cabo un traslado de las funciones (con el fin de disminuir la cantidad de los elementos estructurales), se produce en forma automática una modificación del contenido de aquel elemento al que se atribuye una función adicional. Por ello, la pregunta acerca del carácter superfluo es al mismo tiempo la pregunta por la alternativa más eficaz. Si se quiere prescindir de la etapa de la responsabilidad por el hecho, los elementos pertenecientes a ella deben ser atribuidos a la antijuridicidad o al reproche individual de la culpabilidad. La decisión en uno u otro sentido no está dada de antemano, sino que se determina conforme al punto de vista que persigue el orden de sucesión más adecuado posible de todos los elementos que pertenecen a la estructura delictiva, se expuso entonces ya, que la teoría de la responsabilidad por el hecho satisface

esa necesidad. El planteamiento de la objeción que sostiene el carácter superfluo de la responsabilidad por el hecho ha conducido un examen más detenido de los elementos que se le atribuyen. Así por ejemplo, es correcto el reparo planteado por Hirsch, quien afirma que el riesgo permitido y el respeto del cuidado, generalmente debido, no pertenecen a este lugar. En el caso de este último se trata exclusivamente de un problema del ilícito de acción; el riesgo permitido debe ser considerado como causal de justificación, dentro de límites muy estrechos. Junto con el pleno desarrollo de la teoría del ilícito de acción, esta crítica ha permitido que la responsabilidad por el hecho sea liberada de aquellos elementos que no le pertenecen. Los casos subsistentes pueden ser ordenados en su totalidad bajo el punto de vista de la inexigibilidad general de la conducta adecuada a la norma.

Pero, incluso si las razones de limpieza dogmática no pudieran justificar por sí solas una semejante diferenciación, esta división de la culpabilidad supuestamente unitaria no es una invención que haya tenido lugar aquí, sino que es un problema muy antiguo que ha sido causa de una estéril discusión a lo largo de varios decenios. El lugar de ubicación de este problema era hasta ahora incorrectamente la disputa acerca de la denominada accesoriadad extrema y limitada en la participación. Dentro de este contexto se ha intentado repetidamente una división del delito, específicamente de la culpabilidad, con el fin de obtener el máximo de contenido de ilícito en el hecho principal al que debe acceder la acción de participación, sin estrechar, al mismo tiempo, la eficacia de las reglas acerca de la participación, como consecuencia de un estiramiento excesivo de aquel contenido de ilícito.

La responsabilidad por el hecho se da por satisfecha con un juicio de desvalor que afecta al autor. La Culpabilidad exige además la agregación de un reproche personal.

De toda la comisión de un ilícito típico no se sigue sin más la responsabilidad por el hecho del sujeto actuante. Responsabilidad por el hecho en resumen quiere decir "tener que responder"; significa responsabilidad. Empero, sólo es posible responder por un hecho propio en la medida que las circunstancias objetivas hayan permitido una determinada posibilidad de motivación del autor.

Como muestra de la culpabilidad del hecho cabe hacer referencia a una exigencia impuesta por la necesidad de lograr una mayor justicia penal, refiriéndonos con ello, a la exigencia de tomar en consideración, a los efectos de la determinación de la responsabilidad penal por el hecho, las variaciones experimentadas en el poder del sujeto de actuar conforme a derecho, en el momento de la comisión del delito. Como muestra de la diversidad que cada infracción como acto humano, manifiesta, cabe pensar en que el poder de la gente de adaptar su conducta a las normas jurídicas, como dato susceptible de estimación empírica, ofrezcan grandes variaciones en la realidad, por diversidad de factores, tanto de índole hereditario, como de orden ambiental. En la compleja evolución de la sociedad actual, la incitación al consumo, la conciencia de que ciertas prácticas constitutivas del delito están de hecho permitidas y la frecuente incidencia de situaciones límite en el actuar del individuo, constituyen algunas muestras de la variedad de circunstancias que puedan influir en la génesis del hecho delictivo y en la capacidad del sujeto de actuar conforme a derecho.

2.1.2. LA CULPABILIDAD DEL AUTOR.

La culpabilidad de autor la identifican con el modo de vida del sujeto, parten de criterios deterministas; el acto delictivo aparece como consecuencia de su personalidad y de sus circunstancias. El individuo adopta posiciones o comportamientos que repercuten en su subconciente, que con posterioridad lo harán reaccionar, en situaciones determinadas, con comportamiento típico; se le reprocha el acto realizado por ser consecuencia de su personalidad defectuosa,

por haber llegado a ser lo que es, por su inclinación adquirida a revelarse, circunstancial o permanentemente, en contra de los mandatos o prohibiciones (por ello se sanciona al reincidente o delitos que requieren habitualidad, etc.). *"Esta visión repercute en el concepto que se debe tener sobre la naturaleza de la pena. En la culpabilidad de autor es preventivo-especial"*.³⁵

Las fuertes tendencias preventivo-especiales existentes desde los tiempos de Liszt en el derecho penal, presionan en la dirección del derecho penal de autor; pues la cuestión de que intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual.

"Franz V. Liszt nunca extrajo la consecuencia de que sea deseable que para la punibilidad se atienda, en vez del hecho a la forma de existencia o a la posición interna del autor (real o incluso sólo potencial). También él proponía castigar al autor sólo por el hecho cometido por el mismo. Opinaba "que quizás lo consecuente con la concepción sería atender sólo a la actitud interna y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de la familia no espera hasta que aparezca la enfermedad sino que trata de prevenirla". Pero la verdad es que, por razones de salvaguarda de la libertad, no se acabó de decidir a dar ese paso".³⁶

"Es cierto que V. Liszt requería para los tipos legales del eje ferenda "la máxima diferenciación posible según la personalidad del autor o, dicho más exactamente, según los grados de intensidad de su actitud interna criminal".³⁷

Pero con ella no se ponía en tela de juicio que haya que seguir aferrándose al hecho concreto, sino que únicamente se desplazaba más el peso de la descripción del hecho hacia los motivos, como posteriormente ha ocurrido con la introducción de un tipo privilegiado de robo en situación de necesidad, ya exigida

³⁵ Garrido Montt, Mario. Ob Cit. Pág. 197.

³⁶ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España. Ed. Civitas S.A. 1997. Pág. 178.

³⁷ Garrido Montt, Mario Ob. Cit. Pág. 197.

por Liszt, o con la nueva redacción del tipo del asesinato. De todos modos, dichas diferenciaciones subjetivas ofrecen mayores posibilidades de tener en cuenta la personalidad del autor y en la mediación de la pena. Y efectivamente, en este punto resultan de modo general los rasgos del derecho penal de autor claramente en Liszt: así exigía (al menos en principio) la introducción de "sentencias penales indeterminadas", en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena; y a ese respecto, la personalidad del autor habría de tener una importancia esencial tanto para la determinación como para el juicio sobre si se ha alcanzado el fin de la pena".³⁸

Sin embargo, la época posterior no nos ha traído la sentencia penal indeterminada, sino las medidas de seguridad; y entre ellas se preveía la custodia de seguridad, que supone una privación de libertad orientada hacia el autor y de duración indeterminada, y de modo general, las medidas de seguridad antes aludidas.

En los años treinta se produjo un retroceso de los esfuerzos por desarrollar un derecho penal de autor preventivo siguiendo la orientación de Liszt, debido al descrédito tanto del pensamiento liberal como del preventivo especial. En su lugar se desarrollaron bajo el nombre de derecho penal de autor otros enfoques, como lo son el de "Erick Wolf, quien caracteriza al "autor" como "un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna jurídica corrompida, y describe esa corrupción o depravación de la actitud interna mediante los "tipos de autoría", que suponen la peligrosidad para el común (en los delinquentes sexuales), la oposición al común (por ejemplo en la estafa y administración desleal), la hostilidad al común (por ejemplo en los delinquentes por convicción), la dejadez frente al común (en los delitos contra la administración) y la dañosidad para el común (por ejemplo en los delitos imprudentes)".³⁹

Esa tipología de autores (no muy clara) no fue más elaborada y completada posteriormente; pero el concepto de la corrupción de la actitud interna, que ya no

³⁸ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 178.

³⁹ Roxin, Claus. Ob. Cit. Págs. 179 y ss.

vincula el pensamiento del derecho penal de autor a la necesidad de prevención, sino a la ética y la culpabilidad, influyó sobre la evolución posterior.

En otro enfoque del mismo sentido, encontramos la *"Ley de Delincentes Habituales de 1933, que dio otro impulso importante que favoreció la penetración de influencias de derecho penal de autor no sólo en las medidas de seguridad que introdujo, sino también en las penas en algunos puntos, así por ejemplo prescribía una pena de presidio a la tercera condena si "la valoración global de los hechos" pusiera de relieve que el autor "es un delincuente habitual peligroso"*.⁴⁰

Por tanto, aquí ya no era el hecho como tal, sino la pertenencia al tipo criminológico de autor del delincuente habitual, lo que determinaba la pena. Igualmente se podía interpretar en el sentido del derecho penal de autor la regulación de que la imputabilidad disminuida preveía una atenuación no obligatoria, sino sólo facultativa. Y bajo ese enfoque se veían también a una nueva luz otros preceptos legales anteriores: así se reconoció que la punición del rufián, así como la del vagabundo, mendigo, borracho o vago, en el fondo no sancionaba hechos concretos, sino formas de existencia, y por tanto tenía carácter de derecho penal de autor. Y también otras disposiciones, como la agravante de reincidencia y los preceptos sobre profesionalidad y habitualidad, se interpretaron en muchas ocasiones en el sentido del derecho penal de autor.

En el último enfoque encontramos a la Legislación de Guerra y tipo normativo de autor, la cual sostenía una ulterior transformación de carácter totalmente distinto de la teoría del tipo de autor fue así mismo substancialmente influenciada por medidas legislativas, concretamente por las regulaciones del derecho penal de guerra del régimen nazi. Así las ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo y contra delincentes violentos, contenían los tipos de personalidad difícilmente captables, del "sujeto nocivo para el pueblo" y del "delincuente habitual". Los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquél cuya conducta se

⁴⁰ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág: 180.

hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que sólo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante conducta se hubiera mostrado "conforme a su ser" como un tipo "sujeto nocivo para el pueblo" o un tipo "delincuente habitual". *"El portavoz de esta corriente fue Dahm"*.⁴¹

El cual aplicó también la idea del tipo de autor a todo el derecho penal tradicional. Dahm acentuaba sobre todo el efecto restrictivo de la pena de su teoría del tipo de autor, pero opinaba que en vista del debilitamiento entonces vigente de la prohibición de analogía, en su caso también se podía fundamentar una extensión y ampliación de la punibilidad "mediante la referencia al tipo de autor".

Hoy en día se rechaza por lo general la teoría del tipo normativo de autor, porque suprime la exactitud de los tipos legales. Tales reparos son absolutamente justificados en la medida en que se refieren a una extensión de la punibilidad que vaya más allá del tenor literal, ya que la misma es absolutamente improcedente en virtud del mandato constitucional de precisión y certeza. Pero en cambio, en el campo de la restricción de la punibilidad esta teoría no es, ni ahora ni antes, totalmente obsoleta.

Así también *"Hors Kolfman, entendió a la culpabilidad del autor, en el sentido de que la conducta típica y antijurídica, revela un cierto estado psíquico, en donde el dolo implica una falta de sentimiento y la culpa una falta de asociación en la representación y, concretamente para el autor citado, significa el entendimiento de la culpabilidad vinculada no a la conducta en sí, sino directamente en relación con el autor, por su personalidad manifestada a través de su acto"*.⁴²

En síntesis tales conceptos llevan a una idea de culpabilidad de autor, sea, por su personalidad y carácter o bien por su falta de interés social en ajustarse a las normas jurídicas.

⁴¹ Moreno Hernández, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal. Algunas Bases para su Democratización en México. Cepolcrim. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales México. 1998. Pág. 129 y ss.

⁴² Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 182.

Evidentemente este criterio es opuesto, como se ha venido argumentando a lo largo de estos apartados, al principio de la culpabilidad por la conducta o por el acto realizado.

En este mismo sentido o posición bastante cercana a la anterior es la que intenta entender el contenido de la culpabilidad como un reproche a la personalidad del individuo por su "condición de vida", más que por el defecto psíquico que pudiera implicarla. En fin, esta posición estima que la culpabilidad, aún siendo individual, supone su origen en la estructura defectuosa de la personalidad y del carácter que son el origen del reproche lo que, naturalmente no implica ya una culpabilidad por el hecho, sino una culpabilidad de autor. Así la recoge Exner. El propio Welzel, conforme apunta Jescheck, aún cuando evidentemente reconoce que culpabilidad es reprochabilidad, en un cierto momento, al ocuparse del delito culposo, reflexiona que la culpabilidad, como falta de autodeterminación conforme ha sentido, parece suponer un fracaso del centro del "yo" responsable de la persona, con lo que parece vincular el concepto de la culpabilidad con la estructura de la personalidad, como un ámbito complementario de la culpabilidad por el hecho, originando un incremento de la penalidad por la reincidencia.

En síntesis, de todo lo anteriormente expuesto queda plenamente de manifiesto que las anteriores formas de entender la culpabilidad tienen como común denominador el constituirse como formas de la culpabilidad del autor, que supone la contradicción al concepto de la culpabilidad por el acto, que es el sostenido por el principio de culpabilidad como reproche a la persona por haber actuado con dolo o cuando menos por culpa, respecto de un hecho previsto en la ley penal como delito. Por tanto, todas las formas que implican la culpabilidad de autor, por la conducción de vida o por la personalidad, implican la negación del principio de la culpabilidad por el acto y suponen, todas, la violación al alcance de los principios de legalidad penal y de exacta aplicación de la ley penal que son de entre los principios fundamentales del derecho penal liberal y democrático para la convivencia, por lo que tomando como base lo anterior, es pertinente agregar que

la culpabilidad del acto o también denominada del hecho es la teoría que más se acerca a la realidad, ya que a mi juicio el sujeto debe ser sancionado y condenado por la comisión del acto mismo, sin que tengan porqué tomarse en cuenta otras características como las de su personalidad o conducción de vida, pues al respecto es común que existan diferentes tipos de delincuentes, y no por ello se les debe sancionar de acuerdo a sus antecedentes de vida, o a sus males psicológicos o a sus problemas familiares o traumas de cualquier índole, en virtud de que como ya reiteré se le debe sancionar a una persona única y exclusivamente por el acto delictivo cometido.

Además debe quedar asentado que en el derecho Penal Mexicano se sanciona o se aplica una pena a una persona por el acto cometido y no por la persona misma o por su conducción de vida, sino que en el Derecho Penal Mexicano se sanciona en base a la culpabilidad por el hecho o también llamado culpabilidad por el acto.

2.2. LOS ELEMENTOS DE VALORACION DE LA PENA DE ACUERDO A LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

"El Código Penal Mexicano, sobre las bases de las características del "ius puniendi" del Estado, con los límites del modelo de la potestad punitiva en los principios de la prevención general y de la prevención especial, que recoge el principio de la readaptación social sobre la base fundamentalmente del trabajo y la educación y bajo los principios de la incolumidad humana y dignidad de las personas se establecen las bases de la imposición penal en México, a su vez concretamente regulada en los términos de lo dispuesto en el Código Penal en general y, específicamente conforme a los criterios señalados en los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento".⁴³

⁴³ Malo Canacho Gustavo. Ob. Cit, Pág. 663.

Las escalas de interpretación en la individualización de la pena pueden distinguirse de manera muy general de la siguiente forma:

1).- Grado del injusto.- Este concepto hace referencia a la posibilidad y necesidad de graduar la gravedad, mayor o menor del injusto, entendido como la conducta típica y antijurídica o delito en sentido estricto. Hace referencia a la objetividad del delito realizado, en tanto que conducta que produce un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente protegidos, que suponen la violación al orden jurídico penal, sin que estén protegidos por la presencia de reglas permisivas que supongan el ejercicio de derechos reconocidos por la ley. Implica, por tanto, todos aquellos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y resultados típicos que precisamente deben ser objeto de valoración en el juicio de reproche de culpabilidad.

2).- Grado de Culpabilidad.- Por cuanto se refiere a este aspecto, sobre la base de entender a la culpabilidad como el reproche por la responsabilidad de la persona, se observa que ésta última se asienta en aspectos relativos a la imputabilidad del agente; aspectos relativos al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta y aspectos relativos a la no exigibilidad de otra conducta.

3).- Correctivo de la peligrosidad.- Este aspecto se aboca más que nada al comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido y así mismo hace referencia a la reincidencia prevista en los artículos 20 a 23 del Código Penal, a su vez relacionados con el numeral 65 del mismo ordenamiento que expresa "la reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o sustitutivos penales que la ley prevea".

En este mismo punto conviene señalar que existen dos sistemas punitivos ó sistemas de aplicación de la pena, de acuerdo con la forma de imposición de ésta, los cuales son:

A).- El Sistema Unitario, y:

B).- El Sistema Pluralista.

A).- *"El Sistema Unitario, afirma que frente al hecho delictivo debe imponerse sólo una respuesta punitiva; así mismo este sistema plantea dos vertientes que son 1) El sistema unitario de un derecho penal de culpabilidad, que estima que a los infractores de la ley, ha de aplicarse exclusivamente una pena atento al criterio de la retribución de la prevención general y también en la prevención especial; y 2) El sistema unitario de un derecho penal de peligrosidad, en donde se afirma que la respuesta social aplicable, debe ser la necesaria para eliminar y neutralizar la peligrosidad que representa el autor"*.⁴⁴

B).- El Sistema Pluralista, en oposición a los sistemas unitarios, deriva de las posiciones mixtas o intermedias, que intentan recoger aspectos de una y otra situación planteada; como base de las posiciones unificadoras o unitarias, y que plantean así, tanto la posibilidad de aplicación de las penas, en función de la culpabilidad, como así mismo la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad o medidas en general, en relación con un contenido de peligrosidad.

Como es normal, debemos señalar que el doble contenido de culpabilidad y de peligrosidad como fundamento de la aplicación punitiva de la coercibilidad penal, genera dificultades en relación con su fundamentación, así también podemos observar que se presentan dificultades en la presencia de las penas mismas, ya que no siempre se encuentra una clara distinción entre unas y otras.

⁴⁴ Millo Camacho Gustavo. Ob. Cit. Pág. 672.

"El sistema pluralista fundamentalmente operan dos formas: que son el sistema dualista o sistema del doppio binario, en donde se acepta la posibilidad de aplicación de las penas a las personas, en función del reproche de culpabilidad derivado de su comportamiento delictivo, y por otra parte, en forma simultánea se acepta la posibilidad de la imposición de la medida de seguridad, en función de la peligrosidad manifestada por la persona, en la inteligencia, de que en tratándose de personas sin capacidad de autodeterminación o para conducirse conforme a ella, es decir, de los inimputables, únicamente podrá ser impuesta la medida de seguridad".⁴⁵

"La otra forma del sistema pluralista es el sistema "vicariante", en donde se concede la oportunidad de la aplicación de la pena, la cual de acuerdo con las circunstancias puede ser sustituida por la medida, que en ese sentido se presenta como una forma "vicariante" que significa sustitutiva de la pena".⁴⁶

De acuerdo con las circunstancias del caso, la persona, así, a veces será objeto de imposición de una pena y en otras ocasiones de la aplicación de una medida, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y, naturalmente, para el caso de la presencia de los inimputables, únicamente será aplicada la medida de seguridad.

Una vez que se ha hecho referencia a lo anterior, en el sistema seguido por la ley penal mexicana, es de observarse que el Título Tercero del Código Penal recoge como denominación el de "Penas y Medidas de Seguridad". así mismo en el artículo 24 del citado ordenamiento, se formula una relación de las diversas sanciones recogidas en dieciocho incisos, y en donde aparecen señaladas taxativamente dichas penas y medidas de seguridad. Sin embargo, el legislador no define ni en esta posición ni en las subsecuentes, cuáles de entre éstas, han de ser entendidas como penas y cuáles como medidas de seguridad. Así mismo pueden tener un contenido no directamente vinculado con un criterio de

⁴⁵ Mito Cimacho Gustavo. Ob Cit. Pág. 672.

⁴⁶ Ibidem. Pág. 673.

culpabilidad y de estricta responsabilidad personal y jurídica, sino también vinculado con el contenido de la responsabilidad social, por ejemplo el inciso cuarto, relativo al confinamiento; el quinto, relativo a la prohibición de ir a lugar determinado; el doce, sobre la suspensión y privación de derechos; el trece, sobre inhabilitación, destitución o suspensión de función o empleo; el quince, sobre vigilancia de la autoridad; el dieciséis, sobre suspensión o disolución de sociedades. De igual forma los artículos 67, 68 y 69 del Código Penal son relativos al tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad. Los artículos 65 y 66 sustancialmente se refieren al contenido de la reincidencia y de la habitualidad y a su vez, el artículo 84, hace referencia a que deberá tenerse en cuenta a la reincidencia en la individualización de la pena, a que a su vez se refieren los artículos 51 y 52 del citado ordenamiento penal. Así mismo el artículo 69 bis, al referirse a la imputabilidad disminuida, se relaciona con el tema en cuestión, a su vez en relación con un sistema punitivo vicariante.

En este sentido y después de analizar lo antes reseñado, podemos concluir definitivamente que nuestra Ley Penal Mexicana tiene un sistema pluralista de forma "vicariante", pues el mismo según está estructurado, admite la posibilidad de aplicación de las penas en función de la culpabilidad y así mismo acepta la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad, por lo tanto, según las circunstancias del caso concreto que se presente, la persona podrá ser objeto de imposición de una pena y en otros casos, podrá ser objeto de la imposición de una medida de seguridad.

2.2.1 ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL.

El Título Tercero, denominado "Aplicación de las Sanciones", Capítulo I denominado a su vez "Reglas Generales" del Código Penal, consagra el artículo 51, mismo que a la letra dice:

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

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

De lo anterior, se advierte que el citado artículo 51 del Código Penal a que se ha hecho alusión indica la competencia de los jueces y tribunales para aplicar las sanciones establecidas para cada delito al establecer "...dentro de los límites fijados por la ley..."; así también se observa que señala categóricamente, dos principios constitucionales que son:

- A).- El de arbitrio judicial, y;
- B).- El de Legalidad.

A).- El arbitrio judicial es la potestad jurisdiccional que se otorga por el Estado a los jueces, a virtud de la cual y en base a la competencia, éstos pueden juzgar y decidir mediante fallo definitivo dictado en el proceso, refiriéndonos obviamente al proceso penal, acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados de un delito, apreciando las circunstancias particulares de éstos en cada caso concreto y conforme a las reglas procesales establecidas en las leyes y en la jurisprudencia, la cual es de observancia obligatoria, por lo tanto este

dispositivo, a mi parecer, es de suma importancia igualmente para nuestro Estado y forma de gobierno, como para la justicia.

Reafirma no sólo la división de poderes al ubicar a los tribunales y, en consecuencia, a la jurisdicción, como poder judicial soberano del Estado sirviendo a resolver las controversias, en el caso del orden criminal y sometidas a su decisión, mediante sentencias adquirientes de la calidad de cosa juzgada, sino, igualmente, alude, al proceso como única forma de desplazar la jurisdicción; refiere también a la competencia del juez penal, por la cual éste en exclusiva tiene la facultad de resolver en qué casos un hecho es o no delito y cuando un individuo acusado de haberlo cometido es penalmente responsable o no del mismo, así mismo debe señalarse, que en los supuestos donde el juez encuentre culpable al acusado, determina el grado de la sanción permitida por el Código Penal Sustantivo, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

B).- Respecto del principio de Legalidad, el mismo tiende a patentizar la legitimación constitucional de las penas y medidas de seguridad, pues, debe considerarse que el moderno Estado de Derecho se caracteriza por la circunstancia de que toda su actividad gubernamental y, principalmente, la expresada como poder penal, debe estar prevista, controlada, y subordinada por el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así entonces la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que *"las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite"*. Así entonces el principio de Legalidad nace o debería nacer siempre del poder constituyente y encontrar su legitimidad en la Constitución, como voluntad política del pueblo que democráticamente se la dé; ello, porque no es en el gobierno constituido donde reside la soberanía (en el caso y en lo interno del Estado, expresada como supremacía penal); tampoco yace en el pueblo al disolverse el poder constituyente; su génesis se encuentra en el producto magno de éste, en la Constitución.

Así, pues, el artículo en comento, a mi parecer y como se ha dejado ver en las líneas que anteceden, establece el arbitrio judicial con que se faculta a los órganos jurisdiccionales para imponer e individualizar las penas establecidas en el Código Penal. Se trata por tanto de la potestad que tienen los jueces penales para resolver en definitiva las penas relativas a los delincuentes, según las circunstancias de ejecución del delito y la culpabilidad o peligrosidad de éstos, en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

Es importante también señalar que en lo tocante a la pena de prisión, los tipos penales, normalmente establecen mínimos y máximos en su cuantía, dentro de los cuales, el juzgador, individualizando la misma, fija la pena en años, meses o días, según corresponda en el proceso de que se trate.

En este sentido, me parece oportuno señalar un ejemplo, respecto del tipo penal de ROBO previsto y sancionado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, el cual contempla una pena que va de 5 cinco a 15 quince años de prisión y una multa de hasta 1000 mil días; por lo que si el juez de la causa le gradúa al acusado una culpabilidad equidistante entre la pena mínima y la media, le impondrá una sanción total de 7 siete años, 6 meses con una multa de 250 días del salario que percibía el acusado al momento de la comisión del ilícito; pero si por el contrario el juez de la causa, según su criterio considera justo y equitativo graduarle al acusado de ese delito, una culpabilidad ubicada entre el punto medio del equidistante y la mínima, entonces el enjuiciado deberá cumplir una pena de 6 seis años, tres meses y multa de 125 días del salario diario que percibía al momento de los hechos; y así como este ejemplo se pueden poner muchos más, en base a la pena de prisión que normalmente contemplan los tipos penales en sus mínimos y máximos, establecidos, previstos o contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal.

Es importante también comentar que el artículo que se estudia (artículo 51 del Código Penal), haciendo a un lado el criterio de imponer la sanción más

benigna, tratándose de un delito que contemple una pena alternativa, por ejemplo de prisión o de multa, se imponga la pena privativa de libertad, estableciendo el dispositivo en comento que esto se hará "...cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial...", esto es, cuando a juicio fundado y motivado del juzgador considere indispensable la resolución de esta pena de prisión; en tal virtud, tratándose de delitos con pena alternativa, no habrá prisión preventiva durante el proceso penal ni, menos aún, consignación con detenido, dado que es hasta el momento de dictar la sentencia definitiva que pronuncie el juzgador cuando se sabrá a ciencia cierta si se impondrá la pena de prisión o no.

Por lo que atento a lo anterior, considero que si por ejemplo, una persona comete el delito de BIGAMIA que se encuentra contemplado en el artículo 279 del Código Penal y que tiene señalada como sanción una pena alternativa, esto es, prisión de hasta 5 años o de 180 a 300 días multa; después de haberse seguido el proceso con todas y cada una de sus etapas, al momento de dictar la sentencia definitiva y al encontrarse integrado el cuerpo del delito en mención, así como la plena responsabilidad del enjuiciado, lo más benéfico para el acusado sería imponerle como sanción una multa, de acuerdo al grado de culpabilidad que le graduara el juez del conocimiento; empero si aparece que tal sujeto ha delinquido con anterioridad cometiendo el mismo ilícito de BIGAMIA de que se trata, ello daría motivos relevantes para que atento a los fines de justicia y readaptación social, el juez que resuelve le impusiera a tal persona como sanción por el delito de BIGAMIA cometido, una pena privativa de libertad y ya no una multa únicamente, pues con su comportamiento ha demostrado un completo desprecio por el orden social, no temiendo al juicio de reproche que se la había fincado anteriormente por el mismo delito, pues aún y con todo ello volvió a delinquir, concretando el mismo ilícito, a sabiendas de que ya no debía hacerlo, lo cual daría motivos más que suficientes al juzgador para imponer la citada pena de prisión y ordenar el ingreso de la persona al centro penitenciario correspondiente, poniéndolo a disposición de la autoridad ejecutora. Sirve de apoyo a lo anterior lo

sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis de la Octava Epoca, visible en el Tomo XII, del mes de noviembre de 1993, página 390, del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

"PENA DE PRISION, CASO EN DELITOS QUE SE SANCIONAN CON PENA ALTERNATIVA. De la interpretación teleológica del párrafo segundo del numeral 65 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, adicionado por el artículo 1o. del Decreto de dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y uno publicado en el Diario Oficial de 30 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente, el mismo preceptúa que: "En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad"; es decir, probada la reincidencia debe imponerse la de prisión; sin embargo; aun sin tener el sentenciado tal calidad, de acuerdo con la parte segunda del párrafo primero del numeral 51 del ordenamiento penal en cita, el órgano jurisdiccional podrá imponer la pena de prisión, cuando existan razones que la justifiquen, atendiendo a los fines de justicia, prevención general y prevención especial, mismas que deberán ser expuestas en el fallo respectivo".

Por otra parte y siguiendo con el análisis del artículo 51 del Código Sustantivo Penal vigente, cabe hacer también mención por último, en lo que concierne a este numeral, que el segundo párrafo del mencionado dispositivo, contempla reglas que regulan el arbitrio judicial, estableciendo pautas precisas para la cuantificación de penas, la cual será acorde al resultado de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para el delito.

Sirviendo de apoyo a lo anterior lo sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Octava Epoca, en la jurisprudencia visible en el Tomo IX, del mes de febrero de 1992, página 93, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

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

Lo cual encuentra sustento también con lo sostenido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P.LVI/96, Novena época, visible en el Tomo III, del mes de abril de 1996, página 86, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el rubro:

"INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS. LAS REGLAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SON INCONSTITUCIONALES. La facultad de los Jueces penales para individualizar las penas, no significa el uso de una atribución irrestricta y caprichosa, pues los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicables en materia federal, obligan al juzgador para que al efectuarla, observe las reglas específicas que ellos contemplan, como son el conocimiento directo de las circunstancias en que se hallaba el sujeto al delinquir, así como las referidas al hecho y a la víctima pues, mientras mayores parámetros para la individualización prevea un ordenamiento legal, más se acercará a lo justo y si bien los invocados preceptos no establecen para efectos de fijar la condena, una equidistancia entre una media y una máxima o una mínima y una media, es preciso que la ley deje suficiente iniciativa y elasticidad para que el juzgador pueda individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso, sin que esto constituya violación a los artículos 14 y 16 constitucionales".

Así también es de señalarse que el segundo párrafo del artículo 51 del Código Penal establece la forma de imponer las penas, en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, como por ejemplo el de la tentativa punible, en donde se da la pauta para aplicar la pena correspondiente.

En este sentido tiene relevancia señalar lo sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Octava Epoca, en la tesis número I.2o.P. J/47, visible en el Tomo 62, del mes de febrero de 1993, página 19, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, misma que establece:

"TENTATIVA, PUNIBILIDAD APLICABLE EN LOS CASOS DE, DESPUES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. A partir del decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que entró en vigor a los treinta días de su publicación, se adicionó un segundo párrafo al artículo 51 de dicho cuerpo de leyes, que dice: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días. De manera que, relacionado el contenido del párrafo transcrito, con lo dispuesto por el artículo 63 del ordenamiento en consulta, que contempla que a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario, se interpreta que actualmente el mínimo de la pena aplicable para los casos de tentativa, se obtiene de calcular las dos terceras partes del mínimo que corresponda al delito consumado, por lo que ya no debe considerarse como tal el término de tres días, que resultaba de la aplicación del artículo 25 del citado código, antes de la aludida reforma. En otras palabras, en la actualidad, los márgenes de punibilidad para los delitos cometidos en grado de tentativa punible, se obtiene de disminuir, en una tercera parte, tanto el máximo como el mínimo de la pena señalada al ilícito consumado.

En lo que concierne a la última parte del artículo 51, en el sentido de que la pena de prisión nunca será menor de tres días, considero que tal afirmación se refiere meramente a las situaciones en donde los tipos penales contemplados en

el Código Penal vigente, establecen sanciones que no dan un mínimo exacto, pero sí un máximo, por ejemplo el artículo 370 párrafo primero del citado ordenamiento, que a la letra establece:

"...ARTICULO 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta 2 dos años de prisión y multa de hasta cien veces el salario..."

De este texto es de fácil observancia, que la pena a imponer tiene contemplado un máximo para el caso concreto, pero no tiene establecido un mínimo a imponer, por lo que al establecerse en el artículo 51 del Código Penal "*...cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días...*", se refiere precisamente a estos casos, en donde la pena mínima, que no se encuentra establecida de manera literal, se deberá tomar como mínimo el de tres días, dando así margen al juzgador a proceder a la individualización de la pena, tomando como mínimo 3 tres días y como máximo 2 dos años de prisión, y así como éste, se pueden poner diferentes ejemplos para darnos una idea y poder comprender los motivos que dieron origen al legislador a realizar tales argumentos en la narración literal del artículo 51 del Código Penal al que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este punto a tratar.

2.3. EL ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL.

Así también, el Título Tercero, denominado "Aplicación de las Sanciones", Capítulo I denominado a su vez "Reglas Generales" del Código Penal, consagra el artículo 52, mismo que a la letra dice:

"ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

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

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

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

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

V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún grupo étnico o pueblo indígenas, se tomarán en cuenta además sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y;

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

En este aspecto, inicialmente se observa que el Estado persigue diversos fines de política criminal con la imposición de las penas. De hecho, con las penas se trata de impedir la producción de las conductas que la ley prohíbe o manda ejecutar. Esta finalidad se busca, tanto en la forma de una amenaza legal pública, como de la aplicación concreta a un determinado individuo condenado a sufrirlo, por medio de una doble consecuencia denominada prevención general, cuando surte efectos sobre la sociedad como freno a las conciencias, y prevención especial cuando opera sobre quien ha cometido el delito para resocializarlo. Es

decir, la prevención general misma, posee fundamentalmente una función pedagógica, pretende intimidar a las masas como señalamiento de las consecuencias penales a que puede hacerse acreedor quien delinque, resultando así un instrumento para educar a la colectividad. La prevención especial, por su lado, actúa sobre el delincuente en particular a fin de que no vuelva a incurrir en el delito, ya sea a través de la readaptación social, o ya inocuizándolo, o sea poniéndolo en condiciones para que no vuelva a delinquir. Visto lo anterior podemos deducir que el contenido de este artículo 52 del Código Penal, de manera general tiene mayor conexión con la prevención especial, ya que establece los criterios para la imposición de pena al reo; desde luego no debe pasar desapercibido que en el Código se establecen con carácter general y abstracto la pena correspondiente a cada uno de los delitos previstos en particular; determina la clase de pena y la escala de su imposición entre mínima y máxima; así, su individualización la realiza el juzgador en la sentencia definitiva tomando como base las especificaciones del tipo de que se trate y los criterios señalados en el artículo 52 en comento, adecuando de esta forma la pena al condenado en busca de su fin de prevención especial.

Así, atendiendo al contenido de este precepto en estudio, advertimos primeramente que la medida de la pena a seleccionar e imponer por el juez, se establece "con base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente".

El principio de Legalidad establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena que para imponer la pena, el juez debe cumplir razonadamente con el precepto 52 del Código Penal y, por tanto, deberá fundar y motivar su resolución como también lo señala el artículo 16 de la Carta Magna. Consecuentemente, los juzgadores que al aplicar la pena se circunscriban sólo a describir más o menos los elementos de este artículo, violan las garantías individuales consagradas en los dispositivos 14, 16 y 20 de la Ley Fundamental del país.

Así las cosas, considero que al abordar la parte inicial del artículo en cuestión (52 del Código Penal), al hablar éste mismo de la gravedad del ilícito, se refiere a la posibilidad y necesidad de graduar la gravedad, mayor o menor del injusto cometido, entendido como la conducta típica y antijurídica sancionada por el Derecho Penal; haciendo referencia a la objetividad del delito realizado, como la conducta que produce un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente protegidos, violando al orden jurídico penal, sin que estén protegidos por la presencia de reglas permisivas que supongan el ejercicio de derechos reconocidos por la ley, implicando por tanto la gravedad del ilícito, todos aquellos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y resultados típicos que precisamente deben ser objeto de valoración como elementos de la valoración de la pena.

En cuanto al grado de culpabilidad del agente a que se refiere el dispositivo que se analiza, puedo establecer, que, partiendo de la base de la culpabilidad como el reproche por la responsabilidad de la persona, se puede entender que el grado de culpabilidad del agente se asienta en aspectos relativos a la imputabilidad del activo; aspectos relativos al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta y aspectos relativos a la no exigibilidad de otra conducta, sin que de ninguna manera quepa la posibilidad que se imponga una pena en base a la peligrosidad o temibilidad del agente, puesto que tales acepciones no pueden ser sinónimos, ni tienen similitud alguna con la culpabilidad del sujeto. Por lo que sentado lo anterior, procederé a analizar de manera separada, un estudio de todas y cada una de las fracciones que integran el numeral 52 del Código Penal que nos ocupa.

2.3.1. LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO AL BIEN JURIDICO O DEL PELIGRO A QUE HUBIERE SIDO EXPUESTO.

Esta fracción I del artículo 52 del Código Penal, a mi parecer, tiene conexidad o relación con la gravedad del ilícito de que se trate, y en forma individual, se refiere al conocimiento directo de las circunstancias del hecho que permitan analizar la extensión del daño causado al bien jurídico tutelado por la norma penal, por lo cual el juez, para cumplir con su función debe entrar en el conocimiento, personalmente, de los sucesos materia de la causa, estudiando las pruebas conforme a nuestro sistema procesal y reglas establecidas para su valoración; desde luego, en el caso, es indispensable referir el análisis de la prueba a las circunstancias fácticas, pero en relación aquí con la individualización de la pena.

En este sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni se refiere a la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto, como "la magnitud del injusto", diciendo que la extensión del daño y del peligro causados, son una clara referencia de la magnitud del injusto, por lo que la criminalidad es mayor por la gravedad de la infracción y del perjuicio causado o por causarse; así mismo la extensión del daño o del peligro se rige, en cuanto a que haya sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al Estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, sólo a ciertas personas determinadas, o solamente a una persona en particular.

Por lo que partiendo de lo anterior y basándonos en lo establecido en la fracción que se analiza, podemos poner por ejemplo, que en el delito de HOMICIDIO, para el cual el bien jurídico tutelado es la vida, cuando un sujeto priva de la vida a una persona importante de la política de nuestro país, resulta mayor la magnitud del daño causado, a que por el contrario hubiera privado de la vida a un

indigente, esto, sin referirnos a que la vida de una persona vale más que otra, ya que respecto a las vidas humanas, éstas, no se pueden valorar cuantitativamente, más sin embargo, se puede decir que la muerte de una persona muy conocida en la sociedad resulta de mayor trascendencia tanto jurídica, como social y muchas veces hasta económica, precisamente en la sociedad que se desenvuelve, que la muerte de una persona indigente, esto es, que para la sociedad o comunidad en general, no representa mayor trascendencia este hecho delictivo, en virtud de que tal persona aún y cuando tiene una vida humana que como ya se dijo, no se puede medir o valorar cuantitativamente, tal situación no repercute seriamente en la comunidad de la que forma parte. Siendo más explícita en este ejemplo, puedo citar la muerte del señor Luis Donald Colosio, candidato a la presidencia de la república en el año de 1994, la cual resultó de tanta relevancia en el país, que incluso trajo como consecuencias desequilibrio social, político y hasta económico; pero si por el contrario esta persona no hubiera sido el candidato a la presidencia del país, y sólo se hubiera tratado de un ciudadano de la clase media, tal privación a su vida no resultaría de mucha trascendencia.

Así mismo, considero que no es lo mismo vulnerar un bien jurídico como la vida humana, que tutela el Código Penal, respecto del delito de HOMICIDIO, que vulnerar o lesionar el patrimonio, que tutela el mismo ordenamiento citado, respecto del delito de ROBO; pues es indudable la posición de que la vida humana tiene mucho mayor valor, que el patrimonio cualquiera que sea su monto, pues como quiera que sea el patrimonio se puede recuperar, pero la vida de una persona ya no es sustituible.

Por otra parte, partiendo del peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico tutelado, se puede hablar del delito de PORTACION DE ARMA PROHIBIDA, el cual es un delito de mero peligro, que protege la seguridad pública, por lo que, el mismo no resulta de igual trascendencia o relevancia cuando un sujeto determinado portara un arma prohibida, cualquiera que sea, en un lugar bastante concurrido, como una sala de cine o un lugar donde se presente

un espectáculo masivo, a que este mismo sujeto se encuentre portando el arma de uso prohibido, en un lugar solitario y vacío como pudiera ser su propia habitación, esto en razón de que resulta más peligrosa la primera situación planteada, por el mayor número de personas que se encuentran en el lugar, que la segunda, en donde el sujeto se encuentra sólo portando el arma prohibida.

Así pues, se entiende que los órganos jurisdiccionales, esto es, jueces y tribunales, al valorar esta primera fracción del artículo 52 del Código Punitivo Penal, se deben abocar al sano juicio de la magnitud del daño causado al bien o al peligro a que hubiere sido expuesto el mismo, debiendo valorar las pruebas que obren en la causa de que se trate, y no solamente basarse en su criterio individual, sin razonar de manera jurídica su criterio.

En este sentido resulta común que la mayoría de los jueces, al tocar este aspecto en la individualización de la pena, refieren en sus resoluciones, que la magnitud del daño causado al bien de que se trate, se considera leve, de mediana intensidad o grave, según ellos mismos (jueces y tribunales) lo aprecien, y muchas veces, hasta, según el humor en que se encuentren, haciendo sólo referencia a la forma de desarrollarse el evento delictivo en que resuelven, y a veces ni eso, concretándose a graduar la magnitud del daño, diciendo si para ellos fue leve, medio, o grave; sin que en realidad valoren de manera objetiva y subjetiva las pruebas que obren en actuaciones, concatenándolas o relacionándolas en el apartado de la individualización de la pena; lo cual a mi criterio resulta violatorio de la primera fracción del artículo 52 del Código Penal, pues, como ha quedado asentado, se deben valorar las pruebas que se encuentren en actuaciones, de manera particular en la individualización de la pena, siguiendo las reglas establecidas en las leyes existentes, para así con sano juicio, poder decir cual es la magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado o el peligro a que ha sido expuesto este mismo,

2.3.2. LA NATURALEZA DE LA ACCION U OMISION Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA EJECUTARLA.

Esta fracción II del artículo 52 del Código Penal, considero, que al igual que la anterior, también tiene conexidad o relación con la gravedad del ilícito de que se trate, ya que depende precisamente de la naturaleza de la acción u omisión, siendo pertinente señalar que:

La acción, es la conducta o manifestación de la voluntad finalísticamente determinada, lo cual significa que la persona en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos propugnados, dicho de otro modo es la conducta desplegada por el sujeto activo y así se puede decir que es "un hacer".

La omisión, por su parte, es un concepto concebible que surge como consecuencia de la relación o la vida social, es decir, que ésta (omisión) se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria, dicho de otra forma, la omisión resulta de una conducta que el sujeto activo dejó de hacer.

Establecido lo anterior, la fracción II que nos ocupa, alude a la conducta activa u omisiva desplegada por el agente, así como de los medios empleados por éste para cometer el ilícito penal, resultando de importancia este análisis para individualizar o determinar la pena, para que los jueces se apoyen en esto para llegar a un mejor juicio de reproche.

En este sentido, podemos entender que al referirse a la naturaleza de la acción u omisión realizada, se ve reflejada en los conceptos del dolo y la culpa, y al respecto se debe apuntar que todos los tipos previstos en el código penal, aparecen, en general, previstos como tipos delictivos dolosos, salvo los expresamente referidos en el artículo 60 párrafo segundo del mencionado

ordenamiento, por lo que así las cosas, se debe ajustar a lo establecidos en los artículos 8 y 9 del Código Sustantivo de la Materia, de donde se advierte que el artículo 8° expresa "las acciones u omisiones delictivas, solo pueden realizarse dolosa o culposamente", mientras que el artículo 9° establece que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

En este orden de ideas, queda claro que la finalidad de la fracción que se analiza, es la de establecer la forma de actuar del sujeto activo, esto es, si su acción u omisión fue dolosa o culposa, lo cual trae como consecuencia una agravación o atenuación de la pena, pues no es lo mismo obrar con dolo, que obrar con culpa, ya que al obrar dolosamente, en todo momento se quiere la producción del resultado típico, con la conciencia de la ilicitud, por lo que se hace acreedor a una pena en proporción a esa naturaleza; mientras que, el que obra culposamente no prevé el resultado típico o previéndolo confía en que no se produzca, naciendo ahí la llamada culpa con representación o culpa sin representación, que a todas luces, no es lo mismo que hubiera actuado con dolo, por lo que se hace acreedor a la imposición de una pena más atenuada, como lo establece el artículo 60 del Código Penal.

En cuanto a los medios empleados para ejecutar la acción u omisión, queda claro, indudablemente que se refiere a la forma en que el sujeto activo hace uso de los medios físicos, morales o incluso hasta materiales para lograr su fin, y en relación a los medios físicos se puede decir que únicamente son movimientos corporales necesarios para la consumación del injusto, mientras que los medios morales constituyen el amago o la amenaza de la que hace uso el acusado para la comisión del ilícito y en cuanto a los medios materiales, podemos señalar que

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

éstos son los objetos o instrumentos que utilizó el inculpado para concretar la conducta delictiva.

2.3.3. LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASIÓN DEL HECHO REALIZADO.

Esta fracción que contempla el artículo 52 del Código Penal, considero que al igual que las anteriores que se han enunciado, tienen relación o conexidad con la gravedad del ilícito, pero también a la culpabilidad del agente, pues se refiere a las cuestiones temporales y fácticas que rodean al hecho punible, siendo de suma importancia que los jueces las razonen de manera consciente, habida cuenta que ello da la pauta en el caso concreto para apreciar las condiciones específicas de su realización por parte del agente.

Es importante señalar que las penas aparecen tanto en relación con los tipos básicos, como también en relación con los tipos especiales, y con los tipos complementados o circunstanciados, conformados ambos en forma privilegiada o calificada.

Como ejemplo de tipos básicos tenemos al HOMICIDIO SIMPLE INTENCIONAL; por otra parte como ejemplo de los tipos especiales tenemos el llamado HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO; y como ejemplo de los tipos penales complementados o circunstanciados tenemos al ROBO CALIFICADO previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Punitivo Penal vigente; por otra parte en cuanto a los tipos circunstanciados calificados se puede citar al ROBO COMETIDO CON VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL y en cuanto a los

tipos circunstanciados privilegiados o atenuados se puede nombrar al HOMICIDIO EN RIÑA.

En este sentido, se advierte que las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho realizado, en la individualización de la pena, se refieren a las modificativas agravantes o atenuantes que cada delito puede tener, teniendo en consideración también el modo de las mismas, así como los factores de tiempo y lugar.

En este sentido, por ejemplo el ROBO COMETIDO EN LUGAR CERRADO, contiene expresas las circunstancias de lugar, puesto que se debe efectuar en un lugar cerrado y así mismo de ocasión, puesto que para que este delito se origine con la agravante en cita, se debe aprovechar la ocasión en que no haya nadie en el lugar, de igual forma encierra las circunstancias de modo, puesto que para entrar a un lugar cerrado, se tiene necesariamente que forzar las cerraduras o romper vidrios del lugar al que se va a introducir el agente, y en cuanto a las de tiempo, pues generalmente se comete por la noche o madrugada, ya que es la hora en que el lugar se encuentra solo y cerrado.

En general, como se observa, los tipos especiales y circunstanciados, suponen la realización de la conducta regularmente prevista en el tipo básico, pero bajo ciertas condiciones exigidas por la ley, que implican, en general, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que a su vez, implican un más grave riesgo para el bien jurídico protegido, o bien la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos penalmente protegidos que, por lo mismo, generan el incremento en la penalidad correspondiente y que, a su vez, suponen tales circunstancias precisamente el contenido del ámbito situacional relevante para la ley penal.

Todo lo anterior encuentra sustento con la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Octava Epoca, visible en el Tomo VIII, del mes de noviembre de 1991, página 260, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. ARBITRIO JUDICIAL. Resulta infundada la afirmación del quejoso en el sentido de que, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon a los hechos, no demuestran la temibilidad considerada y que, por ello, la sanción aplicada le viole garantías individuales, pues la Sala Penal tomó conocimiento de las referidas circunstancias, antes de estimar en el sentenciado, el grado de peligrosidad para el cual determinó la pena y, debe entenderse que ésta se determina conforme al prudente arbitrio del juzgador, dentro de los límites establecidos para el ilícito de que se trate, después de considerar las circunstancias que la ley procedimental le marca.

Así pues resulta equívoco, que los jueces al individualizar la pena se refieran a las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho realizado, como al día y la hora en que se verificó el mismo, el lugar donde se llevó a cabo el evento; esto es, calle, número, colonia, delegación, etc., y modo respecto a los medios utilizados por el agente; y respecto a la ocasión en cuanto al momento que aprovechó el sujeto o sujetos activos para cometer el ilícito, como regularmente lo hacen la mayoría de los jueces al emitir sus resoluciones, puesto a mi parecer en nada incide en la pena, a razón de que, como quedó asentado en las líneas que anteceden, tales circunstancias se refieren más que nada a las agravantes o atenuantes que cada tipo penal posee ya sea básico, especial, circunstanciado o complementado, lo cual incide de manera directa al momento de emitir una resolución.

2.3.4. LA FORMA Y GRADO DE INTERVENCION DEL AGENTE EN LA COMISION DEL DELITO, ASI COMO SU CALIDAD Y LA DE LA VICTIMA U OFENDIDO.

Como medios de valoración que un juez debe considerar para fijar las penas y medidas de seguridad que estime imponer en justicia, se señala en esta fracción IV del artículo 52 del Código Penal, la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido, queriendo establecerse con esto que los jueces deberán apreciar si el sujeto activo intervino como autor, coautor o partícipe en las formas señaladas en el artículo 13 del ordenamiento antes referido, así como lo relacionado con su calidad para aquéllos delitos que exijan a un sujeto activo calificado o, bien, en los restantes, donde es importante analizar el carácter que guardaba el agente al cometer el hecho punible, para apreciar así su mayor o menor grado de culpabilidad; por las mismas razones se debe justipreciar la calidad que guardaba la víctima u ofendido en relación con el hecho punible y con el agente, igualmente para los fines apuntados, es decir, para graduar la mayor o menor culpabilidad del sujeto activo en el ilícito que se le atribuye.

Así pues, encuentro que esta fracción que se estudia, tiene relación con el grado de culpabilidad del agente, pues como se dijo con antelación el artículo 13 del Código Punitivo, previene en ocho fracciones las diversas formas en que se manifiesta la responsabilidad de las personas que intervienen en la comisión del delito, y que, en general la doctrina los refiere como autores o partícipes. Por lo tanto, la punibilidad, a su vez, aparece señalada en otros artículos, por ejemplo en el dispositivo 64 bis del Código citado se expresa "En los casos previstos en las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente del delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".

Así entonces, se deberá valorar la forma y grado de intervención del agente, puesto que no es aplicable la misma pena para el autor o coautor del delito, y para el auxiliador o también denominado "campana", pues en estos caso la pena resulta menor.

Para abordar más a fondo la calidad del sujeto activo y de la víctima u ofendido, es pertinente señalar que estos aspectos resultan trascendentales para graduar la culpabilidad del individuo, pues de acuerdo a ello se tendrá un parámetro más amplio de justicia, ejemplo de ello es la situación, en el caso de que, no tienen el mismo grado de culpabilidad un sujeto que comete un delito de ABUSO SEXUAL o VIOLACION en contra de su hija, que es menor de 12 años, que un sujeto que comete el mismo delito de ABUSO SEXUAL ó VIOLACION en contra de una persona mayor de dieciocho años, totalmente desconocida para él: pues a mi juicio tiene un mayor grado de culpabilidad el individuo que comete el delito en agravio de su menor hija, precisamente por el vínculo de parentesco existente y por la minoría de edad de la pasivo, que el sujeto que comete el mismo delito en contra de una persona mayor de edad, y con la que no le une ningún vínculo de amistad, parentesco, vecindad o laboral; ya que en el primer caso planteado, la calidad de garante que como padre tenía hacia su hija, debía protegerla de todas las formas y maneras posibles, pero contrario a ello la dañó gravemente tanto física como psicológicamente, pues una persona menor de edad no cuenta todavía con la capacidad para superar el trauma que le dejaría el haber sido violada por su padre; mientras que en el segundo caso, de igual forma se daña a la víctima u ofendida en el sentido expuesto, pero a razón de la mayoría de edad con que esta persona contaba, puede ser susceptible y capaz de superar más fácilmente el hecho criminal realizado en su persona y conducirse de manera normal más rápido, además de que quien efectuó el comportamiento delictivo no le unía ningún vínculo de ninguna clase o índole; razones por las que son de suma importancia entrar al estudio en la individualización de la pena, de la calidad del sujeto activo del delito y la víctima u ofendido, pues con ello se da margen a la correcta imposición de la pena.

Siendo pertinente aclarar en este momento, que si bien resulta verídico que el Código Penal vigente en esta entidad, consagra los eventos delictivos que se han puesto de ejemplo con antelación, como tipos penales agravados, con sus correspondientes modalidades, consagrando también en consecuencia las penalidades que se deben imponer a los mismos; también resulta cierto que al citarlos en este apartado es única y exclusivamente para ejemplificar el grado de culpabilidad que un juzgador debe imponerle al agente del delito al momento de individualizar la pena, para así estar en posibilidades de atribuirle una culpabilidad mínima, equidistante, media o máxima, esto es, valorando las calidades de la víctima u ofendido, así como la del sujeto activo de que se trate.

Encuentra sustento lo antes narrado, con lo sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Octava Epoca, en la tesis visible en el Tomo XIII, del mes de enero de 1994, página 274, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"PENA INDIVIDUALIZACION DE LA, CUANDO ENTRE EL AGENTE DEL DELITO Y LA VICTIMA EXISTE UN VINCULO SOCIAL O FAMILIAR QUE DEPOSITA EN EL PRIMERO CONFIANZA Y LO CONSTRIÑE A OBSERVAR RESPETO EN FAVOR DE LA ULTIMA. Reviste especial trascendencia el hecho de que el activo del delito sea padrino de la ofendida, ya que ese lazo social por establecerse entre el medio familiar, exige al agente del ilícito una conducta que responda a la confianza que el mismo le deposita; pero si a pesar de ello agredió sexualmente a la víctima, es correcto catalogarlo como un sujeto de peligrosidad media".

De igual forma encuentra también sustento lo anterior con lo sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Octava Epoca, en la tesis visible en el Tomo III, Segunda Parte-2, de Enero a Junio de 1989, página 531, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, CUANDO EL AGENTE DEL DELITO ERA MAESTRO DE LA VICTIMA.

Reviste especial trascendencia el hecho de que el agente del delito sea maestro de instrucción primaria y director de la escuela en que estudiaba la víctima, donde además se cometió la violación; pues por la preparación intelectual que se presume en un profesor y por la responsabilidad que tiene frente a los menores alumnos, es de exigírsele una conducta que responda a la confianza que por su grado académico se le ha conferido; en esas condiciones, si a pesar de ello agredió sexualmente a la ofendida, es correcto catalogarlo como un sujeto de peligrosidad media".

2.3.5. LA EDAD, EL NIVEL DE EDUCACION, LAS COSTUMBRES, LAS CONDICIONES SOCIALES, ECONÓMICAS Y CULTURALES DEL SUJETO, ASÍ COMO LOS MOTIVOS QUE LO IMPULSARON O DETERMINARON A DELINQUIR. CUANDO EL PROCESADO PERTENECIERE A ALGÚN GRUPO ÉTNICO O PUEBLO INDÍGENAS, SE TOMARAN EN CUENTA, ADEMÁS, SUS USOS Y COSTUMBRES.

Esta fracción del artículo 52 del Código Penal, implica la obligación del juzgador de tomar conocimiento directo del imputado, esto es su edad, educación, costumbres etc., para analizar principalmente su culpabilidad, o sea a manera de un juicio de reproche personal que se le hace en razón de que realizó una conducta prevista en un tipo penal, pese a que estaba en situación de haber actuado de modo distinto. Así, tales situaciones deben ser analizadas por el órgano jurisdiccional para punir, tomando como presupuesto la posibilidad del reo de adaptar su conducta a las normas jurídicas. Ello implica, en el aspecto procesal la valoración indispensable de prueba acreditante de los supuestos contenidos en esta fracción.

Con respecto a la edad el juzgador deberá valorarla y comprobarla, puesto que resulta un factor importante para la imposición de la pena, a razón de que un sujeto que no cuenta con la edad mínima de dieciocho años, no será susceptible de imponersele una pena, pues el mismo resultaría un menor infractor y en su caso se le impondría una medida de seguridad; así mismo no resulta igual una persona que tiene dieciocho años exactamente, a una persona que ya tiene más de treinta años, pues dentro de este margen, considero que aún y cuando una persona ya es mayor de edad, es decir, ya cuenta con los dieciocho años que establece la ley para la mayoría de edad, sin embargo, aún no tiene un criterio o forma de ser definido y por lo tanto tampoco tiene un juicio propio de sus actos, situación que podría beneficiarle para graduar su culpabilidad; empero por otra parte una persona que ya tiene treinta años o más, se considera que es un sujeto que cuenta con la plena capacidad de conocer y comprender el carácter ilícito de la conducta y conducirse de acuerdo a esa comprensión, además de que se presume que tiene una experiencia más amplia en el desarrollo de la vida en sociedad y por tanto también tal situación debe influir en el grado de culpabilidad.

Sirviendo de apoyo a lo anterior lo sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Octava Época, en tesis visible en el Tomo XIII, del mes de abril de 1994, página 407, del Semanario Judicial de la Federación, la cual establece:

"PENA. LA EDAD DEL DELINCUENTE INFLUYE EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA. Es inexacto que la edad del inculpado sólo sea útil para determinar si es imputable o no, pues como la capacidad de discernimiento de cualquier sujeto aumenta con el transcurso de los años y esto le permite advertir con más claridad las consecuencias de sus actos, es evidente que la edad del activo constituye un factor importante para apreciar su comportamiento, y así lo reconoce el artículo 52, párrafo segundo, del Código Penal Federal, al disponer que: "... en la aplicación de las

sanciones penales se tendrá en cuenta: ... 2o. La edad ... del sujeto...".

Respecto al nivel de educación, debe decirse que resulta también un factor importante para imponer el grado de culpabilidad del agente, dado que no es lo mismo una persona que ni siquiera sabe y leer y escribir o que tiene un grado de instrucción bajo y que ha cometido un delito, en comparación con una persona que tiene una educación de nivel medio superior o superior, pues igualmente resulta que ésta última tiene una capacidad mayor para comprender el carácter ilícito de la conducta desplegada, por lo que los jueces deberán valorar tales situaciones, para atenuar o agravar el mencionado grado de culpabilidad del sujeto.

Atinente a lo antes citado, se puede poner como ejemplo a una persona que tiene como instrucción la carrera de Licenciado en Contaduría, y se ha venido desenvolviendo laboralmente en diferentes casas de bolsa o bancos, lo cual utiliza para cometer un delito de FRAUDE; al respecto se considera justo que esta persona se le gradúe una culpabilidad mayor, a diferencia de una persona que cometa el mismo delito de FRAUDE pero la cual no cuenta con la educación (profesión), ni la experiencia que tenía el anterior, pues resulta evidente que la persona inicialmente, citada utilizó su educación y experiencia para cometer el delito mencionado.

En cuanto a las costumbres, se hace patente referir que no todas las personas tienen las mismas costumbres, pues ellas derivan de acuerdo al ámbito social en que se desarrollan, por lo cual también resultan importantes para la imposición de la pena, pues por ejemplo es bien sabido, que mucha gente en el interior de la República está acostumbrada a utilizar un arma, en el caso concreto un cuchillo o machete, pero en la Ciudad de México, el utilizar un machete o cuchillo no es costumbre y quien lo utiliza comete el delito de Portación de Arma Prohibida, por lo que es más grave que una persona que es originaria de esta Ciudad porte el arma en mención, toda vez que tiene pleno conocimiento de las

costumbres, que una persona que llega de fuera de la república y trae otros hábitos de esa naturaleza, aunque ambas se ubiquen en el supuesto del delito de Portación de Arma Prohibida.

En lo que corresponde las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, se debe dejar establecido que éstas se refieren al ámbito social donde se desenvuelve la persona, a la percepción económica y al nivel cultural que tiene, pues es mucho más frecuente que el sujeto que delinque vive en una zona de tipo criminógena, que cuenta con escasos recursos económicos y por lo tanto culturales; lo cual a mi juicio no es óbice para delinquir como lo hizo, pues si bien las condiciones sociales no son las idóneas para desenvolverse, y sus recursos son insuficientes, también lo es que tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y conducirse de acuerdo a esa comprensión, por lo que estos aspectos igualmente deberán ser valorados profundamente en el momento de graduar la culpabilidad del agente.

En cuanto a los motivos que impulsaron o determinaron a delinquir al sujeto, considero que estos tienen un aspecto subjetivo o psicológico que se deben estudiar de manera fundamental, puesto que de aquí partiremos para apreciar la personalidad de la persona, lo cual dará como resultado un aumento o disminución de la culpabilidad que se le gradúe, así entonces, en este punto resulta congruente manifestar que no es lo mismo una persona que fue determinada a delinquir por necesidad, como en el caso del delito de ROBO en donde una madre roba víveres o artículos de la canasta básica en una tienda de autoservicio para dar de comer a sus hijos en virtud de que no tiene dinero para pagarlos y se encuentra desempleada, al ROBO que comete una persona con el objeto de obtener un lucro ilícito y comprar con ello droga o cualquier otro tipo de vicios, resultando así, que los motivos que impulsaron o determinaron al sujeto a delinquir deben ser estudiados detenidamente por el juzgador al individualizar la pena.

Pues, a todas luces, en los casos planteados anteriormente, la madre que roba víveres para dar de comer a su familia tiene un menor grado de culpabilidad que la persona o delincuente que roba para seguir fomentando sus vicios.

En el sentido de que cuando el sujeto perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se deberán tomar en cuenta además sus usos y costumbres, resulta lógico tal razonamiento, pues vuelvo a repetir que no todas las personas tienen las mismas costumbres y en este caso usos, más aún que los grupos étnicos e indígenas, regularmente se rigen por sus costumbres y usos y no por leyes escritas, por lo que en este orden de ideas, por ejemplo, si una persona indígena llega a la Ciudad y se apodera de un pedazo de tierra para establecer su casa; de acuerdo a la legislación aplicable, comete el delito de DESPOJO, en agravio del propietario de esa porción de tierra, pero él (agente indígena) no lo sabe puesto que en su etnia tal situación no es una conducta delictiva, ya que de acuerdo a sus usos y costumbres, cualquier persona puede tomar la porción de tierra que necesite para establecer su domicilio junto con su familia y trabajar la tierra para sobrevivir, situación que atinadamente consagra la fracción V del artículo 52 del Código Penal al que se ha venido haciendo alusión a lo largo de este tema, pues, efectivamente, los juzgadores, al valorar correctamente los usos y costumbres del delincuente indígena, les daría la pauta para graduar la culpabilidad penal del sujeto indígena en el delito de que se tratara y así imponer una pena cada vez más justa y adecuada de acuerdo a todas y cada una de sus condiciones.

2.3.6. EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR DEL ACUSADO CON RELACION AL DELITO COMETIDO.

Esta fracción considero que tiene relación con el grado de culpabilidad que se le deba graduar al agente, porque, aunque muchos autores refieran que menciona circunstancias meramente accesorias del hecho punible, por el cual se juzga al individuo; para mi forma de apreciar y valorar la misma, considero que ésta resulta de una gran relevancia para la graduación de la culpabilidad de un sujeto y proceder a la imposición de la pena, por lo que de ella debe haber prueba suficiente en el expediente y así estar en posibilidad de fallar al respecto.

La mayoría de los juzgadores, al emitir sus resoluciones y tocar este aspecto que contiene la fracción VI del artículo 52 del Código Penal, relativa al comportamiento posterior del acusado, con relación al delito cometido, únicamente se concretan a señalar que el comportamiento de éste (agente) fue darse a la fuga, negar los hechos, confesar los mismos o ubicarse únicamente en circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho atribuido; lo cual a mi parecer no resulta de tal trascendencia para la graduación de la culpabilidad del agente, pues no influye en nada la situación de que dicho sujeto se haya dado a la fuga, o se haya entregado por sí mismo a la autoridad, o haya negado o confesado los hechos, en virtud de que, se debe partir de que el hecho delictivo descrito por la norma penal se ha actualizado y por lo tanto se ha violado un bien jurídicamente tutelado por la ley penal o bien, se ha puesto en peligro el mismo, con la consecuencia de un resultado material o un resultado formal, según sea el caso, y, por lo tanto los aspectos que la mayoría de los órganos jurisdiccionales tocan o mencionan en sus fallos, no tienen relevancia con el evento criminal por el que se está juzgando, puesto que la conducta criminal ya está realizada y no hay efecto retroactivo.

Al respecto, considero que este punto se debe atender a la peligrosidad manifestada por la persona que comete el ilícito, ya que este aspecto sí resulta de trascendencia para graduar la culpabilidad de una persona, debiendo entender a la peligrosidad del agente, como estado peligroso en que éste se halle, después de haber cometido el ilícito que se le imputa, sin perder de vista que el contenido ético social del derecho, se sustenta en la suma de la voluntad ético individual de las personas miembros de una comunidad o sociedad, que en, la unidad general de su voluntad, integren la voluntad social institucionalizada del estado de derecho democrático, liberal y republicano y a su vez con relación a los principios del merecimiento y de la necesidad de la pena.

Así entonces, si los órganos encargados de impartir la justicia al abordar el tema del comportamiento posterior del individuo con relación al hecho cometido, valoraran adecuadamente la peligrosidad del mismo; al imponer una pena se procuraría la corrección del delincuente y la adaptación o readaptación o reincorporación social útil de la persona; la cual traería como consecuencia objetivos claros y positivos tanto para el individuo que se juzga, como para la sociedad en general.

Pues a groso modo, puedo deducir que un sujeto que comete el delito de HOMICIDIO EN RAZON DEL PARENTESCO, resulta más peligroso que un sujeto que comete el mismo delito de HOMICIDIO pero en riña, pues en el primero psicológicamente el sujeto pudo planear y llevar a cabo todos y cada uno de los actos que produjeron el resultado de índole material, pues precisamente ese era su fin, mientras que en el segundo caso que se ejemplifica, el sujeto activo y la víctima se liaron en una contienda de obra, de la cual resultó una privación de la vida, pero ambos tuvieron la oportunidad de pelear por la misma, por lo que psicológicamente el sujeto del segundo ejemplo también corrió el riesgo de haber sido él, el que perdiera la vida y por lo tanto resulta menos peligroso.

En este sentido, a su vez, considero que, para determinar la peligrosidad de una persona, los jueces y tribunales se pueden apoyar con el Estudio Criminológico que se realiza al sujeto activo en los centros de reclusión, el cual aunque actualmente cuenta con muchas deficiencias, por el escaso número de personas que lo realizan y por la población masiva que se haya interna en un centro preventivo o penitenciario, sin embargo se supone que tal estudio, es realizado por un experto en la materia, esto es, un perito en Criminología y Psicología, quiénes son las personas facultadas y con el conocimiento pleno para determinar de manera efectiva la peligrosidad mínima, media o alta que posee un sujeto aún después de haber cometido el evento criminal, y en consecuencia resultaría una prueba idónea en la que el juzgador se pueda apoyar para graduar la culpabilidad del sujeto infractor, pues con dicho estudio que se haga de la persona, se demostraría la peligrosidad de la misma y hasta en un momento dado, éstos mismos peritos podrían sugerir el tratamiento que deberá seguir el enjuiciado para su adaptación, readaptación o reincorporación al medio social en el que se desenvuelvan, lo cual, consecuentemente, de manera plena debe influir en la determinación de la culpabilidad de la persona y de la imposición de la pena.

Por lo que en este orden de ideas, el Estudio Criminológico que se hiciera del sujeto, realizado de manera consciente y tomando como base todos y cada uno de los aspectos del individuo, así como las pruebas que existieran en el expediente de la causa, resultaría tan relevante, que conllevaría a impartir una mejor justicia con la consecuente legalidad de la pena o medida de seguridad que se le impusiera.

Así entonces, la fracción VI del artículo 52 del Código Penal en estudio, más que circunstancias accesorias al hecho punible como lo refieren en la doctrina, consagra aspectos de suma importancia que deben valorar los jueces y tribunales para la imposición de la pena y concretamente para graduar la

culpabilidad del sujeto, dejando atrás la idea nefasta de referir únicamente en sus determinaciones emitidas, que el sujeto después de cometer el hecho delictivo se dio a la fuga, confesó los hechos o negó los mismos, pues como se ha dejado claro, tales circunstancias no resultan relevantes ni idóneas para resolver la situación jurídica final de un sujeto que ha cometido un delito.

Encontrando apoyo lo antes expuesto con la tesis emitida por el Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, Octava época, visible en el Tomo III, segunda parte, de enero a junio de 1989, página 530, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular, ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumera el artículo respectivo del Código Penal, con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley, sino que es menester razonar su pormenorización con las particularidades del reo y la manera como influyen en el ánimo del juzgador".

De igual forma sirve de apoyo a lo antes expuesto, lo sostenido por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Octava época, en la tesis visible en el Tomo II, segunda parte-2, de Julio a diciembre de 1988, página 380, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA (SUJETO DE ESCASOS RECURSOS Y POCA INSTRUCCION). No existe base para suponer que por tener escasa instrucción o ser un sujeto de temperamento pasivo y con pocos ingresos, se deba estimar a un individuo como de baja peligrosidad, si su comportamiento anterior a la comisión del delito que motivó la sentencia condenatoria, demuestra la petición de una conducta quebrantadora del orden social, como es el hecho de tener procesos pendientes en su contra".

2.3.7. LAS DEMAS CONDICIONES ESPECIALES Y PERSONALES EN QUE SE ENCONTRABA EL AGENTE EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO, SIEMPRE Y CUANDO SEAN RELEVANTES PARA DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE HABER AJUSTADO SU CONDUCTA A LAS EXIGENCIAS DE LA NORMA.

Esta última fracción que se analiza, considero que también tiene relación con el grado de culpabilidad que se le deba graduar al agente, porque, aunque de la misma forma la doctrina reitera, que sólo menciona circunstancias meramente accesorias del hecho punible, por el cual se juzga al individuo; para mi forma de apreciar y valorar la misma, resulta de una gran relevancia para, como ya se dijo, graduar la culpabilidad de un sujeto y proceder a la imposición de la pena, por lo que de ella también debe haber prueba suficiente en el expediente y así estar en posibilidad de emitir un fallo justo.

La mayoría de los juzgadores, al emitir sus resoluciones, ni siquiera se toman la molestia de tocar o mencionar por lo menos este aspecto que contiene la fracción VII del artículo 52 del Código Penal, y los pocos que las mencionan, se concretan únicamente a referir si en el momento de la comisión de los hechos, el agente se encontraba en estado de ebriedad, o si se encontraba sobrio, o con aliento etílico, o bajo el influjo de sustancias tóxicas o enervantes, las cuales si bien es cierto resultan de importancia, también lo es que no son tan trascendentales para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma violada, pues con tales supuestos, nos encontramos ante la figura de las acciones libres en su causa, las cuales constituyen una acción primaria que tuvieron un origen libre y por tanto son causa moral y material del resultado ilícito.

Así entonces, resulta necesario realizar un estudio más a fondo de las citadas condiciones personales y especiales en que se encontraba el agente al

momento de la comisión de los hechos, lo cual resulta de gran relevancia, en virtud de que las multireferidas condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de cometer el ilícito implican una modificativa de su culpabilidad ya sea agravada o atenuada, dado que en las referidas condiciones especiales y personales se puede hablar de la motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, la posibilidad de motivación por normas, la cual, considero que es la facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas como la inteligencia y la afectividad, permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esa facultad, cualquiera que sea el origen social, psicológico, político o económico que tenga, deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución.

Así mismo Mir Puig reclama que se tenga en consideración para la imposición de la pena las circunstancias en que se materializa la desigualdad social, en la medida en que supongan una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal, ya que no se puede afirmar idéntica culpabilidad en quienes delinquen en condiciones económico sociales del todo diversas.

En este sentido se puede argumentar que es posible tomar en consideración las deficiencias educativas, los problemas de desarraigo (familiar y social) y las situaciones de pobreza y marginación en las que puede encontrarse el autor de un delito, porque la carencia de medios, las deficiencias sanitarias y educacionales, la frustración familiar, el abandono juvenil, los problemas laborales, y, en definitiva la falta de integración social (inadaptación) y la ausencia de alternativas vitales, circunstancias que suelen ocurrir con muchísima frecuencia, contribuyen, en gran medida, tanto o más que los factores puramente biológicos, a la deformación de los procesos de motivación y a la disminución de la responsabilidad por los propios actos.

Tomando como base lo anterior se deben tomar las condiciones especiales y personales del sujeto como circunstancias en sentido estricto del delito, que intervienen en la determinación de la responsabilidad del sujeto, las cuales resultan relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma, es decir, se puede estimar que tales circunstancias constituyen elementos anteriores o posteriores al delito, o en su caso, simultáneos al mismo, pero sin formar parte de él, aunque, no obstante, se reflejan e influyen en la infracción, contribuyendo a graduar la responsabilidad que nace con ella y que debe extinguirse por medio de la pena.

Así con esto se deja a un lado el riesgo de una indebida moralización de la culpabilidad y por el contrario se realiza una autentica individualización en la medición de la pena, pues se tienen en cuenta para la valoración de ésta las condiciones personales y especiales del sujeto, aunque no como elementos nucleares de la infracción pero si relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta conforme a derecho, siendo así éstas elementos periféricos que se considera pertinente que se deben atender.

Sirve de sustento a lo antes expuesto lo establecido por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, Octava Epoca, en la tesis visible en el tomo VIII, del mes de octubre de 1991, página 229, del Semanario Judicial de la Federación, que impone:

"PELIGROSIDAD, FORMA DE ESTIMAR EL QUANTUM DE

LA Para una correcta individualización de la pena, no es suficiente que el juzgador realice sólo una cita de diversos datos generales del sentenciado, de los cuales, algunos de ellos en nada reflejan el grado de peligrosidad del mismo, como son: la edad, el estado civil, salario obtenido, religión; sin que enumere otros datos que no necesariamente son aptos para tal fin, sino que depende de circunstancias

especiales que se deben especificar, como son las costumbres del inculpado, la actitud para conocer y apreciar los resultados de la conducta realizada, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, su mayor o menor capacidad para readaptarse a la sociedad; y aun cuando se invoquen datos que sí sean aptos e idóneos desde el punto de vista lógico jurídico, para estimar el quantum de peligrosidad de un acusado, como lo son los modos de ejecución del delito y la extensión del daño causado, también lo es que no basta con invocarlos, sino que es preciso exponer de manera razonada, de qué forma influyeron en el ánimo del juzgador para concluir que la peligrosidad es mínima, media o máxima".

De esta forma las condiciones o circunstancias especiales y personales del sujeto activo al momento de la comisión del evento criminal, serían aptas para alcanzar una eficacia atenuante o agravante del delito que se le imputa y mismo que debe afrontar, pero sin que sea lícito sobrepasarlo por datos extradelictivos, por amplia que sea su vinculación al crimen cometido.

Así en este sentido, se puede averiguar si el sujeto activo, estuvo o no en posibilidades de actuar conforme a derecho, esto es, haber orientado su conducta de acuerdo a las exigencias de la norma o si fue constreñido a actuar de la forma en que lo hizo.

CAPITULO III

3.- LA CONFESION Y SU RELACION CON LA MEDICION DE LA PENA.

3.1.- COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO.

**3.2.- COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO EN FAVOR DEL BIEN
JURIDICO LESIONADO O PUESTO EN PELIGRO.**

**3.3.- COMPORTAMIENTO POST Y PRAETERDELICTIVO
(ARREPENTIMIENTO).**

**3.4.- LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESIÓN EN LA
INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.**

3.- LA CONFESION Y SU RELACION CON LA MEDICION DE LA PENA.

3.1.- COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO.

El comportamiento postdelictivo positivo, forma parte de un grupo de circunstancias o referencias periféricas que ayudan a evaluar el merecimiento de la pena, pues los elementos de valoración de ésta, suelen referirse a la conducta anterior del reo, a las condiciones personales de éste y a manifestaciones de comportamiento postdelictivo.

Por lo tanto, existe un grupo de circunstancias, constituido por el comportamiento del agente, posterior al delito cometido, el cual se denomina Comportamiento Postdelictivo Positivo, al cual, suele concedérsele, incluso legalmente, una importancia significativa en la determinación de la pena, como prueba de la proliferación de supuestos de esta índole.

Algunos opinan que las conductas que no sirven para valorar el contenido del injusto o de la culpabilidad (como es el caso del comportamiento del autor posterior al hecho, ya que al momento de la consumación del delito se fija definitivamente el contenido de ambas categorías), no pueden intervenir en la determinación de la pena en sentido estricto, pues, de acuerdo con los postulados de esta opinión, la medición de la pena ha de efectuarse con arreglo exclusivamente al grado de la culpabilidad.

"Así mismo, hay quienes mencionan que estas circunstancias, se refieren a elementos de valoración del injusto, o bien a la culpabilidad o ya de forma

indiciaria".⁴⁷

En relación con el comportamiento postdelictivo, se sostiene, en este sentido, que estas modalidades de conducta implican una modificación autónoma del injusto o de la culpabilidad, conclusión a la que a veces se llega a través de un concepto amplio de hecho, ya que hay que diferenciar los conceptos de hecho y de consumación en el tipo legal y en la determinación de la pena; en este último caso, el hecho no acaba con la realización de las características típicas, pues comprende elementos adicionales a la conducta típica, circunstancias que pueden ser precedentes, simultáneas y posteriores a ella y que forman parte de la conducta global. No obstante de quienes proclaman la correspondencia del comportamiento postdelictivo con el injusto o con la culpabilidad, se entiende, mayoritariamente, que dicho comportamiento, dado que es posterior al delito, sólo puede servir de indicio para verificar la culpabilidad existente en el momento de la comisión del delito.

No obstante los razonamientos anteriores, existen opiniones diversas, en el sentido de que el comportamiento postdelictivo, la vida anterior del culpable y sus circunstancias personales y económicas, sí ocupan un lugar relevante en la determinación de la pena en sentido amplio, particularmente en la elección de la clase de pena y en la concesión de la suspensión condicional de ésta.

Una vez que se han hecho alusión a las diferentes opiniones respecto del comportamiento postdelictivo positivo del agente, interesa en este momento discernir si tiene sentido que se incorporen a la medición de la pena todas las conductas posteriores al delito, o si, por el contrario, algunas de ellas deben excluirse de la medición de la mencionada pena por no compadecerse con el sentido de ésta.

⁴⁷ Obregón García, Antonio. *La Atenuación de la Pena*. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Dykinson 1998. Pág. 216.

Así entonces, en el comportamiento postdelictivo positivo del que se habla, pueden distinguirse, al menos, tres clases de elementos, los cuales a saber son:

En primer lugar, aquellos que suponen una rectificación de la conducta criminal emprendida, esto es, acabada formalmente con la consumación del delito, del tal forma que se produce o, cuando menos, se intenta producir la reparación del daño causado, o en términos más amplios, la recuperación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

En segundo lugar, conductas que no guardan relación con el hecho típico, que cabría calificar no sólo de post sino también de praeterdelictivas, en tanto que el beneficio que reportan no tiene por objeto el bien o bienes jurídicos ya afectados por el delito cometido, sino otros intereses distintos de aquéllos.

Finalmente se habla como clase del comportamiento postdelictivo positivo, del comportamiento consistente en el reconocimiento público de la comisión de la conducta punible que hace un sujeto, el cual generalmente queda comprendido en la figura conocida como confesión.

"A propósito de lo anterior, cabe señalar, que en el Derecho Penal Español, la importancia adquirida del comportamiento postdelictivo positivo, se demuestra no sólo en la regulación de las atenuantes de confesión y de reparación del daño o disminución de sus efectos, sino también en algunos supuestos de atenuación o exención de penas, previstos en la parte especial del Código Penal de España".⁴⁸

⁴⁸ Obregón García, Antonio. La Atenuación de la Pena. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. 1998. Pág. 218.

Como por ejemplo el reconocimiento y retractación de la falsedad de las imputaciones constitutivas de calumnia o injuria, en donde se concede la aplicación de una pena en menor grado; la regularización de la situación tributaria, que implica la exención de responsabilidad criminal conforme al artículo 305.4 del Código Penal Español; la reparación del daño causado en los delitos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, el cual permite la imposición de una pena inferior en grado; la denuncia del delito de cohecho por el particular, que ocasionalmente haya accedido a la solicitud de dádiva o presente por parte de funcionario, la cual genera la exención de responsabilidad criminal, con arreglo al dispositivo 427 del citado ordenamiento español; la retractación en el delito de falso testimonio, que igualmente da lugar a la exención de responsabilidad o a su atenuación; el caso de los terroristas arrepentidos, que se extiende a los delitos de tráfico de drogas; el delito de rebelión, en el que el sujeto implicado que revela el delito a tiempo de evitar sus consecuencias queda exento de pena, mientras que al sujeto que depone las armas antes de hacer uso de ellas, se hace acreedor a la atenuación de la pena que le corresponda.

De lo anterior, se advierte que el Derecho Penal Español, sólo le da importancia a los comportamientos postdelictivos positivos de la persona, para efectos de la atenuación, o en su caso, exención (eximente) de la pena, que le correspondería por el delito cometido, o que se intentó cometer.

"Así mismo, resulta relevante señalar que la importancia del comportamiento postdelictivo positivo, también se observa en otros países de nuestro entorno, como en el Derecho Penal Alemán, ya que en ese sentido, debe recordarse que el Código Penal de Alemania, en su nuevo artículo 46 a, que fue introducido por ley del 28 de octubre de 1994, atiende a la reparación o a la indemnización como factores de atenuación de la pena".⁴⁹

⁴⁹ Obregón García, Antonio. Ob. Cit. Pág. 218.

En resumen, considero que la apreciación del Comportamiento Postdelictivo positivo del agente, como circunstancia del delito, como elemento valorativo afín a él, pero sin integrarse a éste, halla su justificación en el sentido de la medición de la pena, presidido por el principio de proporcionalidad que reclama la idea de justicia, por lo que para admitir la valoración de elementos extradelictivos en la medición de la pena basta con reconocer que el presupuesto de la pena no se agota en el delito, aunque constituya la base principal de la responsabilidad penal. Más sin embargo, de acuerdo a mi opinión particular, las ideas de responsabilidad y de merecimiento de pena, en suma, son las que, así mismo, confieren unidad a todos los elementos de valoración de la pena y las que permiten descartar también otros posibles elementos de medición, por no corresponder a los fundamentos sobre los que se sostiene una determinación de la pena, inspirada en el sentido de ésta.

En atención a esto se considera prudente mencionar que en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en el capítulo séptimo y a través de los artículos 35 y 36 se establece:

"...Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la

delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad...".

"...Artículo 36.- En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de

prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador....”

De lo anterior se advierte que en nuestra legislación federal se encuentra contemplado el comportamiento posterior del delincuente siempre y cuando aporte algo beneficioso para el bien jurídico protegido, siendo en este caso la aportación de pruebas fidedignas que lleven como resultado la captura de más delincuentes por tal delito, las cuales deberán ser ciertas y certeras, pero a su vez tales situaciones deberán ser valoradas por el Juez que conozca de la causa tomando en cuenta lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Punitivo de la Materia (Código Penal).

Una vez apuntado lo anterior, se procederá al estudio particular de las tres clases de comportamientos postdelictivos positivos a las que se hizo alusión en las líneas que preceden.

3.2. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO EN FAVOR DEL BIEN JURIDICO LESIONADO O PUESTO EN PELIGRO.

Este concepto constituye una de las clases del comportamiento postdelictivo positivo, el cual se refiere a aquéllos que suponen una rectificación de la conducta criminal emprendida, esto es, acabada formalmente con la consumación del delito, del tal forma que se produce o, cuando menos, se intenta

producir la reparación del daño causado, o en términos más amplios, la recuperación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Ya ha quedado constancia que existen opiniones divididas, a la hora de hallar el fundamento de la estimación con virtualidad atenuatoria, del comportamiento postdelictivo positivo en la medición de la pena, pues, dependiendo de los puntos de vista que se consulten, se hace residir su razón de ser en la disminución del injusto, de la culpabilidad, de la punibilidad o en el servicio prestado a los fines preventivos.

"No es poco frecuente la conexión del comportamiento postdelictivo a las figuras del desistimiento o del arrepentimiento activo, ya que la conducta positiva posterior al delito, puede adoptar la forma de cese en la actividad antijurídica o de reparación de los efectos del delito sobre el bien o bienes jurídicos afectados por el mismo".⁵⁰

No obstante, de inmediato hay que puntualizar que la relación es aproximativa, dado que el comportamiento postdelictivo positivo, al encontrar por medio la consumación del delito, no puede asimilarse completamente a dichas instituciones (desistimiento y arrepentimiento). Sucede, además, que esta cercanía al desistimiento y arrepentimiento, aunque útil, no resuelve plenamente los problemas que se plantean al identificar el fundamento de la relevancia jurídico penal del comportamiento postdelictivo, pues tampoco el fundamento del desistimiento es asunto que estime la unanimidad doctrinal.

No obstante, la semejanza a las figuras del arrepentimiento y desistimiento, se introduce un nuevo argumento para justificar la trascendencia de determinadas modalidades del comportamiento postdelictivo positivo en la medición de la pena.

⁵⁰ Obregón García, Antonio, Ob. Cit. Pág. 218.

Las conductas posteriores al delito que implican contrarrestar la actividad criminal consumada, en tanto, representan un medio de reducir el daño o peligro causado a los bienes jurídicos afectados por el delito o de impedir la efectiva causación de la lesión (y cuya protección, es el principio que justifica la intervención penal), se erigen en datos estimables para reducir la responsabilidad que el sujeto contrae con la comisión del ilícito.

Si bien la consumación, hay que reiterarlo, fija definitivamente la vida del delito y el máximo de responsabilidad que el sujeto puede afrontar, no zanja por completo el ciclo de la responsabilidad del sujeto. Podría decirse que, frente a los casos en los que el Legislador adelanta las barreras punitivas para anticipar la protección del bien jurídico, con la consideración de éstas circunstancias postdelictivas se dilata el tiempo hábil para configurar la responsabilidad del sujeto, en la medida en que éste sigue desarrollando actividad en relación con el bien jurídico que se trata de proteger; y cuando esa actividad es positiva, no tiene porqué haber inconveniente para que sea considerada en la medición de la pena para su atenuación.

Como puede observarse, desde este punto de vista la eficacia en la medición de la pena del comportamiento postdelictivo positivo del agente, se explica perfecta y primariamente bajo el principio de la proporcionalidad que se refiere a la justicia o la equidad.

Y bajo estos parámetros, se puede concluir fehacientemente que esta teoría de atender el comportamiento postdelictivo positivo del sujeto activo, a través del beneficio para el bien jurídico protegido o atacado (puesto en peligro), por más que se preste atención a los fines preventivos, no puede tratarse de la misma forma a quien después de causar un daño o peligro, con resultado material o

formal, lo repare o disminuya, o impida que se produzca efectivamente, que a quien deja intacto el daño ocasionado, pues no sería útil, ni tampoco justo.

Ello explica también que no en todos los casos de reparación íntegra del bien jurídico, posterior a la consumación del delito, se exima de responsabilidad criminal, ya que tampoco es igual, es decir no merece el mismo juicio, causar un daño a un bien jurídico y después repararlo que, simplemente, no haberlo ocasionado.

Sin embargo, no comparto la opinión de los argumentos señalados, dado que el hecho de reparar el daño ocasionado o disminuirlo, en el caso de los delitos consumados, con resultado de índole material, no debe incidir ni tener relevancia en la medición ya sea atenuante, agravante o eximente de la pena, pues la conducta está efectuada, por lo que el daño material ya fue provocado y por lo tanto ya se verificó un resultado que conlleva una mutación en el mundo fáctico, aún y cuando posteriormente se repare el mismo, pues, hablando de justicia y equidad, no sería justo que a un sujeto que ya menoscabó, por ejemplo el patrimonio de una persona, se le atenúe la pena o se le exima de ésta, por el simple hecho de haber reparado el daño ocasionado o haberlo disminuido, pues como ya dije con antelación, se le debe sancionar por el hecho cometido y no por el comportamiento posterior beneficioso o a favor del bien jurídico tutelado por las leyes penales.

En este orden de ideas, tampoco considero justo, el hecho de que al sujeto activo, que dejó de verificar un resultado, poniendo en peligro únicamente el bien protegido, esto es, atacando el mismo, se le deje de sancionar o se le atenúe la pena que le corresponda, pues si bien es cierto, que sólo puso en peligro el citado

bien, también lo es cierto, que llevó a cabo los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, actualizándose el atacamiento al citado bien tutelado, sea cual sea la naturaleza de éste y la razón por la que no se produjo el resultado, lo cual debe ser sancionado conforme a la ley, pues la conducta fue realizada, aunque no consumada.

Siguiendo con este parámetro y como se ha dejado ver en las líneas que anteceden, mi opinión aunque se muestre demasiado rígida, no se puede atenuar a un delincuente una pena, por el simple hecho de que tuvo un comportamiento beneficioso para con el bien jurídico protegido, pues hablando del patrimonio es posible la reparación del daño, puesto que estamos hablando de bienes materiales, pero cabría citar por ejemplo el delito de VIOLACIÓN en el que el sujeto activo no podría tener un comportamiento postdelictivo beneficioso para el bien protegido, lo cual quiere decir que existen delitos en los que no hay lugar para poder aceptar siquiera esa hipótesis.

Debo decir, aunque suene demasiado reiterativo, que a mi juicio, bajo ningún supuesto se debe permitir la atenuación de la pena a imponer por el hecho de realizar una conducta posterior al delito beneficiosa para el bien jurídico protegido, pues como lo he soslayado, ésta conducta es posterior al resultado causado, por lo que nada tiene que ver, ni tomarse en cuenta para la imposición de la pena.

3.3. COMPORTAMIENTO POST Y PRAETER DELICTIVO (ARREPENTIMIENTO).

Este concepto se refiere a las conductas que no tienen por objeto principal reparar o disminuir el daño causado por el delito ya cometido, sino la colaboración

con las autoridades en la persecución de los delitos o de los responsables relacionados con la actividad criminal ejecutada por el reo y que éste abandona.

"El paradigma de este fenómeno es la inicial y casi coincidencia doctrinal en afirmar que el fundamento de los beneficios concedidos a los arrepentidos, reside en consideraciones político-criminales, pragmáticas, utilitarias o de conveniencia pública".⁵¹

Mismas que se concretan con los propósitos de evitar la comisión futura de hechos delictivos, lograr, mediante el auxilio a la administración de justicia, el castigo a los responsables de las infracciones ya cometidas, y, finalmente, favorecer el regreso a la convivencia civil de aquéllos que, habiendo pertenecido a bandas armadas se desvinculan voluntariamente de las mismas.

Todo ello ha permitido concluir que este tipo de medidas atenuatorias constituye el más claro exponente de lo que se ha venido a denominar Derecho Penal Premiar o de Doble vía. Sin embargo, no existe acuerdo respecto si dicho fundamento político-criminal se encuentra realmente conectado con los fines de la pena, pues, hay quiénes refieren que las medidas antes comentadas se orientan primordialmente a la prevención especial, porque lejos de apoyarse en rigurosos criterios retribucionistas, pretenden ofrecer solución al problema del regreso de la acción política no violenta de las personas que desean abandonar la vida ilícita que desarrollaban; conforme a esta posición, la finalidad que se persigue es haciendo un sitio al disidente y facilitar su abandono de la actividad criminal.

Otro sector opina que este fenómeno está vinculado al fin de la prevención general, ya que el Estado hace uso de técnicas de estimación, para motivar comportamientos socialmente útiles, incentivadoras, al servicio, en definitiva, de la prevención general, y no de la prevención especial.

"Así mismo se advierte que el pragmatismo y la convivencia pública, invocadas como fundamento de este fenómeno en estudio, pueden reconducirse a

⁵¹ Obregón García, Antonio, Ob. Cit. Pág. 223.

un interés preventivo general, consistente en favorecer conductas de comportamiento postdelictivo positivo, para evitar, en unos casos, el triunfo del delito, daños mayores o nuevos delitos y, en otros casos, en definitiva, para conseguir mediante el premio, lo que no se consiguió mediante la amenaza.⁵²

También es pertinente destacar, que existe un gran número de opiniones, que se pronuncian sobre la relación de fundamento político-criminal y utilitario de estas normas con los fines de la pena (prevención especial y general), resaltando que la idea predominante de esta regulación es la consecución de la eficacia, pero en realidad el fin perseguido es la prevención de futuros delitos, mediante la desarticulación de asociaciones criminales, que amenazan con subvertir violentamente el orden constitucional.

Evidentemente, las medidas de atenuación o remisión de la pena para los arrepentidos se oponen radicalmente a la retribución o consideraciones de justicia o proporcionalidad, puesto que el comportamiento que el sujeto debe realizar para que sea relevante a estos efectos no revela una disminución de culpabilidad (al tratarse de conductas posteriores a la consumación del delito), ni siquiera como indicio, ni una aminoración en el daño producido al bien jurídico lesionado en el delito ya cometido. Por tanto, en términos de estricta justicia, la atenuación de responsabilidad criminal, o en su caso, remisión de la misma, no pueden fundamentarse, máxime cuando la eficacia en la medición de la pena se extiende a delitos con los que el comportamiento postdelictivo no guarda relación.

En definitiva, las medidas de atenuación y remisión de la pena a los arrepentidos pretende evitar la comisión futura de delitos y salvaguardar al Estado y a los particulares de los ataques de los que pudieran ser objeto, pero no por medio de la persecución y el castigo de estas conductas, sino con la resignación y

⁵² Obregón García, Antonio. Ob. Cit. Pág. 224.

la abstención, sin que dicha finalidad preventiva pueda vincularse a cualquiera de los fines que normalmente se asignan a la pena.

En mi muy particular punto de vista, considero que el comportamiento post y praeter delictivo, o llamado arrepentimiento, se encuentra muy próximo a las instituciones del indulto, perdón judicial y remisión condicional, que no están presentes en la medición de la pena, sino que intervienen en el proceso de aplicación de la sanción con posterioridad a su cuantificación, por lo que las conductas postdelictivas, cuyo mérito principal reside en la colaboración del sujeto con las autoridades, son elementos que no deben participar en la determinación de la pena en sentido estricto, o al menos en la medición de las penas que traen causa de delitos con los que el comportamiento postdelictivo del sujeto guarda escasa relación, pues, al no implicar una modificación de la responsabilidad ni del merecimiento de pena, lo contrario desvirtuaría el sentido de la medición de ésta y engendraría cierta perturbación en el proceso de determinación de la sanción.

Cabe destacar que el Código Penal Español, en sus artículos 579 y 376, les conceden beneficios a los terroristas arrepentidos así como a los delincuentes de tráfico de drogas, en donde los jueces razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas organizadas o grupos terroristas a los que haya pertenecido, o con los que haya colaborado.

En este sentido, no me encuentro de acuerdo con tal disposición, puesto que no resulta justo que el hecho de arrepentirse y acudir a las autoridades correspondientes a confesar los hechos cometidos, disminuya la medición de la pena, pues el resultado ya está causado, y por ejemplo, en el delito de terrorismo, aunque el sujeto se arrepienta de lo que hizo, tal situación no implica quitar la gravedad de su conducta, pues en estos casos el daño es masivo y de gran trascendencia social, económica, política, moral y psicológica, por lo que el atenuarle la pena resulta incongruente con el resultado que se causó o incluso, que se quiso causar; más por el contrario, debe de sancionarsele con todo el rigor de la ley y además obligarlo a coadyuvar con la administración de justicia aportando todos los datos y pruebas que tenga a su alcance o sean de su conocimiento, que permitan la identificación y captura de otro u otros responsables.

Lo mismo debe de suceder con los delitos de tráfico de drogas, en cualquiera de sus modalidades, pues igualmente, el daño producido es de tanta relevancia que muchas veces es irreversible y lesiona igualmente a toda una sociedad, provocando la desintegración familiar, delincuencia juvenil, pandillerismo, propiciando además la comisión de otros delitos, como robos, homicidios, lesiones, y muchos otros más; por lo que al momento de realizar la individualización de la pena y, ésta se le tenga que atenuar por esa circunstancia post y praeter delictiva (arrepentimiento), a un sujeto que se arrepintió y se presentó a las autoridades a denunciar los hechos que cometió, de acuerdo a los principios de justicia y equidad que rigen en materia penal, no sería justo, ni tampoco tiene razón de ser, en virtud de que de acuerdo a la culpabilidad por el hecho o por el acto, se debe sancionar a un sujeto precisamente por el hecho o acto cometido y no por su conducta posterior.

Considero pertinente soslayar que al respecto, este comportamiento no aporta ningún beneficio para el bien jurídico protegido que se lesionó o que se

atacó (se puso en peligro), puesto que el hecho de que el delincuente se haya arrepentido de sus actos en nada beneficia el resultado producido.

Vuelvo a poner como ejemplo el delito de VIOLACIÓN, en el que la situación de que el delincuente acusado de dicho ilícito se haya arrepentido, en nada beneficia a su víctima pues el resultado dañoso ya se verificó y por lo tanto ha producido un cambio en el mundo fáctico apreciable por los sentidos, el cual trajo como consecuencias situaciones tan graves que un momento dado pueden dar origen al daño psicológico de las personas y en este orden de ideas el arrepentimiento del sujeto activo, no cabe como elemento valorador de la atenuación de la pena, pues se debe imponer la misma tomando en cuenta el resultado provocado y el daño ocasionado a la víctima, imponiéndosele a criterio del juzgador la pena que considere pertinente, pero nunca tomando en cuenta el arrepentimiento del acusado de que se trate.

3.3. LA IRRELEVANCIA DE LA CONFESION EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

La mayoría de los jueces y tribunales, al momento de individualizar la pena que le corresponde a un sujeto culpable de un delito determinado, al abordar la fracción VI del artículo 52 del Código Penal, relativa al comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, aluden al sentido de que el sujeto después de cometido el ilícito determinado se dio a la fuga, negó los hechos o confesó los mismos, lo cual en este sentido no tiene ninguna relevancia para individualizar la pena.

En efecto, hay que poner en tela de juicio la relevancia en la determinación de la pena, otros comportamientos postdelictivos, que no aportan ningún beneficio al bien jurídico lesionado o que se intentó vulnerar, por el delito cometido, y en este sentido debe cuestionarse, si la confesión del sujeto activo debe incidir en la individualización de la sanción.

"Tradicionalmente la confesión con efectos atenuantes de la pena, se ha presentado con indudables ribetes morales o religiosos "el sujeto, contrito por el delito cometido, se arrepiente ante las autoridades, confesándose ante ellas en búsqueda de la reconciliación".⁵³

Pero desde hace tiempo, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia venía reclamando que el fundamento del sentido atenuatorio de la pena por confesión, se desprendiera de connotaciones religiosas y estribara en el voluntario reingreso del sujeto en el orden jurídico, lo que reflejaría una menor necesidad de pena, principalmente por razones preventivo-especiales. Sin embargo, la supresión de requisitos para contemplar la confesión como atenuante no favorece la búsqueda del sentido de su eficacia en la medición de la pena. Al margen de la extrema dificultad que encierra despojar de su aspecto moral o religioso a una institución denominada confesión, por la cual el sujeto muestra su voluntad de reconciliación (aunque sea con el ordenamiento jurídico), la inexigibilidad de motivos (éticos) para dar validez a la confesión y la desvinculación respecto del comportamiento postdelictivo consistente en la reparación, disminución o evitación del daño que ocasiona el delito vacía de fundamento a la incidencia de la confesión en la individualización, medición o determinación de la pena.

Cuando no hay beneficio alguno para el bien jurídico afectado por el delito, como ocurre con la confesión; cuando se relaja la demanda de transformación interior del sujeto (lo que trataba de garantizar la necesidad de arrepentimiento,

⁵³Obregón García, Antonio. La Atenuación de la Pena. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Pág. 219.

condición que favorecía la interpretación en clave culpabilística o también preventivo-especial de la confesión), para pasar a requerirse únicamente una laxa voluntariedad en la que poco importan los motivos que impulsaron al sujeto a confesar; y cuando el principio acusatorio y el derecho a no declarar contra uno mismo se elevan a rango constitucional, no se acierta a comprender la eficacia de la confesión en la medición de la pena.

Por un lado se estimula, tal vez indebidamente, a renunciar a un derecho fundamental consagrado constitucional y legalmente en el sentido de que nadie está obligado a declarar en su contra, aunque se diga que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a no confesar si no quiere; por otro lado, ya no puede asegurarse una menor necesidad de prevención especial, porque en modo alguno se comprueba que el sujeto actúe con la voluntad de aceptar el ordenamiento jurídico, ya que se ignoran los motivos de su confesión; y, finalmente, tampoco puede afirmarse con rotundidad que la confesión exprese un comportamiento que es justo reconocer en la medición de la pena, excepto porque una más rápida persecución del delito pudiera mitigar los efectos negativos del mismo. Por tanto, salvo que se confirmase realmente ésta última hipótesis, la mera confesión no debe sobrevalorarse en la medición de la pena ni alcanzar relevancia singular.

En este sentido, no puede ocultarse que la confesión en un momento dado pudiera favorecer la acción de la justicia y que este hecho puede interpretarse como un servicio a la prevención general. Pero, de ser así, no parece que sea en la medición de la pena el lugar y momento idóneos para reconocer ese servicio, sino, como en otras ocasiones fases posteriores en la aplicación de la pena, ya que, como se ha indicado, su estimación en la medición de la pena no se justifica en el principio de proporcionalidad a la responsabilidad del sujeto.

Para fijar un criterio correcto a este respecto cabe exponer que aún y cuando la confesión lisa y llana no aparece señalada en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, como circunstancia que debe considerar el sentenciador al individualizar la pena, hay autores que señalan que la aplicación de principios jurídicos que rigen en el proceso penal, permite afirmar la obligación del juez de tomar en cuenta esa confesión, diciendo que la actuación de las partes en el proceso está normada por dos principios fundamentales que son el deber de conducirse con buena fe y el de auxiliar al tribunal, pues ciertamente se ha expresado que es una exigencia moral que las partes se desenvuelvan con sujeción al principio de lealtad y faciliten el conocimiento de los hechos, a efecto de que la sentencia que recaiga sea la expresión de la justicia. Por consiguiente la conducta procesal de las partes no puede ser indiferente al juez, sino por el contrario, éste debe de tomarla en cuenta al dictar la sentencia, y tratándose del inculcado con mayor razón, porque ello le permite juzgar mejor su personalidad.

Sin embargo tal criterio no debe tenerse en consideración, puesto que como se ha dicho en las líneas que anteceden tal afirmación no resulta coherente para la aplicación de la pena, pues en primer lugar tal concepción no es un requisito estipulado en el artículo 52 del Código Penal y por lo tanto no debe utilizarse para la correcta individualización de la pena y en segundo lugar es importante considerar si la confesión la ha producido el acusado en un acto de alarde ó de cínico menosprecio a la justicia, en virtud de que muchas veces el acusado de un delito confiesa de manera cínica los hechos, más no porque denote arrepentimiento o simple y sencillamente por el deseo de coadyuvar con la justicia, sino con el único afán de narrar nuevamente la forma en que cometió su injusto criminal, lo cual sin lugar a dudas, en lugar de traerle como consecuencia la atenuación de la pena, tal situación revela una mayor peligrosidad social.

Por otra parte la confesión pudiera decirse que denota una obligación de una persona a declarar en su contra, violando así el principio consagrado en nuestra Constitución, aún y cuando se prometa a una persona que si confiesa se le impondrá una pena menor a la que merece, en efecto, podemos decir que en el Código Penal del Estado de México, así como en el de Durango, Tamaulipas y en otros más que rigen en la República Mexicana, se contempla la hipótesis de atenuar la pena a la persona que confiese los hechos, pero tal confesión debe realizarse de manera lisa y llana, de manera espontánea y hasta antes de que se dicte auto de formal prisión, lo cual resulta inconstitucional, puesto que con esa hipótesis se está obligando a una persona a declararse culpable de un delito, con el único beneficio de que se le imponga una pena menor, lo cual además de inconstitucional resulta inatendible, puesto que, como se ha venido soslayando, el hecho de que una persona confiese los hechos, no es razón para imponérsele una pena menor, pues en un momento dado únicamente está reconociendo su actuar delictivo.

Así las cosas, podemos puntualizar que la confesión por si misma no es un dato indicador determinante para apreciar un grado menor de peligrosidad en el inculpado pues, si bien es verdad que tal prueba puede mejorar su imagen procesal también lo es que por si misma no constituye ninguna atenuante que tenga influencia sobre el grado de temibilidad social que pueda representar, pues para determinarlo debe estarse al examen de las circunstancias personales del acusado como a la exteriores de la ejecución del o de los hechos delictivos que se le atribuyen, no siendo, por tanto de relevancia la confesión en la individualización de la pena.

Finalmente y tomando como base lo antes expresado, debemos decir que el Derecho Penal Mexicano se rige bajo los lineamientos de la culpabilidad por el acto y no por el autor, lo cual se traduce en la culpabilidad de una persona por el

delito cometido y no por su persona ó su conducción de vida, por lo que en este sentido la confesión como comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido relativa a la fracción VI del artículo 52 del Código Penal, como lo razonan la mayoría de los juzgadores, en el caso concreto, que el acusado haya confesado los hechos, no tiene razón de ser y por lo tanto carece de fundamento y motivos para poderse aplicar, puesto que el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido se basa primordialmente en aquellos comportamiento que el acusado realiza, pero que a su vez aportan un beneficio al bien jurídico tutelado que se menoscabó o que se intentó menoscabar, situación que por supuesto la confesión no aporta, siendo irrelevante para la medición o individualización de la pena.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La confesión debe entenderse como la declaración de una persona, en virtud de la cual reconoce la verdad de un hecho desfavorable para ella, admitiendo por tanto su participación como autor, partícipe o cómplice de un hecho delictuoso, lo cual trae como consecuencia la aceptación de su culpabilidad en el evento delictivo que se le atribuye.

SEGUNDA.- En nuestro Derecho Penal Mexicano, para que tenga pleno valor probatorio, la confesión debe ir corroborada con otros elementos de prueba que la hagan creíble y verosímil.

TERCERA.- En la Ley Penal Mexicana rige el principio de la CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA, lo cual impide poner penas, a menos que sea en base al reproche por la culpabilidad.

CUARTA.- El Derecho Penal Mexicano actualmente vigente, es predominantemente un Derecho Penal de Hecho, así entonces, toma como fundamento de la pena únicamente LA CULPABILIDAD POR EL ACTO O POR EL HECHO, traducido únicamente en la conducta realizada por el agente, sin tomar en cuenta las condiciones personales de éste o llamada también la culpabilidad del autor, por lo que la Responsabilidad por el Hecho en resumen quiere decir "tener que responder por la conducta realizada".

QUINTA.- Los parámetros a seguir para la aplicación de las sanciones penales se encuentran establecidos en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal y Código Penal Federal.

SEXTA.- La confesión no se encuentra estipulada dentro de los artículos 51 y 52 de los referidos ordenamientos como requisito o parámetro para la individualización o medición de la pena a imponer.

SÉPTIMA.- Por tanto la confesión no puede tomarse en consideración para la individualización de la pena.

OCTAVA.- La Confesión no constituye un comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido (artículo 52, fracción VI del Código Penal), por tanto no es aplicable para la medición de la pena.

NOVENA.- La confesión resulta irrelevante para la individualización de la punibilidad, en el caso concreto para la atenuación ó disminución de la misma.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ALONSO FERNANDEZ, José Antonio. Las Atenuantes de la Confesión, de la Infracción y Reparación o Disminución del daño. Barcelona, España. Bosch S.A. 1999. 1 a 107 pág.
- 2.- ARISTIZABAL CEVALLOS, Alvaro. Derecho Penal y Criminología. 3ª ed. Universidad Externado de Colombia. 1989. 78 pág.
- 3.- BACIGALUPO, Enrique. Culpabilidad, Dolo y Participación. Buenos Aires, Argentina. Álvarez S.A. 80 pág.
- 4.- BAUTISTA TORRELLO, Juan. Psicoanálisis y Confesión, 2ª reimpresión. Madrid, España. 1983. 189 pág.
- 5.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 20ª ed. México. Porrúa. 1997. 767 pág.
- 6.- C. IBAN, Iván. Derecho Canónico y Ciencia Jurídica. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. 1994. 485 pág.
- 7.- C. IBAN, Iván y Prieto Sanchis, Luis. Lecciones de Derecho Eclesiástico. Madrid, España. Tecnos S.A. 1992. 243 pág.
- 8.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México. Robredo. Dos volúmenes.
- 9.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª ed. México. Porrúa. 1999. 886 pág.
- 10.- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. La Conformidad del Acusado. Valencia. Tirant lo blanch. 1997. 582 pág.

- 11.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. La Iglesia ante el Derecho Mexicano. 2ª reimpresión. México, Miguel Angel Porrúa. 1991. 301 pág.
- 12.- GARRIDO MONTT, Mario. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1995. 195 pág.
- 13.- GASPAR, Gaspar. La Confesión. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad. 1988. 157 pág.
- 14.- GORPHE, Francois. Apreciación Judicial de las Pruebas. 2ª ed. Bogotá, Colombia. Temis. 1989. 411 pág.
- 15.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Tomo VII. México. Harla. 1998. 367 pág.
- 16.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Lozada. 1984. 289 pág.
- 17.- KIELMANOVICH, Jorge I. La Prueba Confesional. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot S.A. E. el. 1998. 413 pág.
- 18.- KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la Culpabilidad y Conducta Peligrosa. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1998. 139 pág.
- 19.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa S. A. México. 2000. 714 pág.
- 20.- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Promociones Publicaciones Universitarias. 1984.
- 21.- OBREGON GARCIA, Antonio. La Atenuación de la Pena. Madrid, España. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. 1998. 441 pág.
- 22.- OROÑOZ SANTANA, Carlos M.. Las Pruebas en Materia Penal. 2ª ed. México. Editorial Pac S. A de C. V. 1996. 231 pág.

- 23.- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal. 3ª ed. México. Trillas. 1986. 345 pág.
- 24.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 11ª ed. México. Porrúa S.A.. 1994.
- 25.- ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Traductor Muñoz Conde. Madrid, España. Instituto Editorial Reus S.A. 1981. 1 a 200 pág.
- 26.- ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. 1997. 1071 pág.
- 27.- S. TURNER, Bryan. La Religión y la Teoría Social. Una Perspectiva Materialista. México. Fondo de Cultura Económica. 1988. 339 pág.
- 28.- SANDOVAL D., Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. 1ª ed. México. Angel Editor. 2000. 280 pág.
- 29.- SOLIS QUIROGA, Héctor. Sociología Criminal. 29 ed. México. Porrúa S.A. 1997. 325 pág.
- 30.- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 9ª ed. México. Porrúa. 1999. 486 pág.

LEGISLACIONES

- 1.- Código Penal Comentado, González de la Vega, Francisco. Editorial Porrúa S.A. México. 2000.

- 2.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista. México. 2001.

- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista. México. 2001.

- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. 132ª, Editorial Porrúa S.A. México. 20001.

- 5.- Guía de Derecho Procesal Penal, Pérez Palma, Rafael. 4ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1999.

- 6.- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista. México. 2001.

- 7.- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Editorial Sista. México. 2001.