



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“PROPUESTA DE REFORMA AL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL
ARTÍCULO 70 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CARLOS TRUJILLO RODRÍGUEZ

ASESOR: LIC. IGNACIO CASTELLANOS GONZALEZ



MÉXICO

AÑO 2004



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.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, en general y a la ENEP Aragón en particular.

Al Licenciado Ignacio Castellanos González, mi asesor de tesis, por su enseñanza y amistad.

A mis PADRES, con amor y el mayor de mis reconocimientos, ya que esta meta es de ambos; por su innegable ayuda, apoyo, y dedicación.

*A mi tío Modesto, por su apoyo
desinteresado e incondicional, con infinita
gratitud, admiración y respeto.*

*A José Guadalupe Carrera, cuyo apoyo y
ejemplo ha sido de gran importancia en este
camino.*

*A mis Hermanos, por su compañía y ejemplos
en mi vida, con cariño.*

*A mis Amigos, con quienes he pasado
momentos especiales, que han dejado marca
en recuerdos inolvidables.*

INDICE

PRESENTACIÓN.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- GENERALIDADES.	1
1.1.- Derecho Penal	1
1.1.2 Concepto.	1
1.1.3 Objeto o Fin.	3
1.2- Sistema Penal y Control Social.	4
1.3.- Ius Puniendi del Estado.	7
1.3.1.- La Potestad Punitiva Estatal.	7
1.3.2.- Órganos de Procuración e Impartición de la Ley Penal.	9
1.3.2.1.- <i>El Ministerio Público.</i>	9
1.3.2.2.- <i>El Juez.</i>	14
1.4.- La Persecución de los Delitos.	16
a).- Oficio.	17
b).- Denuncia.	18
c).- Querrela.	19
1.5.- La Pena o Sanciones Penales.	22
1.5.1.- Fundamentos de la Sanción Penal.	23
1.5.1.1.- <i>Fundamento Ético- Social de la Pena.</i>	23
1.5.1.2.- <i>Fundamento Utilitario (de Oportunidad o Practico).</i>	25
1.5.1.3.- <i>Fundamento Político.</i>	25
1.5.1.4.- <i>Fundamento Socio-Criminológico.</i>	25
1.5.2.- Naturaleza o Esencia de la Pena.	26
1.5.2.1.- <i>Teorías Absolutas (T. de la Retribución de la Pena).</i>	27
1.5.2.2.- <i>Teorías Relativas.</i>	31

a).- Teoría de la Prevención Especial.	31
b).- Teoría de la Prevención General.	33
1.5.2.3.- <i>Teorías Mixtas (de la Unión o de la Unidad)</i>	34
a).- Teoría Mixta Retributiva-Preventiva.	34
b).- Teoría Dialéctica de la Unión (Claus Roxin).	35
1.5.3.- Penas Temporalmente Delimitadas y Penas por Tiempo Indeterminado.	37
1.5.4.- Tipos de Penas y Medidas de Seguridad en La Legislación Mexicana.	38
CAPITULO II.- LA PENA DE PRISIÓN	41
2.1.- Consideraciones Generales.	41
2.2.- La pena de Prisión en Nuestra Legislación Vigente.	48
2.3.- Computo de la Pena.	52
2.4.- Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.	53
2.5 Criticas a la Pena de Prisión.	55
2.5.1.- La Pena de Prisión Tiene Efectos Disocializadores Hacia los Sujetos que se les Aplica.	57
2.5.2.- La Pena de Prisión Perjudica al delincuente Ocasional.	60
2.5.3.- Por el Alto Costo	61
2.5.4.- Principios Penales de Limitación de la Violencia por Carencia de Elementalismos.	63
a).- <i>Principio de Lesividad.</i>	63
b).- <i>Principio de Respeto Mínimo a la Humanidad.</i>	64
c).- <i>Principio de Idoneidad Relativa.</i>	65
d).- <i>Principio de Trascendencia Mínima de la Intervención Punitiva.</i>	65
CAPITULO III.- EL DELITO	67
3.1.- Concepto de Delito.-	67
3-1-1.- Concepto Legal de Delito.	67
3.1.2.- Concepto de la Escuela Clásica.	69
3.1.3.- Concepto de la Escuela Positivista.	70
3.1.4.- Concepto Criminológico de Delito.	70
3.2.- Elementos del Delito.	71

3.2.1- Actividad y La Falta de acción.....	71
3.2.2.- Tipicidad y La Ausencia de Tipo.....	75
3.2.3.- Antijuridicidad y Causa de justificación.....	80
3.2.4.- Imputabilidad e Inimputabilidad.....	82
3.2.5.- Culpabilidad e Inculpabilidad (excusas putativas).....	86
3.2.6.- Condiciones objetivas y Ausencia de condiciones objetivas de Punibilidad..	93
3.2.7.- Punibilidad y las Excusas absolutorias.....	94
CAPITULO I V- LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.....	97
4.1.- Concepto.....	97
4.2.- Autoridad Facultada Para Otorgar los Beneficios.....	99
4.3.- Criterio para Aplicar las Sanciones Penales.....	100
4.4.- Aplicación de Sanciones en Caso de Reincidencia.....	104
4.5.- Parámetros de Penalidad para Obtener un Sustitutivo.....	105
4.6.- Clases de Sustitutivos.....	107
4.6.1.- Tratamiento en Libertad y Semilibertad.....	107
4.6.2.- Trabajo a Favor de la Comunidad.....	110
4.6.3.- Multa.....	111
4.7.- Impedimentos para Otorgar los Sustitutivos.....	113
4.7.1- Pena de Prisión Impuesta Mayor de 4 Años.....	114
4.7.2.- Sujetos a Quienes Anteriormente Hubieran Sido Condenados en Sentencia Ejecutoriada por Delito Doloso.....	114
4.7.3.- Impedimento del Artículo 85 fracción I del Código Penal.....	117
4.8.- La Reincidencia.....	119
4.8.1.- Concepto.....	119
4.8.2.- Condiciones para la Existencia de la Reincidencia.....	122
4.8.3.- Fundamentos Dogmático-Jurídicos de la Reincidencia.....	124
4.8.4.- Los Registros de Antecede Penales y la Reincidencia.....	125
4.8.5.- Consecuencias de la Reincidencia.....	127
4.8.6.- Objeciones acerca de la Aplicación de la Reincidencia.....	129
4.9.- Delinquentes a Quien Van Dirigidos los Sustitutivos Penales.....	132
4.9.1.- Tipo de Delinquentes.....	132

4.10.-La Revocación de los Sustitutivos.....	139
4.11.- La Prescripción.	140
4.11.1.- Fundamento Jurídico de la Prescripción.....	141
4.11.2- Tipos de Prescripción.....	143
4.12.-- La Jurisprudencia.....	145
4.13.-Otras legislaciones.....	157
a).- Alemania.....	157
b).- España.....	160
c).- Argentina.....	162
d).- Otras Legislaciones en Latinoamérica.....	163
4.14.- Propuesta de Estructura y Redacción de la Reforma al Artículo 70 del Código Penal Federal, último Párrafo.....	164
CONCLUSIONES.....	166
BIBLIOGRAFIA.	

PRESENTACIÓN

El presente trabajo, tiene por objeto el culminar con un esfuerzo hacia la superación, que me permita ser más útil como persona, y otro de sus objetivos, es ser base y referencia para la evaluación profesional que me permita adquirir el título profesional de Licenciado en Derecho.

El tema elegido “PROPUESTA DE REFORMA AL ÚLTIMO PÁRRAFO ARTICULO 70 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL” corresponde a una rama del derecho, como lo es el Derecho Penal, misma rama que tiene gran trascendencia en la vida en sociedad, y por consiguiente ésta expuesta a los desafíos que presenta nuestra ciencia tendientes a garantizar una mejor armonía social. Eligiendo el presente tema en razón de proponer una mayor seguridad jurídica para los integrantes de la comunidad.

Asimismo, me someto, junto con el presente trabajo a la evaluación del H. Jurado que habrá de decidir sobre la pertinencia de mi graduación e ingreso al motivante y apasionante campo profesional de la carrera de Derecho; en el entendido de que mi compromiso para con la Universidad Nacional Autónoma de México, seguirá siendo indudablemente el de: compromiso y superación; y asimismo con la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón: mi compromiso es el de ser un digno egresado

INTRODUCCIÓN

El tema de la delincuencia en la actualidad se ha convertido en una constante dentro de la vida cotidiana, sin que hasta ahora se haya logrado armonizar en un cuerpo normativo una verdadera conjunción entre la praxis y el marco teórico, por una parte, y, por otra, entre las diferentes tendencias, doctrinas y opiniones que al respecto han sido vertidas tanto por la opinión pública, así como por los estudiosos y litigantes de la materia.

Asimismo, a la circunstancia descrita, se une la complejidad de las relaciones en que se desenvuelve el hombre dentro de la sociedad moderna, y que cada vez con mayor frecuencia son las conductas que el legislador describe como delictivas y que invariablemente tienen efectos en la misma estructura social, pero siempre son realizadas dichas normas en base a expectativas sociales, ya que en base a éstas se intenta orientar la conducta social conforme a un determinado canon que tiende a orientar del modo más estable posible la convivencia social.

Sin embargo, existen integrantes de la sociedad que no llevan su conducta conforme a los lineamientos jurídicamente establecidos cometiendo algún tipo de conductas denominadas "delitos", y por ende debe aplicarse a los mismos una sanción (pena), conforme a la gravedad del hecho, estableciendo el Estado, como principal medio de castigo la pena de prisión.

No obstante el alto grado intimidatorio que tiene dicha pena privativa de libertad hacia el común de la sociedad, en los casos en particular podría ser más perjudicial que benéfica, y ante los factores adversos de la pena de prisión, es necesario crear las condiciones que propicien que haya un menor número de internos en las prisiones, de tal manera que menor número de personas se le condene a sufrir la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras que afecten en menor medida la socialización del delincuente haciéndole reflexionar

II

sobre la importancia de que realice sus conductas conforme a los cánones establecidos por las normas jurídicas.

Y si bien, determinado sujeto delinquirió, y por consiguiente se le impuso su correspondiente pena, y al dar cumplimiento a la misma, se reintegra a una vida productiva en sociedad, pero al cabo de algún tiempo vuelve a cometer otra conducta delictiva, no considerada como grave y al haber transcurrido un tiempo considerable desde que compurgó su pena anterior hasta la fecha que cometió el nuevo ilícito, por lo que ante tal situación, no es necesario que se le imponga la pena privativa de libertad, sino, ésta debe sustituirse por otra sanción de las que contempla el artículo 70 del Código Penal Federal (*I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o III. Por multa, si la prisión no excede de dos años*), por lo que se reprocha lo establecido por el último párrafo del artículo 70 de la misma Ley antes citada, en cuanto a que *“La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código.”*. Ya que como de lo anterior se desprende que, no se incluye temporalidad para los efectos de la sentencia anterior (antecedentes penales), es necesario incluir una prescripción de estos efectos negativos de los antecedentes penales, para que los mismos no sean una carga durante toda la vida.

El objetivo de Reformar el artículo 70 del Código Penal Federal en su último párrafo, es con la plena intención de que se tenga una mayor seguridad jurídica, y que el hombre que, habiendo delinquido en un tiempo remotamente pasado, suficiente para que haya operado el término de la prescripción tenga derecho a la sustitución de la pena de prisión, ya sea por multa, tratamiento en libertad, semilibertad o trabajo a favor de la comunidad, y de esta manera se pongan en ejercicio con mayor fidelidad los objetivos del Derecho Penal, al tener leyes justas que ayuden a castigar con penas más humanas, proporcionando así la integración a la sociedad del delincuente sin que éste tenga ningún rencor en contra del Estado, la comunidad, y además la penas no trasciendan en la vida del mismo.

CAPITULO I

GENERALIDADES.

1.1.- Derecho Penal.

1.1.2 Concepto.

Para poder determinar qué es el Derecho Penal, primeramente debemos remitirnos, a meditar qué pensamos acerca de lo que es el Derecho en sí mismo, entendiéndolo como el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la conducta externa del hombre que se desarrolla en sociedad, esto en una definición amplia de Derecho. Al respecto el maestro Fernando Castellanos Tena manifiesta que el Derecho *"tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiéstase como un conjunto de normas que rigen la conducta externa del hombre en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado"*¹.

¹ CASTELLANOS Tena, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 37ª Edición Ed. Porrúa, Méx. 1997, Pág. 21.

Entonces al concretarnos a la Materia Penal como rama del Derecho, debe entenderse como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

De lo anterior se desprende que, el Derecho Penal es una materia de orden público, que va tener como tarea la integración sistemática de conductas consideradas antisociales y que penalmente son relevantes, y como consecuencia directa se impone coercitivamente una sanción o medida de seguridad adecuadas, siendo éstas el punto de referencia común de todos los preceptos jurídico-penales, que si bien, las disciplinas civiles o administrativas de igual forma en su normatividad pueden contener sanciones, también lo es que éstas repercuten únicamente a nivel particular o institucional según corresponda. Sin embargo, el Derecho Penal al describir las conductas consideradas como delictivas trae como consecuencia penas o medidas de seguridad que incluyen a la generalidad. Por ello Edmundo Mezger, señala que *"el Derecho Penal es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica"*².

De esta manera se puede conceptuar que el Derecho Penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define al delito, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

Así pues, debido a que el Derecho Penal *"nace de consecuencias necesarias del trato social, en un peculiar punto medio entre la Ciencia y la Estructura Social, se encuentra entre la teoría y la práctica"*³. Por una parte se basa como ciencia en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empírica y jurídica; por otra parte quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva de la lucha en contra del delito, pero a su vez dar un tratamiento especial al delincuente. La proyección del Derecho Penal,

2 Idem.

3 "...la dogmática penal no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia importante orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad..." ROXIN Claus; *Política Criminal y Estructura del delito*, Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée PPU, Barcelona Esp. 1992. p. 45.

abarca las normas jurídicas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo del Estado en forma de pena (**poder punitivo**), el universo dentro del cual se debía constituir un sistema de comprensión que explica las hipótesis y condiciones que permiten formular el requerimiento punitivo (**teoría del delito**), y la respuesta ante este requerimiento lo proporciona el órgano judicial competente.

1.1.3 Objeto o fin.

El derecho es una ciencia teleológica, que persigue fines con objetivos claros, por ello el maestro Francesco Carnelutti, dice que *"el derecho tiene la razón de ayudar al individuo a ser lo que no es pero debería de ser"*⁴. Con tan sencilla frase el Maestro señala la importancia que tiene el derecho, como guía de la convivencia del hombre en la sociedad, para que ésta se desarrolle con la mejor armonía posible.

No obstante, hablar de los fines en particular del Derecho Penal, es una tarea filosófica ardua, debido a que el debate ha sido prolongado; sin embargo, el carácter finalista no se puede negar, ya que éste se ocupa de conductas, que el Estado recoge y enfoca sobre los intereses que constituyen la cultura, dirigidos al fin de la vida generalmente gregaria y en ocasiones se supedita al interés particular que podrían acarrear mayores consecuencias problemáticas en la sociedad.

De ahí que no se debe tener la falsa idea de que el Derecho Penal tenga como objeto principal el de castigar a los sujetos que realicen conductas establecidas como delictivas, sino que su objeto es precisamente prevenir que dichas conductas al ejecutarse lesionan bienes jurídicos o ponen en peligro a los mismos, y de esta manera al tener previamente descritos los eventos ilícitos y sus posibles consecuencias, el gobernado debe abstenerse de que su conducta encuadre en lo ordenado por la norma. En tal virtud, el

4 CARNELUTTI, Francesco; ***Derecho Procesal Penal***, (Serie Clásicos del Derecho Penal Vol. II) Ed. Oxford, México 2001, p. 7.

Derecho Penal como rama del Derecho Público que es, tiene como objetivos la protección de bienes que son de interés prioritario para que se respeten y se viva en sociedad. En consecuencia, el fin del Derecho Penal en general, es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos, *“pero sólo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, es decir aquellos intereses que requieren una defensa mas enérgica”*⁵.

1.2- Control Social y Sistema Penal.

El Estado es un ser complejo aunque único, que presenta diversos aspectos dentro de la unidad, entre los aspectos que contiene, por citar algún ejemplo, tiene una realidad exterior fenoménica; tiene una realidad teleológica; una existencia histórica, dentro de él existe una actividad normativa, encaminada a crear, definir y sancionar, que inclusive cada uno de estos aspectos se relacionan, y por si fuera poco la interacción entre los seres humanos va creando diferentes ideologías, pretensiones de cada uno de sus integrantes y hasta intereses encontrados entre las clases sociales, aspectos que deben ser cuidados por los órganos estatales para que la convivencia pueda ser mas placentera.

Para ello, el Estado cuenta con *“un poder intrínseco, que se traduce en una fuerza psicológica suscitada por la representación de las normas jurídicas”*⁶. Ciertamente que toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y los que son dominados, sectores con intereses encontrados, sin embargo, conforme a las normas se debe controlar socialmente la conducta de los hombres o los intereses de grupo y más aún el trato entre éstos. Así pues el margen del control social es amplio e inevitable la presencia de conflictos entre grupos antagónicos, sin embargo, estas diferencias siempre tienden a resolverse en forma que si bien son dinámicas, logran una estabilización que va

⁵ CARRANCA y Trujillo; *Derecho Penal Mexicano* Parte General, ed. 14ª, Ed. Porrúa, México 1982, pp. 26 y 27.

⁶ PORRUA Pérez, Francisco; *Teoría del Estado*, ed. 20ª, Ed. Porrúa, México 1991, p. 160.

configurado a la estructura de poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte difusa.

El Control social es la **limitadora** del ámbito de conducta del individuo que se desarrolla en sociedad, y se dice que es **institucionalizado** por que el mismo Estado en forma directa, estableció órganos encargados de la aplicación de ese control de la sociedad (P. Ej. La Policía, el Ministerio Público, los Jueces, los Centros de Readaptación, etc.) y toda su actividad se realiza bajo un marco legal permisivo (o prohibitivo).

También el Control Social es **difuso**, ya que se manifiesta de diversas maneras, cuando el Estado llega a tener un control sobre sus gobernados, y el cual no está precisamente dentro de un organismo e inclusive muchas de las veces ni se entera que están aplicando una limitación a su actividad. Este fenómeno de ocultamiento del control social es por que aún y cuando el estado tiene ingerencia, el sujeto a quien se aplica no se siente hostigado por la constante presencia del poder, así, por ejemplo, los medios masivos de comunicación social, inducen pautas de conducta sin que la población, en general, perciba a eso como "control social", sino como formas de recreación, así también se ejerce a través de la familia (como la célula de la sociedad), de la educación, de la medicina, la religión, de los partidos políticos, en actividad artística, de la investigación científica.

El propio Estado al organizarse e institucionalizar su poder, realiza un control sobre sus gobernados y a la vez estructura lo que es el sistema penal, pero *"no se debe valorar el control social en un único contexto, no debe detenerse el observador en el sistema penal, y menos aún en la mera letra de la ley penal, sino que le es menester analizar la estructura familiar, la educación, la medicina, el rol que cada individuo cumple en la sociedad y muchos otros aspectos que hacen el complicadísimo tejido social"*⁷.

Por eso se dice que el control social, en cada uno de los países ha de ser diferente, según se trate de países de economía descentralizada (capitalistas) o estatal o

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal* Parte General, 2ª ed, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México. 1994, p. 23.

centralizada, y aún, según su grado y momento de desarrollo, en cada uno de ellos, el poder generará, condicionará, fomentará o será proclive a explicaciones o versiones de la "realidad".

Ahora bien, se entiende por "sistema penal" al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley sustantiva y la que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios, señalando los casos y condiciones para actuar

Siendo este el instrumento básico para planear, organizar y ejecutar la política penal, debe valerse de diversos **sectores** que en cualquier sistema penal podemos distinguir como los **básicos** como son en la actualidad el policial, el judicial y el ejecutivo. Se trata de tres grupos humanos que convergen en la actividad institucionalizada del sistema y que no actúan estrictamente por etapas, sino que cada uno de ellos actúa según sus propias facultades. Así, el judicial puede controlar la ejecución, el ejecutivo tener a su cargo la custodia del preso, el policial ocuparse de la vigilancia de las calles. Pero todos ellos son esenciales para el sistema penal y mantener un control en la comunidad, por ello no existe comunidad que renuncie a su imperio penal por que de hacerlo renunciaría a sí misma. Ningún Estado, ninguna Sociedad, puede prescindir de su poder coercitivo (que nunca es un poder ilimitado), pues éste es, sin duda, el más importante de los medio jurídicos de control social.

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social, que debe de actuar conforme a las reglas establecidas por él mismo, es decir, su actividad debe entrar dentro de una *legitimidad*, que precisamente es su racionalidad por el hecho de que éste no es algo estático. Sin embargo, la expresión "*racionalidad*" requiere siempre una precisión.

No obstante, el principio de legalidad penal exige que el ejercicio de poder punitivo del sistema penal tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos a la punibilidad, pero también se exige que la agencia del sistema penal ejerzan su poder para intentar criminalizar a todos los autores de acciones típicas, antijurídicas y culpables, y lo hagan conforme a ciertas pautas detalladamente explícitas. Esto significa que el sistema penal únicamente podría ejercer su poder en el marco estricto de la planificación legal, pero también siempre -en todos los casos- debería ejercer ese poder. Es decir, son en todo momento, aplicables los principios de legalidad e igualdad.

Lo anterior viene a colación, toda vez que en la realidad social el verdadero y real poder del sistema penal no debe ser el represivo. *“El poder no es mera represión (no es algo negativo), sino que su ejercicio más importante es positivo, configurador, siendo la represión punitiva solo un límite al ejercicio del poder”*.⁸

El sistema penitenciario se perfila con los fines que se le atribuyen a la pena, en donde con el temor de ser sancionado, se prevenga la ejecución de acciones contrarias al derecho, o bien que con dicha sanción el sujeto comprenda su deber en la sociedad (la readaptación), tal y como ha sido la esencia del sistema adoptado en México, en donde radica como temor mayor del control social, la pena privativa de libertad así como la multa.

1.3.- La función Punitiva del Estado (Ius Puniendi del Estado).

1.3.1.- La Potestad Punitiva Estatal

La vida social exige necesariamente limitaciones a los intereses de los hombres, que son solamente regulables por las normas jurídicas expedidas por el mismo Estado, así

⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl; *En Busca de las Penas Perdidas*, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pp. 11 y 12.

pues, desde el punto de vista objetivo, la norma es lo que hace posible la convivencia social como en el tema 1.2 anteriormente tratado; por consiguiente, *“el Estado tiene el deber de defender y el poder hacerlo, de tutelar y proteger a la sociedad entera contra todos aquellos sujetos que infrinjan o realicen acciones u omisiones que vayan contra el orden público, es decir, contra la norma penal, ya que es instintivo repeler la agresión que el delito representa y evitar así la venganza privada”*.⁹

De aquí que el Estado, como organización jurídica de la sociedad, tenga en sus manos el poder monopolizado de castigar denominado **Ius Puniendi**, ante la necesidad de reprimir el delito y por otra dar satisfacción a los intereses del gobernado a quien legítimamente se le protege su bien jurídico.

No obstante ello, el Derecho y sobre todo el Penal, resulta limitado con las propias leyes que los organismos Estatales dictan. Esto es así como garantía de un pueblo en libertad (y no de un poder despótico). Por ejemplo, el Estado tiene la pretensión punitiva, que son tanto de interés general y aún aquellas que el individuo es capaz de poseerlas en su propia esfera jurídica (como los delitos que solo se persiguen a instancia de parte), y cuya pretensión puede extinguirse por numerosas causas e intereses. Es decir, la estructura jurídica del propio Estado limita su poder, limitación que consiste en que dicho poder debe ser ejercido sobre sus gobernados conforme a leyes previamente establecidas, y si en cambio conforme a estas reglas, el Estado puede hacer valer con la fuerza pública los ordenamientos que de sus instituciones emanen.

Por ello se dice que sin la comisión de un delito, no puede actuar el mecanismo del Derecho Penal, en virtud de que debe existir la comisión del delito y una determinada pena, la cual conceptual y normativamente es la consecuencia jurídica de aquél, sin delito no hay pena y mucho menos una excitación a los órganos estatales encargados de la procuración y la administración de la justicia penal. La intrínseca relación existente entre ambos conceptos puede analizarse desde un punto de vista lógico y desde un aspecto material. En primer lugar, el delito (acción antisocial) es el antecedente lógico de la

⁹ CARRANCA y Trujillo; *Derecho Penal Mexicano*, Ob. Cit. pp. 153 y 154.

reacción criminal. En segundo término, el delito actúa además como fundamento material de la pena que se le ha de imponer al delincuente, es decir en cuanto ésta constituye la consecuencia jurídica de aquél y opera como elemento causal para que actúe el *ius puniendi* del Estado.

De esto podemos concluir que bajo el fundamento del *ius puniendi* del Estado tiene la potestad en las cuestiones de cómo debe de procederse con personas que han infringido las reglas básicas de convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos y a la sociedad.

1.3.2.- Órganos de Procuración e Impartición de la Ley Penal

1.3.2.1.- El Ministerio Público

El Estado organiza la lucha contra la delincuencia acudiendo a múltiples medios, cualquiera que sea el punto de vista en que se coloque, su actividad es política¹⁰ y criminal al mismo tiempo, y como parte de ello el Estado creó una Institución encargada de investigar delitos y perseguir delincuentes (ejercer acción penal), y otras múltiples funciones conocidas, que en la actualidad se le han atribuido, materias diversas en donde aún y cuando no es su función tradicional, se controvierten o aplican normas del orden público o que afectan el interés de personas ausentes, menores o incapaces, como es el caso en materia familiar en el orden común o Amparo en el fuero federal.

Así pues, entender lo que es el Ministerio Público es complicado, por ello el Maestro Fix Zamudio en lugar de dar una definición, tan solo manifiesta que debemos entenderlo “*...como el organismo del Estado que realiza funciones judiciales, ya*

10 CARRANCA y Trujillo, manifiesta que esa política es “*un conjunto de medidas adoptadas por el Estado, relativas a l delito... que le da al Derecho Penal un carácter dinámico*”; *Ibiden*. p. 54.

sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especializadas en la Penal, y que contemporáneamente efectúa actividades administrativas, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomienda de la legalidad”¹¹

El Ministerio Público nace por la necesidad de una autoridad Estatal, encargada de la persecución penal, toda vez que sustituye la acción privada o popular que se llevaba a cabo en las Sociedades Antiguas como Grecia o Roma, donde la acción privada se iniciaba por la parte agraviada sin un verdadero interés público y la acción popular solo tenía sentido cuando cada ciudadano se sentía corresponsable del mantenimiento del Derecho Penal, por ello al institucionalizar estas dos figuras de forma oficial, se mantienen las constantes pretensiones del interés general.

Como institución oficial del Estado, los inicios del Ministerio Público se remontan a la Edad Media, en donde los Reyes tenían un abogado que defendía sus intereses, así como contaban con un Procurador el cual tenía funciones administrativas y cumplía funciones fiscales, siendo el caso que de la fusión entre estas dos figuras se originó el Ministerio Público, precisamente en el siglo XVI cuando culmina la Revolución Francesa y las ideas liberales se ponen de manifiesto con la integración de un Estado de Derecho, la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y es aquí donde el Ministerio Público vino a cumplir una gran labor al lado del poder Ejecutivo, ya que era su conexión directa con el poder Judicial.

En México, por la obvia influencia española, se institucionalizó primeramente a los *fiscales* y a los *Promotores Fiscales*, a quienes se ubica dentro del poder Judicial, inclusive todavía en la Constitución promulgada en 1857 prevalecía la idea de mantener en la Suprema Corte de Justicia de la Nación un Fiscal y un Procurador General, siendo hasta el año de 1880 cuando en el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, se instituyó el Ministerio Público y lo definía en su artículo

11 OVALLE Favela, José; *Teoría General del Proceso*, Ed. Harla, México 1991, pág 243.

28, como *“una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de Justicia en nombre de la Sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalen las leyes”*¹².

Actualmente la Procuraduría General de la República, se encuentra ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, correspondiéndole al Ministerio Público de la Federación, conforme al artículo 2º de la Ley Orgánica de esa institución, entre otras:

I.- Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas;

II.- Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;

III.- Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia;

IV.- Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales;

V.- Perseguir los delitos del orden federal;

VI.- Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia;

VII.- Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables;

12 Ibidem, Pág. 241.

VIII.- Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la Institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Pública Federal;

IX.- Representar al Gobierno Federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

X.- Convenir con las autoridades competentes de las entidades federativas sobre materias del ámbito de su competencia, y;

XI.- Las demás que las leyes determinen.

Sin embargo, para efectos de este trabajo, omitiremos la función de “autoridad” del **Ministerio Público**, y lo ubicaremos sólo en la función netamente penal, como el **órgano del Estado instituido para investigar los delitos y ejercer la acción penal en contra de los Probables Responsables, así como intervenir como parte acusadora en los procedimientos judiciales.**

Dentro de la función investigadora del evento probablemente delictuosos, se le impone un deber de allegarse o recabar todas la pruebas e indicios que permitan esclarecer si los hechos que fueron puestos a su conocimiento, son ciertos e integran el Cuerpo de un Delito descrito por la ley penal, y en su caso determinar la persona o personas que probablemente cometieron esa conducta antisocial. La etapa descrita y denominada **Averiguación Previa**, se lleva a cabo conforme el Artículo 21 de la Constitución Federal, en donde el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones actúa como autoridad. Cabe destacar que bajo sus órdenes tiene a la Policía Judicial, la cual le auxilia en las investigaciones que lleve a cabo.

La segunda función de la Institución Ministerial es precisamente la del Ejercicio de la Acción Penal; función que es exclusiva de esta institución, es decir monopoliza el ejercicio de la acción penal (conforme al citado artículo 21 Constitucional), además de que una vez hecho lo anterior, el Ministerio Público ya no actúa ante el Juez como autoridad, sino que se vuelve parte en el procedimiento penal. El Ejercicio de la Acción Penal es de suma importancia, ya que en esta función la institución ministerial motiva y fundamenta su pretensión punitiva, y cuya acusación ya no puede ser cambiada una vez abierto el procedimiento principal por el Juez, ya que en la acusación rige el principio de legalidad, en donde se tiene que enjuiciar por el ilícito por el cual se le siguió formal proceso.

En esta etapa el Ministerio Público puede, entre otras cosas:

- 1.- Promover la iniciación y desarrollo del proceso penal;
- 2.- Solicitar al Juez que dicte las órdenes de aprehensión, de comparecencia, de cateo y arraigo domiciliario que procedan, así como que decrete las medidas cautelares pertinentes;
- 3.- Ofrecer y aportar pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos impugnados; formular conclusiones, y
- 4.- Hacer valer los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales que estime no se apeguen a derecho.

1.3.2.2.- El Juez Penal

La Palabra “**Juez**” proviene del latín *iudex*, que significa el que indica o dice el derecho. El Juez funciona para la conservación del orden social, ya que es una institución del Estado creado necesariamente por el derecho.

Pero también, cabe aclarar, que al referirnos al Juzgador puede tener una doble acepción, ya que puede ser tanto para designar al órgano que ejerce la función jurisdiccional, como al titular o titulares de dicho órgano, “*es una palabra que posee a la vez, un sentido objetivo (órgano jurisdiccional) y, un sentido subjetivo (titular)*”¹³. Que si bien desde el punto de vista del órgano, se puede decir que existen diferentes tipos de organismos con diverso número de titulares, así pues existen los *unipersonales o monocráticos* a los cuales se les denomina Juzgado y cuyo titular es un Juez; y los *pluripersonales o colegiados* en donde el número de los titulares siempre va a ser impar con un mínimo de tres integrantes, a quienes se les va a llamar Magistrados, o bien en el caso de La Suprema Corte de Justicia de la Nación se les denomina Ministros, divididos en dos salas con cinco integrantes cada una de ellas. Y aún y cuando tradicionalmente al titular de un órgano jurisdiccional *unipersonal* se le llama Juez, también lo es que todos ellos en su esfera de facultades legítimas, aplican el Derecho, con plena imparcialidad, y con el único objetivo de aplicar la ley conforme a su más prudente y libre arbitrio Judicial.

En tal virtud, por **juzgador** debemos entender a “*una institución imparcial creada por el Estado, para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente con imperatividad entre las partes*”¹⁴

Por ello, a fin de que no se viole el artículo 17 de Nuestra Carta Magna, en el sentido de que “Nadie puede hacerse Justicia por si mismo”, la legislación Mexicana previó que las personas que deben aplicar las leyes (los Juzgadores) deben ser Licenciados en

13 OVALLE Fabela; *Teoría General del Proceso*, Ob. Cit. 201.

14 Idem.

Derecho. Y por tal razón constitucionalmente, el Poder Judicial de la Federación se estableció en el artículo 94 del mismo cuerpo legal antes citado.

Ahora bien, para su competencia se han dividido tanto por territorio como por Materia, es decir, la distribución de los asuntos judiciales, según su clase o gravedad ¹⁵. Pero los Jueces que son de interés para nuestro estudio, son los que les compete el ámbito en materia penal, y quienes, aparte de su materia, la penal, conocerán los asuntos según su competencia territorial, amén de estar establecido un régimen de grados y turno, así como la competencia legal

Los Jueces Penales deben tener conocimientos no solo en "Derecho Penal", sino también deben complementar su preparación científica con el estudio de las materias relativas a la personalidad del delincuente, a la técnica de la investigación criminal, y demás conocimientos que sirvan como apoyo para que valorar objetivamente las pruebas que le han de aportar las partes en los procedimientos a su cargo y finalmente dicte el fallo correspondiente lo más apegado a la realidad, considerando lo relativo a la existencia del Delito y en su caso decidir lo relativo a la culpabilidad (pena adecuada), lo que en diversos Congresos al respecto se ha tratado arduamente.¹⁶

15 Sobre este punto, en competencia Federal los Jueces de distrito conocerán de todos los delitos conforme a su jurisdicción territorial sea la gravedad que sea, esto último no sucede por ejemplo en el Distrito Federal en donde existen Juzgados de Paz y de Primera instancia, que su competencia va hacer conforme a la gravedad (penalidad) del asunto que ha de conocer.

16 CARRANCA y Trujillo, Citó: que en "El Congreso Penitenciario de Londres (1925), el III Congreso Internacional de Derecho Penal de Palermo (1933), el XI Congreso Penal y Penitenciario Internacional de Berlín (1935), el Primer Congreso Internacional de Criminología de Roma (1938), el III Congreso Científico Panamericano de Criminología de Buenos Aires (1938), entre otros, han debatido y acordado soluciones al problema de la especialización del Juez. El último declaró: "que la Justicia del Crimen, por la naturaleza de las cuestiones y los delicados problemas jurídicos que suscita, debe quedar a cargo de Tribunales de Derecho. Que los funcionarios de la justicia del Crimen, sobre la base de una cultura humanista y de especialización jurídica, deben complementar su preparación científica con el estudio de las materias relativas a la personalidad del delincuente, a la técnica de la investigación criminal, etc" para estar en condiciones de valorar los aportes que prestan diversas ciencias para la mejor aplicación de la ley penal positiva". Y resolvió: "a) recomendar a las Universidades de los países participantes, la conveniencia de organizar enseñanza de las materias relacionadas con el estudio de la personalidad del delincuente y la investigación, apreciación y juzgamiento cien- del crimen; b) la creación de cátedras de Medicina Legal en el Curso normal de los programas de las Escuelas de Derecho, que ya existen en varios países latinoamericanos; c) recomendar la creación de cursos post-universitarios de especialización destinados a la preparación teórica ética de las personas llamadas a intervenir en el ejercicio de la Justicia criminal; d) recomendar la conveniencia de organizar, sobre la base de la preparación teórica y práctica antedicha, la

Así la especialización de los Jueces servirá para que la administración de justicia penal esté apegada a un Estado de Derecho y no a meras pretensiones del Ministerio Público, quién en la actualidad con frecuencia solicita al Juez castigos sin reflexionar sobre las consecuencias *jurídico-sociales* que puede tener ello puede tener; la función del Juez debe ejercerse de manera imparcial y justa, pues ello es condición para contribuir en la protección contra el abuso de la autoridad, fortalecer la comprensión del pueblo en la administración de justicia y la confianza de que la corrección será alcanzada, amén de que sus decisiones deben ser valoradas bajo su libre arbitrio legal.

1.4.- La Persecución de los Delitos.

Para la iniciación del procedimiento penal, y consecuentemente para que pueda darse válidamente el proceso, en el plano doctrinal y en el estrictamente legal se ha señalado la necesidad ineludible de ciertos elementos que le den vida; lo que implica la consideración investigadora de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

El Derecho Penal sustantivo juega una parte muy importante dentro de este tema, ya que indica los caminos eficaces a seguir a efecto de llegar a una resolución adecuada a los hechos antisociales que desempeñó un sujeto, pero debe tenerse claro que estos requisitos procesales son independientes en la materia sustantiva. Así pues se tiene como **presupuestos procesales**.

a).-La iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;

b).-La legítima constitución del juez, y;

c).-La intervención, la asistencia y eventualmente la representación del imputado en los casos y con las formalidades preceptuadas en la ley.

Además de un elemento material, o material-formal (denuncia, querrela etc.), indispensable para su consideración práctica¹⁷.

Entonces sin el acto o hecho material sustantivo penal, sin el órgano acusatorio, sin el organismo jurisdiccional y sin la actuación de la defensa, no es dable la concepción procesal, ya que, aunque se produzca *el factum delictual*, al no integrarse la relación jurídico procesal no habría proceso, y el Estado no estaría en posibilidades de reprochar la conducta lesiva, y, a su vez, dar el tratamiento adecuado al delincuente, según las circunstancias especiales del caso.

Los presupuestos procesales son condiciones de existencia, requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal, considerada en sí misma, y en sus distintas fases.

a).- Oficio

Este es un principio (denominado de Oficiosidad) por medio del cual la actividad del Ministerio Público inicia la persecución penal de oficio, es decir, de manera oficiosa; realiza su pretensión penal por sí mismo, sin consideración a la voluntad del ofendido o de algún gobernado, basta con que la autoridad en pleno uso de sus facultades, inicie "*de oficio*" la averiguación previa de hechos presumiblemente delictuosos, o bien el ofendido puede presentarse como denunciante o testigo pero su intervención es intrascendente, ya que por la gravedad del evento o lo delicado del mismo, se considera de seguridad e interés general, además de que por la premura del tiempo en ocasiones ya no

17 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, ed. Porrúa, México.

sería posible el esclarecimiento del caso o el autor se daría a la fuga. La razón de esta regulación es ***“el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución”***¹⁸

En esta figura denominada *“de oficio”*, es muy común la confusión con el concepto de *“Denuncia”*, que veremos más adelante, tal y como lo hace OSORIO y Nieto, al señalar que: *“...Los delitos perseguibles de oficio o por denuncia son aquellos en los cuales se debe iniciar la averiguación previa y continuar el procedimiento sin que medie la decisión de los particulares...”*¹⁹ Sin embargo, aún y cuando en las dos figuras el titular del bien jurídico tutelado no se presente a solicitar al órgano investigador la iniciación, ello no indica que las dos figuras sean las mismas, ya que en la persecución de oficio el órgano estatal actúa aún y cuando no le hayan hecho formal denuncia del delito por algún particular, sino que actúa por el simple hecho de que por sí mismo se entere del suceso, ya que por la gravedad del delito o su interés social, puede prescindir de la denuncia, y a veces hasta por temor a la venganza o algún otro inconveniente (por ejemplo, tal es el caso de los delitos contra la salud, en donde el órgano investigador no espera que alguna persona acuda a hacer de su conocimiento los hechos, sino que inclusive implementa campañas de investigación y persecución de motu proprio).

b).- Denuncia

Denunciar, proviene del latín *denuntiare*, el cual significa *“hacer saber”*, *“remitir un mensaje”*.

Se entiende por ***“denuncia”*** el acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos.

18 .- ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, Año 2000, Pág. 83.

19 OSORIO y Nieto César Augusto, en su Libro *Síntesis de Derecho Penal* Parte General, Ed. Trillas, P.67.

Dentro del derecho procesal penal, por denuncia se entiende como acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público) la comisión de hechos que pueden constituir un delito, se hace esto por que obviamente la Institución Ministerial no está presente en todos lados y existen casos en que se pueden denunciar hechos que aún no conoce, pero son de interés público. Aquí el Denunciante puede ser una persona indeterminada, que formule de manera verbal o por escrito, ante el Ministerio Público una denuncia de hechos, probablemente constitutivos de delito. Cuando la denuncia se presente verbalmente, tal circunstancia se debe hacer constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba. En ambos casos de denuncia, deberá contener la firma o la huella digital del denunciante y su domicilio; y el funcionario que la reciba deberá exhortar a éste para que se produzca bajo protesta (legal) de decir verdad. La denuncia debe limitarse a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente.

c).- Querrela

Ahora bien, como se ha visto, el trámite normal, ordinario, en relación a la mayoría de los delitos contenidos en la parte especial del Ordenamiento Jurídico Punitivo Mexicano, sería el de la denuncia, situación que obliga a proceder a la investigación de los delitos denunciados, pero hay algunas infracciones penales que requieren para su persecución el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad, o que quede superado algún obstáculo procesal que impida la iniciación del procedimiento o la prosecución del mismo (artículos 262 y 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales) .

Osorio y Nieto sostiene al respecto que *“Los Delitos perseguibles por querrela son aquellos en los cuales se requiere la manifestación de la voluntad del ofendido o su legítimo representante, para que el Ministerio Público inicie la investigación*

correspondiente. P. Ej. Estupro, violación a la esposa o concubina, adulterio, abandono de cónyuge; entre otros... ”²⁰.

En este sentido la Querella “*es una facultad (derecho potestativo), del ofendido por el delito para hacerlo llegar al conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido*”²¹, y por consiguiente tiene una doble proyección: *sustantiva* bajo el aspecto de condición objetiva de punibilidad (la voluntad del particular afectado), y estrictamente procesal donde toma la configuración de requisito de procedibilidad.

En el plano sustantivo, puede ser estimada como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito dirigida a solicitar el castigo del mismo; bajo esta concepción queda en estrecha conexión con el perdón, en cuanto derecho. Y, a su vez el requisito de procedibilidad se funda en el hecho de que a través de la exigencia de la instancia de persecución penal, se tome en consideración el interés del ofendido directo, o bien que el ofendido no tenga interés debido a la insignificancia o escasa trascendencia del hecho, y por ello, el Estado no le toma importancia para proseguir, además que el agraviado puede no estar interesado en que se persiga el delito.

El fundamento de la institución jurídica de “*la querella*” reside en una doble exigencia:

- a) En ciertos eventos típicos, por su escasa relevancia social y comunitaria, la ley permite al sujeto pasivo del delito (es decir, al titular del bien o bienes jurídicamente tutelados), una determinación volitiva en orden a la misma ilicitud del factum, o de la oportunidad o no de poner en movimiento al aparato judicial,
- y

20 Idem.

21. Diccionario Jurídico, UNAM. Ob. Cit.

b) En otros delitos, éstos sí de mayor trascendencia socio-comunitaria (estupro, abuso de confianza), la ley remite a la voluntad del sujeto pasivo del delito la elección o no de la vía judicial (penal).

La razón, en este segundo supuesto, es que la utilización de la vía judicial podría provocar al mismo ofendido un daño mayor que la posible reparación o satisfacción judicial. El fundamento de esta posición reside en que se trata de un derecho potestativo del ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades; la actuación de la máquina judicial se encuentra condicionada a la manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es factible el proceder. La conclusión, tras este razonamiento, es que la querrela es un verdadero requisito de procedibilidad.

La querrela solamente la podrán presentar:

- a).- El ofendido;
- b) Su representante legítimo, y
- c) El apoderado en tratándose de un ente moral, siendo suficiente la tenencia de un poder general para pleitos y/o cobranzas, con cláusula especial, sin necesidad de acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas.

Por último, el derecho de querrela se extingue:

- a) Por muerte del agraviado;
- b) Por perdón;
- c) Por consentimiento (nunca se presentó el ofendido ante el Ministerio Público);

d) por muerte del responsable, y e) Por prescripción.

1.5.- La Pena o Sanciones Penales

La pena es la sanción que corresponde aplicar al autor de una acción típica y antijurídica, es decir, al sujeto que realiza una acción delictiva que le es imputada subjetivamente, mereciendo ser penada por el Ordenamiento Punitivo. Existe, pues, una ineludible interrelación normativa entre la conducta descrita por el Estado (delito) y la pena. Pero en todo caso la pena representa un concepto que es, no ya distinto al de "delito", sino substancialmente contrapuesto al mismo. La ley infringida mediante la comisión de un delito es confinada, en su vigencia normativa, a través de la imposición de la pena a su infractor. Legalmente **la pena se establece por la comisión de un delito**: éste es la causa jurídica de la pena, más exactamente el fundamento legal de la misma.

Si el Derecho Penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello el libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de la vida social basada en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, *"con ello no se actualiza de qué manera debería surtir efectos la pena para cumplir la misión del derecho penal. A esta pregunta responden las teorías sobre el fin de la pena, las cuales ciertamente, siempre tienen que referirse al fin del derecho penal que se encuentra detrás, Desde la antigüedad se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales, que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones"*.²²

22 ROXIN Claus, *Derecho Penal* Parte General, tomo I "Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito", Traducción a la 2ª ed. Alemana, Ed. Civitas S.A., España 1997, pág 81.

1.5.1.- Fundamentos de la Sanción Penal

Desde el punto de vista de las exigencias de justicia material, la pena sólo se impone a las acciones que vulneran (lesionan o ponen en peligro) los bienes o valores esenciales para la vida en Sociedad frente a determinados ataques que el Derecho Penal considera intolerables. Puede afirmarse que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad

Cabe hacer la advertencia de que la imposición de la pena estatal, en realidad, no se justifica por un único fundamento, sino por un conjunto plural y pluriforme de justificaciones legalmente limitadas y socialmente necesarias. Cualquier intento parcial de explicación pecará, a buen seguro, de inexacto e incompleto.

1.5.1.1.- Fundamento Ético- Social de la Pena

El fundamento ético de la pena señala que la tarea primaria del Sistema penal no es la protección de bienes jurídicos, sino una misión de naturaleza ético-social positiva que radica en la garantía de los valores de acto. Sólo protegiendo estos elementales *valores ético-sociales* se provee el aseguramiento de los singulares objetos protegidos para crear "situación ideal" de generar garantía futura y como "existencia fáctica" de los bienes protegidos, por esa razón se intenta realizar un juicio de reproche en contra del delincuente por haber ejecutado una conducta antisocial.

Las raíces del Derecho Penal se hallan en las nociones de valor ético-sociales de la comunidad jurídica; ellas forman el fundamento para la formación de bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales. De este modo, las prohibiciones y mandatos penales aseguran, siempre, o en la mayoría de los supuestos, bienes vitales del individuo o de la colectividad. *"Pero esta función no es privativa del Derecho penal, sino compartida con*

*innumerables normas jurídicas, privadas y públicas, lo que nos conlleva a que este fundamento ético (o ético-social) de la pena es escasamente clarificador, por su ambigüedad, y relatividad, que en última instancia no es privativo de la sanción penal, sino compartido con otras sanciones jurídicas”*²³

Toda acción del Estado, en tanto ejercicio de poder, requiere de una fundamentación ética. Pero incluso desde este plano, del fundamento ético, no puede prescindirse de la idea de necesidad social, de ahí que la pena no se fundamente en una pura pretensión moral, sino en una necesidad social hasta tanto la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social, por sí misma no es un fin, sino un medio para la realización de un orden justo

1.5.1.2.- Fundamento Utilitario (de Oportunidad o Practico)

Se trata de un fundamento económico o utilitario de la sanción penal, muy relacionado con la llamada *'Economía del bienestar'*, ya que es un producto de la Ilustración y hunde sus raíces en la concepción filosófica del utilitarismo, especialmente en la obra de John Stuart Mill (1806-1873).

Dentro de esta teoría fundamentan la existencia de la pena en la necesidad de justificar la pena por motivos meramente utilitarios, utilitarista, oportunidad o prácticos, conforme a una ponderación de costos y beneficios, la pena evita más inconvenientes de los que podría acarrear y debe perseguir la mayor utilidad social posible.

Sin embargo, estos argumentos utilitaristas no explican ni fundamentan en absoluto la imposición de sanciones penales, ya que la pena no se impone ni se justifica porque abstractamente "es útil" o "sirve para algo", sino persiguiendo unos fines

²³ POLAINAO Navarrete, Miguel; en *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México 2001. Pág. 91.

determinados y concretos (que posteriormente estudiaremos), por lo que este fundamento se torna en decididamente insuficiente y superficial, y por ende, escasamente clarificador.

1.5.1.3.- Fundamento Político

Desde este punto de vista la imposición de penas se concibe como un atributo del poder político del Estado: la pena existe y se fundamenta como expresión de la potestad política estatal para imponer su criterio y llevar a cabo su cometido sancionador, y con ello eliminar muchas de las veces arbitrariamente a los enemigos de la clase que detenta el poder político, además de a toda persona que perturbe la .estabilidad social.

Tampoco este fundamento político soberano explica, según nuestro parecer, la imposición de penas por parte de un Estado. Como todo fundamento individual, descuida aspectos imprescindibles en la justificación de la pena estatal, por lo que su aislada consideración resulta igualmente insatisfactoria.

1.5.1.4.- Fundamento Socio-Criminológico.

La justificación de la sanción penal por la propia realidad socio-criminológica, radica en que la pena es el único y más eficaz remedio de lucha contra la finalidad, a la luz de las exigencias sociales. Se deben de castigar aquellas conductas que para el trato social son dañinas. Así pues la sanción penal aparece como un fenómeno real, que se da con el mismo trato social; en consecuencia, **la imposición de la pena no es un suceso metafísico, sino una amarga necesidad en una sociedad imperfecta**, y de la cual no puede prescindir la sociedad. Igual que no se concibe ninguna Sociedad sin criminalidad, no se concibe ninguna Sociedad sin pena.

Sin embargo, esta teoría no explica convincentemente cuál es la finalidad de la pena, ya que si bien explica que es para mantener la armonía en el trato social, también lo es que como ya vimos, uno de los objetos principales del Derecho es eso mismo, sin que con ello en muchas comunidades justifique la existencia de casos de intensa criminalidad, como el terrorismo, asesinatos en serie, malos tratos familiares, etc.; se justificaría de por sí, desde esta perspectiva, el recurso de las medidas penales. Pero tal supuesta necesidad criminológica puede, a lo sumo, ser una descripción de la fluctuación de penas con relación a ciertos fenómenos criminales pero no explica, en absoluto, la idea última de la fundamentación de la conminación penal.

1.5.2.- Naturaleza o Esencia de la Pena.

La pena ha de perseguir siempre determinados fines, existiendo varias teorías que tratan de justificar la razón de ser de la pena, tanto desde un punto de vista tutelar como preventivos los cuales legitiman al Derecho Penal, y en este sentido **la pena no es por tanto, un fin, sino un medio, aunque tienda a un fin.**

Pero en todos los casos la pena consiste siempre en una privación o restricción legítima de bienes jurídicos, por ejemplo al condenado a una pena de prisión, se le priva irremediabilmente de un bien jurídico personal que es su libertad ambulatoria; o cuando a un sujeto se le impone una pena de multa, su patrimonio se ve mermado en la cuantía de la multa. Pero toda privación o restricción de bienes jurídicos es controlada legalmente, ya que en primer lugar, ha de ser una restricción de determinados bienes expresamente descritos en la Ley (*el Principio de Legalidad del que ya hablábamos anteriormente en el punto 1.3.1*); en segundo término, se trata de una restricción de bienes temporal, no ilimitada ni perpetua, y por supuesto menos aún irreversible por la destrucción total del bien personal, y por último, ha de ser impuesta por un órgano jurisdiccional competente, con todas las garantías procesales inherentes al proceso penal.

En todo caso, como es lógico advertir, en cada época histórica se ha intentado justificar de manera diferente el ejercicio del *Ius puniendi* del Estado. Las principales teorías de los fines de la pena pueden resumirse sistemáticamente en teorías absolutas (o de la retribución), relativas (o de la prevención), y las mixtas en cuyas formulaciones con sus más destacadas variantes nos centramos a continuación.

1.5.2.1.- Teoría Absoluta (de la Retribución de la Pena)

Estas teorías absolutas o retributivas de la pena tienen sus raíces en la Antigüedad Clásica. en la Biblia, y en los filósofos griegos, para quienes la pena consistía en el “talión moral”; como en su caso, para Platón “*la pena era la medicina de la perversidad y un medio de purificar el alma del mal de la injusticia*”. Los Derechos romano y germánico usaron (y, en ocasiones, abusaron) del **principio del Talión** y la venganza de sangre. Observándose cómo de tras de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: “*ojo por ojo, diente por diente*”, pero conforme el desarrollo cultural de las sociedades modernas se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias o entre diversas tribus, de tal manera que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y por ello creaba paz.

También la iglesia adopta esta teoría al conceder la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez.0.

La teoría de la pena como retribución o castigo, se efectúa por el mal delictivo realizado. La doctrina de estas teorías absolutas pueden resumiese en el siguiente postulado: la pena retribuye el delito, es decir, la pena es únicamente “castigo” al delincuente por su delito, no desempeña ni persigue otra función (preventiva o social). Al respecto Francesco Carnelutti manifiesta que la pena es un “*malum passionis propter*

malum actionis"²⁴, es decir que un mal pueda constituir el remedio de otro mal. Es aquí donde está la clave de la teoría a estudio, ya que ven el fin de la pena en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, imponiéndole otro mal, que es, en su enfoque filosófico, conceptual y doctrinario, la pena.

Se habla de una "teoría absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria, debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense.

El principal fundamento de esta teoría son los principios de igualdad y libertad, consistente el primero en que cuando alguien vive en sociedad sin violar el derecho se halle en una situación diferente a la de quien lo hace violándolo, y, por ende, la necesidad de retribuir al violentador el mal que ha causado; y el principio de libertad, por su parte, implica que quien elige violar el derecho ya cuenta con la pena en su cálculo, de modo que, al elegir la violación del derecho ya está eligiendo la pena.

Kant intentó fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolables válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas, ya que así lo quiere la justicia como idea del poder, justicia según las leyes generales y fundamentadas *a priori*, lo que lo llevo a la conclusión de que la ley penal es un imperativo categórico. Para Kant tendría que haber pena aunque el Estado y la sociedad ya no existieran, incluso si estos se disolvieran debería ser previamente ejecutado el último de los asesinos que se encontrara en prisión, para que cada cual sufriera lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo. Sin embargo, Kant pone límites para que se pueda imponer la pena a un sujeto y de esta manera alcanzar la justicia penal:

a) La pena ha de ejecutarse efectivamente; y

24 CARNELUTTI Francesco, *Derecho Procesal Penal*, Ob. Cit., pág 6.

b) La pena ha de ser justa al delito cometido.

En el primer supuesto la pena no se lleva a cabo, esto es, si la pena en una condena no está cumplida, no es dable alcanzar justicia. Para apoyar su idea, KANT propone el siguiente ejemplo: si entre los supervivientes en una isla se encuentra un condenado a muerte, la pena habría de imponerse antes de la destrucción total, a efecto de obtener la justicia que se persigue. Es decir: aunque se tuviera la certeza absoluta de que el sujeto no volvería a delinquir (con lo que decaería toda necesidad de pena, si ésta se fundamentara en la prevención), la pena habría de imponerse;

Y en cuanto a que la pena ha de ser justa al delito cometido, a juicio de KANT el principio rector no es otro que *"el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasiones a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo"*²⁵

Hegel, por su parte, interpreta el delito como negación del Derecho y la pena como negación de esta negación y como anulación del Derecho, es decir, que la negación del derecho es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión, existiendo la idea de una equivalencia de delito y pena. Sin embargo, Hegel no reconoce metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena.

Pensamientos de los cuales se puede desmembrar principalmente dos formulaciones concretas: las denominadas teorías de la justicia y de la expiación.

a) **Las Teorías de la Justicia** ponen el énfasis en el aspecto de la retribución como restablecimiento del orden de justicia. El delincuente, al cometer el delito, quiebra el orden jurídico, de modo que surge la necesidad de imponer una pena, para restablecer el orden quebrantado y poder alcanzar de este modo la justicia: a través de la pena vuelven las cosas de nuevo al orden correcto.

²⁵ KANT Emmanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, cit. POLAINAO Navarrete Miguel, Ob. Cit. Pág. 104.

b) **Las Teorías de la Expiación**, introducen en el planteamiento de carácter "retributivo" un componente "moral" que no se limita a intentar conseguir un restablecimiento de la justicia, sino que buscan la reconciliación del delincuente consigo mismo y con la comunidad. Por ello, con la expiación moral se libera al culpable de su culpa, alcanzando nuevamente la plena posesión de su dignidad (moral) personal.

El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de proporcionar una referencia para la proporción de la pena. Si la pena ha de corresponder a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido, en cualquier circunstancia, dar un escarmiento mediante una penalización drástica en caso de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene en esa medida, una función liberal del salvaguarda de la libertad. Y si bien, se contraponen a lo anterior, la situación de que no se puede determinar matemáticamente qué pena se corresponde con determinada magnitud de la culpabilidad, no menos cierto es que, con la ayuda de las reglas legales de la determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen magnitudes penales de alguna forma calculables.

Pero de igual forma no se salva de la crítica que se llega a hacer en su contra, por el hecho de que confunde el medio con el fin; la retribución no es nunca un fin de la pena, aunque seguramente sí un ineludible componente de la misma. Además de que en un momento dado se ocuparía su fin como un remedio pero no se liga con fines preventivos.

"Nos parece sumamente claro que esto es, en esencia, un neocontractualismo, que plantea el mismo problema que el contractualismo originario: la cuestión sería grave en una sociedad justa, en que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede en ninguna y mucho menos aún en nuestro margen la pena es la razón por la cual debe retribuirse en lugar de compelerlo a reparar el daño material y moral que ha causado, que sería una manera más efectiva de resolver el conflicto que genera la

violación del derecho, particularmente porque tomaría en cuenta el interés de la persona directamente afectada” 26

1.5.2.2.- Teoría Relativa

Frente a las teorías absolutas ya estudiadas, nacen las teorías relativas o de la prevención, para las que el fin de la pena no se agota en la propia retribución del delito cometido, sino que se proyecta socialmente con un efecto preventivo de nuevos delitos, bien por parte del propio delincuente o bien por parte de la Sociedad en su conjunto.

a).- Teoría de la Prevención Especial.

Para la teoría de la prevención especial la pena cumple un fin de prevención, dirigido al propio autor del delito. La pena se impone a un sujeto con el fin primordial de que ese mismo sujeto no vuelva a cometer más delitos en el futuro.

El más significativo representante de la teoría de la prevención especial fue Frant Von Liszt, quien en su conocido programa Universitario de Marburgo²⁷, sostuvo que la pena desempeña tres cometidos esenciales (en un marco esencialmente de la prevención especial) que corresponden a concretos tipos de delincuentes a los que se dirige la pena:

- a) En primer lugar, una función de *prevención especial positiva*, que se cifra en la corrección del delincuente capaz y necesitado de corrección esto es, el delincuente principiante de la “carrera criminal”.

26 ZAFFARONI Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas*, Ob. Cit. pp.61 y 62.

27 Las doctrinas de VON LISZT, recogidas en un enjundioso opúsculo titulado *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (La idea de fin en el Derecho penal), acogidas por la Unión Internacional de Derecho penal fundada en 1889 entre otros por el propio VON LISZT. VON Liszt Franz, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*, Primera Edición, Ed. Greca, México 2001, 53 y sig.

b) En segundo término, un cometido de *Prevención especial negativa*, consistente en la intimidación del delincuente no necesitado de corrección o sea, el delincuente "ocasional"; y

c) Por último, una finalidad de *prevención especial neutralizadora* o neutralizante, cuyo cometido es la inocuización del delincuente no capaz de corrección, que son los delincuentes "habituales". A estos últimos tipos de delincuentes dirige Von Liszt palabras durísimas, al equiparlos con un miembro corporal gangrenado que contagia al organismo entero, y sostener que *"...contra los incorregibles debe la sociedad protegerse ... y como no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, sólo queda la cadena perpetua (o por tiempo indeterminado)..."*²⁸.

La pena es, en esta teoría, esencialmente finalista, teniendo por objeto la protección de bienes jurídicos, esto es, de intereses de la vida humana individual o social que el Derecho, al tutelarlos eleva de intereses vitales a intereses jurídicos; protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación, sólo aparentemente paradójica de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efectos, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de derecho como prevención general, y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial, sea, según la índole de aquél y la categoría a que en consecuencia pertenezca, por su intimidación, su resocialización o su neutralización.

La teoría de la prevención especial, se encuentra vigente en la legislación Mexicana, en el artículo 52 del Código Penal Federal, concretamente, para el cual la imposición de la pena deberá atender esta circunstancia con la finalidad de una reeducación o inserción social del propio delincuente.

28 Ibidem Pp. 60.

b).- Teoría de la Prevención General

A este respecto, existen dos posturas fundamentales que con distintos argumentos, llegan a la misma conclusión, en donde con la pena se intenta prevenir la comisión de nuevos delitos. Es decir, en la prevención general la función de la pena, la colectividad, ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos se abstendrá de la ejecución de algún injusto, pero no como el único medio posible para impedir la comisión del delito. Siendo estas dos posturas la negativa y la positiva.

1) **Prevención General Negativa** propuesta por VON FEUERBACH, en donde considera a la pena una *coacción psicológica*, es decir, la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica, interna, que en los casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio.

La coacción psíquica radica en la amenaza penal, que deriva de la advertencia del delito con una pena, que está llamada a actuar de manera intimidadora sobre el conjunto de los ciudadanos. La imposición de la pena es lógica consecuencia de la ley por la comisión de un delito, pues la fundamento jurídico de la imposición de la pena es la precedente conminación contenida en la ley y a su vez el fundamento jurídico de la amenaza legal es la necesidad de asegurar los derechos de todos.

Para esta teoría, el **fin de la Pena** está constituido, tanto en la fase de la conminación legal como en la de la aplicación de la sanción penal determinada, por la intimidación de todos los ciudadanos en tanto posibles infractores del ordenamiento punitivo.

2) **Prevención General Positiva**, considera la misión de la pena, y en general del Derecho Penal, como la garantía de la identidad normativa de la Sociedad, o sea,

el aseguramiento de la vigencia de la norma, el reconocimiento o mantenimiento de su validez. Por ello, corresponde sancionar con una pena aquellos hechos delictuosos que lesionen la validez (la eficacia) de la norma.

Desde este punto de vista, cuando un delito es sancionado penalmente se reafirma la validez real de la norma, que ve asegurada su preponderancia. Y, la pena se concibe como un instrumento de aseguramiento, tanto objetivo como cognitivo de la vigencia de la norma, en primer lugar, porque se dirigen contra un hecho que la quebranta; y es cognitivo porque produce en la conciencia de los ciudadanos la confianza en la validez y vigencia de la norma quebrantada. Consecuentemente, con esta teoría la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la Sociedad. Por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación de expresión de sentido entre personas, pretendiendo con ello "moralizar" o "adoctrinar" a los ciudadanos, ejercitando la confianza en la norma violada.

La crítica que se le hace a esta teoría de prevención general positiva consistente en el hecho de que las normas sean válidas, se apliquen en la realidad y mantengan su vigencia, lo que no es exclusivo del Derecho Penal, ni siquiera del Derecho que, como sistema normativo, tiende a la validez y eficacia de sus normas. Siendo exclusivo de la pena esa pretendida finalidad de reafirmar la norma (que también es común al Derecho civil, o al Derecho administrativo, etcétera).

1.5.2.3.- Teoría Mixta (de la Unión o de la Unidad)

a).- Teoría Mixta Retributiva-Preventiva

Las teorías mixtas, unen las teorías absolutas con las preventivas, como forma de llegar jurídicamente al fin que cumplen las normas y sanciones penales en un Estado de Derecho.

Así la Teoría Mixta Retributiva-Preventiva sostiene que la pena persigue, al propio tiempo, el fin de retribuir el delito (castigo al delincuente por la acción cometida) y el fin de prevenir futuros delitos. Sin embargo se resalta el papel legitimador de la pena que ejerce la retribución, no obstante rechazar una retribución pura carente de prevención.

b).- Teoría Dialéctica de la Unión (Claus Roxin).

La teoría expuesta por Claus Roxin²⁹ (1968) es exclusivamente de carácter preventivo, al exponer que son fines de la pena, simultáneamente, la prevención general y la prevención especial, debiendo excluirse la retribución como fin de la sanción penal, toda vez que la pena persigue la prevención de futuros delitos, es decir, aspira esencialmente a conseguir el fin de que el propio delincuente a quien se impone la pena no cometa más delitos en el futuro, y a la vez tiende a la meta de lograr que tampoco delinca en lo sucesivo todos los demás ciudadanos. De ahí que en la dogmática debería reconocerse ***“el principio que a un autor sólo se le puede hacer responsable personalmente por el injusto por él realizado, cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable su castigo...”***³⁰

La justificación de la amenaza penal, es la base de la necesidad de crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad. Esto trae como consecuencia: 1) que el

29 Cit. POLAINO Navarrete, Op. Cit. Pp. 125 a 127

30 ROXIN Claus, ***Política Criminal y Estructura del Delito...*** Ob. Cit. pág. 41.

Derecho Penal sea de carácter subsidiario, pues si se utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o restaurar el orden jurídico, le faltaría la **legitimación de la necesidad social**, y 2) que el legislador sólo puede proteger bienes jurídicos y que no está facultado a castigar conductas solamente por su inmoralidad, si no son lesivas de bienes jurídicos. En este ámbito el fin de las prohibiciones es de prevención general.

De igual forma el autor de esta teoría **Justifica la imposición de la pena** por razones de prevención general. El fin de la imposición de la pena es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que, sin ella, esa amenaza sería vana o ineficaz. Aún en el caso en que no sean de esperarse nuevos delitos del autor, es necesaria la pena por razones de prevención general. Si no la aplicara, el Estado estaría despreciando la garantía de vida de su ordenamiento jurídico. En consecuencia la aplicación de la pena también se justifica por razones de prevención general, debido a que si el Estado debe asegurar sus bienes jurídicos al ciudadano, a la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer por su parte todo lo que sea necesario para que se cumpla esa tarea común, y por ende tiene que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho ordenamiento.

La medida de la pena, por su parte, estará justificada si no sobrepasa la medida de la culpabilidad y con esta limitación se evita que la prevención general se degenere en terror estatal. Este recurso a la medida exacta de la culpabilidad no sería necesario según el principio de subsidiariedad, si en el caso concreto puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves. Entonces la medida de la culpabilidad, puede sobrepasar este nivel cuando las exigencias de la prevención especial lo hacen necesario y a ello no se oponen las exigencias mínimas de la prevención general.

Por último se justifica **la ejecución penal**, por el hecho de que su finalidad es la reincorporación del delincuente a la sociedad mediante la resocialización, pero ello sólo es legítimo y fructífero bajo los límites fijados anteriormente. Pero sí se puede exigir que no se renuncie a una pena aun cuando ello fuera más útil a la resocialización.

En resumen en esta teoría se propone, en primer lugar, **el fin de resocialización de la prevención especial**; *la prevención general*, en cambio, **domina las conminaciones penales**, y en caso de ausencia de fines de prevención especial justifica la pena por sí sola, mientras que no puede ponerse en ejecución una pena preventivo-especial carente de toda intención preventivo-general, a pesar del absoluto dominio del fin de la resocialización, con lo que lleva a ambos a un sistema cuidadosamente equilibrado, que con la limitación de sus elementos confiere un fundamento teórico a la punición estatal, nivelando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua.

1.5.3.- Penas Temporalmente Delimitadas y Penas por Tiempo Indeterminado.

Conforme a la potestad punitiva del Estado, deben plantearse sanciones que apoyen sus finalidades, empero, la trascendencia de la imposición de éstas, debe ser tal, que no implique una trascendencia desfavorable para la sociedad y para el individuo, ya que dicha pena no debe transformar radicalmente la vida del sentenciado ni el desarrollo de la sociedad. Así pues, la imposición de una sanción debe ser impuesta desde un punto de vista objetivo, con lo cual se cumplan los fines que la legislación penal se ha planteado (en el caso de México, conforme a los postulados de las teorías **preventivas “general y especial”**).

Por ello, el Estado, al establecer las penas, debe delimitar los parámetros conforme a la gravedad del hecho delictivo tipificado, o bien, de conformidad con la peligrosidad del sujeto al que se le ha de imponer dicha punibilidad, si así lo estima tal legislación.

La temporalidad de la pena debe ser determinada, y no estar al libre arbitrio judicial, razón por la cual a nivel penal, las únicas que deben tener una temporalidad

indeterminada son las medidas de seguridad en donde los inimputables o los enfermos mentales deben ser confinados a establecimientos clínicos para su tratamiento, así como en los casos de prohibición de acudir a lugar determinado, también debería de ser por tiempo indeterminado.

Pero en todos los demás casos las sanciones penales deben estar legalmente determinadas para que dentro de ese parámetro, del mínimo y máximo, según la magnitud del injusto penal, el juzgador imponga el grado de culpabilidad que ha de imponerse en concreto. Y de esta manera los principios de legalidad y seguridad jurídica estarán siempre presentes, teniendo el gobernado, siempre, la certidumbre de la sanción a que podría estar sujeto a compurgar.

1.5.4.- Tipos de Penas y Medidas de Seguridad en La Legislación Mexicana.

En México por su postura preventivo general y especial, por las que se ha declarado participe, como lo indica el artículo 52 del Código Penal Federal, las penas se identifican como aquellas intimidadoras, correctivas y neutralizadoras, según el bien jurídico tutelado por la norma y la gravedad del injusto penal ejecutado, amén de que debe castigarse por el hecho que realmente se cometió y no por la menor o mayor peligrosidad del delincuente.

De igual forma, otra clasificación de las sanciones penales es la que se hace consistir en penas **corporales, contra la libertad, pecuniaria y contra ciertos Derechos, sin embargo en el artículo 22 de Nuestra Carta Magna**, existe la prohibición expresa de imponer a determinadas sanciones, como son: las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

Por ello únicamente las penas y medidas de seguridad que se contemplan en nuestra legislación Penal Federal (artículo 24. Código Penal Federal) son:

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

15. Suspensión o disolución de sociedades;

16. Medidas tutelares para menores;

17. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Pero de todas las penas anunciadas, las principales que contemplan los tipos penales, son las de prisión y multa, las cuales en capítulos posteriores se abordará su estudio de manera específica.

CAPITULO II

LA PENA DE PRISION.

2. La Prisión.

2.1.- Consideraciones Generales

La prisión es una institución que se caracteriza por ser un establecimiento con un régimen especial, donde se encuentran los sujetos que han sido privados de su libertad por disposición judicial. Este tipo de pena representa el aspecto fundamental del régimen represivo. Pero lo que “...obviamente, caracteriza a las penas privativas de libertad es la ligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido”³¹. Es un sitio en donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de la libertad corporal, por haber cometido un delito que previamente se establezca.

No debemos confundir la Pena de Prisión con la prisión preventiva, ya que esta última no se reputa como pena, sino que es una medida cautelar precisamente para evitar

³¹ MUÑOZ Conde Francisco y GARCIA Arán Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Ob. Cit. pág. 556.

en muchos de los casos la fuga mientras se ventila el proceso, asegurando la presencia del imputado en el juicio, lo que va a servir para una mejor procuración y administración de la justicia; por ello, no puede tener la consideración de pena.

En amplio sentido, se puede decir que los antecedentes más remotos de la pena de prisión los encontramos en Roma, donde tenemos más clara una historia de lo que puede ser la prisión; ésta no era propiamente una pena, ya que tan solo en ella se ataba al prisionero mientras se preparaba su ejecución o se les enjuiciaba sumarísimamente antes de ejecutarlos o ponerlos a trabajar en labores sumamente pesadas. Naciendo la primera cárcel entre 670 a 620 a.c., la cual fue fundada por Tulio Ostilio, el tercero de los reyes romanos.³²

El otro antecedente que se puede tener de la pena privativa de libertad, posterior a la establecida por los romanos, es en el derecho canónico; el *presidium* era el lugar de penitencia y es de ahí, de donde se toma el modelo para que el Estado castigue; pero en los conventos fueron naciendo las cárceles, el encierro y olvido de los presos en los calabozos o torres, que posteriormente adoptarían los señores feudales, quiénes imponían castigos a su libre arbitrio y frecuentemente con el único fin de deshacerse por un tiempo indeterminado de opositores o personas desafectas a su autoridad; la gran mayoría de los reprimidos llegaban a morir en el olvido, en un lugar insalubre e inhumano o bien eran culminados a trabajos forzados; pero ante tales condiciones, evidentemente, nunca la pena cumplía una finalidad concreta.

La aparición y consolidación de la prisión como pena es relativamente reciente; aunque en todas las épocas históricas la posibilidad de privar de libertad a los ciudadanos ha estado presente de una u otra forma; pero su previsión como pena destinada a responder frente al delito no es tan antigua. El fenómeno, como tantos otros del Derecho penal actual, suele situarse genéricamente en la época denominada de la "Ilustración" (siglo XVIII) y la aparición del Estado moderno. Siendo dicha pena un paso gigantesco en pos de la humanización de las sanciones penales, aunque esta afirmación pueda resultar extraña; sin

³² RODRÍGUEZ Manzanera, *Penología*, 2º Ed., Editorial Porrúa, Méx. 2000, pág. 210.

embargo, dicha pena fue en el momento de su aparición una institución revolucionaria por varios motivos, ya que vino a sustituir en muchos casos a la pena de muerte y sobre todo, a penas corporales como la tortura, las penas infamantes, propias de un sistema basado fundamentalmente en la intimidación; asimismo, se ausentó la idea de la pena de prisión, como una mera utilización del trabajo de los condenados y aprovechamiento de mano de obra sin pago alguno.

Pero lo que más contribuyó al éxito de la prisión, como pena caracterizada por la separación del individuo respecto a la sociedad durante un cierto tiempo, fue la posibilidad de imponer una sanción graduable cuantitativamente y adecuada a la gravedad del delito. Con ello podía atenderse a las necesidades del principio de proporcionalidad de las penas que el liberalismo había consagrado como imprescindible para el nuevo Derecho penal.³³

Dentro de la Reforma del sistema penitenciario, aparece la obra HOWARD “The State of Prisons in England and Wales” (El Estado de Las Prisiones en Inglaterra y Gales, 1776). A partir de la denuncia del estado lamentable de las prisiones europeas que se dedicó a visitar, este autor propugnó una reforma basada en la mejora de las condiciones de vida en las cárceles, el aislamiento nocturno de los condenados y el carácter reeducador del trabajo penitenciario. Siendo esta obra el punto de arranque de la reforma penitenciaria y de la regulación del régimen interno de las prisiones.

A partir de ahí se erigieron varios sistemas penitenciarios, como son:

- a). El **Sistema Celular** o Filadélfico, llamado también sistema solitario, con aislamiento absoluto durante día y noche, y exclusión de todo trabajo; la enmienda era de esperarse por el arrepentimiento, instado por la rigurosa soledad.

³³ MUÑOZ Conde, quien además hace la siguiente observación “Sin embargo, y aún con tal avance citado, la pena de prisión durante los siglos XVIII y XIX, posterior a la reforma, se siguió en la ausencia de condiciones sanitarias, el hacinamiento, el trato degradante, es decir se aplicó totalmente desprovista de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretenden seguir en cualquier sistema civilizado.”; Op. Cit; pág. 557.

b). El **Sistema Mixto**, de Auburn (1823), llamado también silent system, con separación durante la noche, pero trabajo en común durante el día, bajo un régimen de absoluto silencio mantenido con el máximo rigor a latigazos

c). El **Sistema Progresivo o Inglés**, llamado también separate system (Pentonville, en Londres, 1824), en el que se tomó del celular el aislamiento sólo para caracterizar el primer grado de los varios que se suceden a lo largo de la pena, y cuya duración fue primero de dieciocho meses, de nueve después; pero a este primer grado sigue el segundo, durante el cual se trabaja en común pasándose por cuatro períodos también progresivos, según los efectos observados; el tercer grado lo constituye la libertad condicional, revocable. Una modificación a este tercer grado fue introducida en Irlanda, y consiste en que antes de obtenerse la libertad condicional se pasa a un establecimiento intermedio, en el que se goza de un cierto ensayo de libertad completa. Se ha llamado a esta modificación "sistema irlandés".

d). El **Sistema de los Reformatorios** (Estados Unidos, 1876), en el cual, mediante la pena indeterminada, se busca la individualización del régimen de privación de la libertad a fin de corregir y reeducar al penado, para lo que se refuerza su cultura física y espiritual por medio de gimnasios modelo, educación militar, escuelas y talleres, libertad bajo palabra y gobierno interior de la prisión con intervención de los propios penados.

e). El **Sistema de Clasificación** o Belga (1921) cuya base es la individualización del tratamiento, para lo cual se clasifica a los reclusos considerando: 1. Seriación atendiendo a la procedencia (rural o urbana), educación, instrucción, delitos, si son delincuentes primarios o reincidentes; 2. Los peligrosos, separados en establecimientos diversos; 3. Separación entre los establecimientos penitenciarios para penas largas de prisión y para penas cortas; en éstos el trabajo no es intensivo, en aquéllos sí; 4. Laboratorios de

experimentación psiquiátrica anexos a las prisiones; y 5. Supresión de la celda y modernización del uniforme de presidiario.

f). **El Sistema de los Establecimientos Penitenciarios Abiertos**, o sea aquéllos que se caracterizan por un régimen de autodisciplina basado en el sentido de responsabilidad del penado. Tales establecimientos carecen de guardia armada, de muros, rejas, cerraduras y todo lo que es usual en los establecimientos cerrados. Las prisiones abiertas requieren, como es por lógica, una cuidadosa selección de los alojados en ellas, tomando en cuenta su aptitud para adaptarse al régimen de la institución y desde el punto de vista de la readaptación social del recluso suponen gran ventaja sobre los demás tipos de establecimientos penitenciarios.

Por otro lado una clasificación penitenciaria puede hacerse a base de los criterios de sexo, edad, trabajo, salud psíquica, la duración de la pena y la condición, ocasional o habitual del delincuente, son también un criterio de clasificación, Deben existir establecimientos penitenciarios: para penas cortas y largas de prisión; para delincuentes de ocasión o habituales; para mujeres y varones; para jóvenes y adultos; para enfermos físicos, para débiles físicos y para inadaptados, inestables y débiles mentales; también deben existir establecimientos a base de trabajo industrial, colonias con trabajo agrícola y prisiones-escuelas, donde se organice el aprendizaje, la formación industrial y profesional y la educación del recluso. Para individualizar adecuadamente el tratamiento penitenciario es de desear que funcionen en las prisiones preventivas anexos psiquiátricos; debe haber un establecimiento especial para condenados y presos políticos con separación, por lo menos, de estas dos categorías.

Sistemas y métodos de clasificación que fueron o aún son utilizados, pero sin embargo no han dado los resultados deseados, para una rehabilitación de los delincuentes³⁴; no obstante, hasta la fecha la pena de prisión sigue teniendo diversas funciones importantes en el Estado de Derecho, ya que es una de las formas más dramáticas de la reacción penal, toda vez que tiene diversos efectos que variarán según sea considerada:

a).- Como *punibilidad* cumplirá exclusivamente funciones de *Prevención general*:

1.- *Positiva*, afirmando valores y expresando el reproche de determinadas conductas. Es sabido que la prisión es la "medida" básica para calificar la calidad de los bienes jurídicamente tutelados; y

2.- *Negativa*, pues es una sanción "altamente" intimidatoria, y el temor a perder la libertad puede ser mayor aún, que el miedo a perder la vida.

b).- Como *punicción* reforzará la *prevención general*, ya que el juez al dictar sentencia: 1.- Reafirmará la fuerza y autoridad de la norma jurídica; 2.-Descalificará pública y solemnemente el hecho delictuoso

Además de estas funciones manifiestas de la privación de libertad, existen una serie de funciones, entre las cuales tenemos:

³⁴ Ya que "el sistema celular se encuentra en franca derrota, considerándose que la celda es una incubadora de tuberculosos, pues carece de aire sano y de luz suficiente; además el aislamiento enferma la mente de los hombres. Los delincuentes enloquecen, el sistema es costosísimo y el trabajo es imposible organizarlo debidamente, además de que, por vivir en una atmósfera insana dentro de su celda, el reo se incapacita a veces definitivamente para tornar a la libertad. El sistema progresivo es más aplaudido, pero el trabajo en común permite a su amparo la promiscuidad. Un perfeccionamiento mayor se encuentra en el sistema de clasificación, el que requiere indispensablemente: personal especializado para el servicio de las prisiones, suficientes elementos económicos y científicos para convertir el trabajo en obligatorio y adecuado a las condiciones de cada recluso, pena indeterminada en su duración y libertad condicional que pone en manos del recluso "la llave de su celda", RODRÍGUEZ Manzanera, *Penología*, Op. Cit. pág. 223.

1.- A nivel psicosocial:

A) Función vindicativa.

B) Función de cobertura ideológica. Que a su vez puede ser:

i) Transferir responsabilidad.

ii) justificar al Estado.

2.- A nivel económico-social

A) Mecanismos Generales:

i).- Sociales (estigma).

ii).- Jurídicos:

a) Interpretación.

b) Presunción culpa.

c) Reincidencia.

d) Agravantes.

e) Asistencia post-prisión.

B) Función de coadyuvancia al control del mercado libre de trabajo.

C) Función de reforzamiento de la protección a la propiedad privada.

3.- A nivel político

A.-Función de mantenimiento del statu quo

B.-Función de control sobre las clases dominadas

C.-Función de control de opositores políticos

Es decir, a través de la ejecución de la pena se intentará obtener un doble efecto: el culpable no podrá volver a cometer el delito durante el tiempo de la condena, al estar privado de la libertad o de cualquier otro derecho cuyo ejercicio le permitió delinquir y, por otra parte, se tenderá a conseguir que el ciudadano supere las circunstancias que le condujeron a cometer la conducta desvalorada, proporcionándole nuevos principios para que libremente opte por no reincidir.

2.2.- La pena de Prisión en Nuestra Legislación Vigente

Nuestra ley fundamental permite la pena de prisión en los artículos 14 y 16, en cuanto disponen que nadie podrá ser privado de su libertad, sino mediante previo juicio, o en su caso la autoridad jurisdiccional podrá girar orden de aprehensión únicamente cuando el delito que se persigue tenga cuando menos pena privativa de libertad, además que ligado a ello el artículo 18 de la Constitución es el que expresamente regula el sistema penal, señalando al respecto “...*El Gobierno de la Federación y de los Estados organizará el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...*”.

Así pues, de acuerdo con la Constitución Política, el sistema penitenciario en nuestro país está pensado y estructurado con base en el *Sistema Progresivo Técnico* teniendo como objetivo principal la consecución de la readaptación social del delincuente a través de la educación, la capacitación (en un oficio) y el trabajo. Este Sistema Progresivo Técnico, considera al trabajo como un factor fundamental en la readaptación social y provee de las condiciones humanas necesarias para reducir las probabilidades de su desadaptación y para reincorporarse a la sociedad productiva, como ejemplo, se cita el caso de la entonces República Federal Alemana el régimen penitenciario se proyectar en dos puntos capitales, el trabajo y la educación política cultural, el primero debe de dejar de ser un sometimiento para convertirse en un sistema de liberación. En cuanto a la educación se debe hacer mediante películas, lecturas, asistencia a escuela para adultos, conferencias, y con ello se procura inculcar al sujeto que no ha dejado, por ello, de pertenecer a la colectividad, el amor a su patria y a su régimen, y conforme a esto, en México el Instituto Nacional de Estudio para Adultos (INEA), debería de tener mayor participación en estas cuestiones.

Además que el artículo 7° de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, establece que: *“El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente”,* y continúa el precepto: *“Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa”.*

En el Código Penal Federal, se contempla a la pena de prisión en su artículo 25, la cual consiste en la **privación de la libertad corporal**. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión.

Las penas se compurgan conforme lo ordena la Ley General de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, a nivel federal; y a nivel local, por cuanto respecta al Distrito Federal es aplicable la Ley de Ejecución de Sanciones Penales; ambas leyes concuerdan fundamentalmente en el propósito declarado por Nuestra Carta Magna, en donde como ya se dijo, se precisa que la organización del sistema penal mexicano la organización se establece sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.³⁵ Sin embargo consideró que en la educación en beneficio del delincuente debe insistirse aún más y darle a este factor readaptativo la misma importancia que se le concede al trabajo, porque ninguna política penitenciaria puede prescindir de ella.

Pero cada establecimiento penitenciario debe tener su propio Reglamento Interior, en donde se haga constar, clara y terminantemente, cuáles son las infracciones y correcciones disciplinarias; así como los hechos meritorios y las medidas de estímulo. Sólo el Director del reclusorio podrá imponer las correcciones previstas por el Reglamento, tras un procedimiento sumario en que se comprueben la falta y la responsabilidad del interno y se escuche a éste en su defensa. El interno podrá inconformarse con la corrección aplicada, recurriendo para ello al superior jerárquico del Director del establecimiento (empero, en la realidad es sabido que estas determinaciones son indiscutibles).

Se entregará a cada interno un instructivo, en el que aparezcan detallados sus derechos, deberes y el régimen general de vida en la institución.

Los internos tienen derecho a ser recibidos en audiencia por los funcionarios del reclusorio, a transmitir quejas y peticiones, pacíficas y respetuosas, a autoridades del exterior, y a exponerlas personalmente a los funcionarios que lleven a cabo, en comisión oficial, la visita de cárceles.

³⁵ Algunos especialistas han manifestado que sería conveniente pensar en la necesidad de incluir el tratamiento médico como un medio para readaptar al delincuente, y no únicamente estimar el trabajo la capacitación para él mismo y la educación, como los medios adecuados para lograr su readaptación social.; CARRANCA y Trujillo Ob. Cit., Pág. 26 y 27.

Se prohíbe todo castigo consistente en torturas o en tratamientos crueles, con uso innecesario de violencia en perjuicio del recluso, así como la existencia de los llamados pabellones o sectores de distinción, a los que se destine a los internos en función de su capacidad económica, mediante pago de cierta cuota o pensión. Lo anterior tal y como lo ordena el artículo 13 de la Ley General de Normas Mínimas sobre Readaptación de Sentenciados.

Sin embargo si cada establecimiento penal tiene su propio Reglamento Interno, de esta manera es distinto el ordenamiento del Centro de Readaptación Social “Santa Martha”, que cualquiera de los Reclusorios Preventivos de esta ciudad o los de cualquier otra entidad Federativa, sin que exista uniformidad en la readaptación de los delinquentes. Por ejemplo, en Tamaulipas, donde es preocupación permanente de la Dirección General de Readaptación Social, mantener y dar asistencia al desempeño productivo de los internos que se encuentran en los penales del Estado y de esta manera elevar su calidad de vida; ello es así por que en dicha entidad federativa, sus penales han sido convertidos en una industria, en la que la fuerza productiva de los Centros de Readaptación Social se caracteriza por la adecuada organización y calidad³⁶

En contraste, vale la pena destacar los casos de los Centros Penitenciarios de máxima seguridad, como el de “La Palma” en el Estado de México o de Puente Grande en Jalisco, en donde el trabajo es casi nulo y más aún el trato con otros internos, y nulos también los esfuerzos en materia educativa; situación que es resultado de las reglas de conducta a las que están sometidos los internos, es decir, de la aplicación de los Reglamentos Internos.

³⁶ <http://webcom.com.mx/cronica/2000/jul/04/int08.html>

2.3- Computo de la Pena

El computo es para efectos de que la pena de prisión impuesta sea estrictamente determinada, es decir que el sentenciado tenga la seguridad que desde un día determinado se le está tomando en cuenta para compurgar su sanción y que sepa exactamente qué día, de qué mes y de qué año, se va a extinguir ésta por haberse cumplido cabalmente, para que la autoridad ejecutora lo ponga en libertad, y quede totalmente extinguida la sanción.

El mismo artículo 25 del Código Penal Federal, se refiere a este tema, señalando que *"...las penas de prisión impuestas se compurgarán de manera sucesiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención"*.

Observándose de lo anterior que el tiempo durante el cual, el sentenciado permaneció en Prisión Preventiva, también será tomado en cuenta para el referido cómputo de la pena impuesta; ello es así debido a que no se debe echar en saco roto el tiempo que igualmente estuvo privado de su libertad en tanto se ventilaba jurisdiccionalmente su situación jurídica en definitiva.

Pero la temporalidad máxima que el Código Penal Federal marca para imponer la pena es de cincuenta años a excepción del delito de homicidio calificado, donde es de sesenta, y el tiempo mínimo es precisamente el de tres días, pero si el reo fue sentenciado en varios juicios, estas diversas sanciones privativas de libertad serán acumulables; es decir, al compurgar la primeramente impuesta continuará interno por razón de la faltante, ya que no puede compurgar ambas al mismo tiempo.

Además que conforme a la política que se sigue en nuestra legislación, la efectiva readaptación social será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento

del sentenciado. La Remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para este efecto, el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo.

2.4.- Ejecución de la Pena Privativa de Libertad

La ejecución de las sanciones corresponde al Ejecutivo Federal, por medio del órgano técnico denominado Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Gobernación; dependencia a la que la ley atribuye la facultad para establecer las reglas de organización penitenciaria, como lo marca el artículo 3° de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social que en lo conducente se transcribe: *“La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, tendrá a su cargo aplicar estas normas en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación. Asimismo, las normas se aplicarán, en lo pertinente, a los reos federales sentenciados en toda la República y se promoverá su adopción por parte de los Estados. Para este último efecto, así como para la orientación de las tareas de prevención social de la delincuencia, el Ejecutivo Federal podrá celebrar convenios de coordinación con los gobiernos de los Estados.”*

Como reglas generales se establece:

I. La separación de los Delincuentes que revelen diversas tendencias criminales.. teniendo en cuenta las especies de los delitos cometidos, las causas y móviles que se hubieren averiguado en los procesos, además de las condiciones personales del delincuente;

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

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

IV. la orientación, además de que en concordancia con las reglas del artículo 38 Código Penal Federal, se dan otras exclusivamente relativas al trabajo de los penados y a la distribución de su producto, en donde el trabajo se establece como obligatorio, orientado hacia la industrialización, y cuya retribución económica se aplicará en un 30 % al pago de la reparación del daño y el 70 % restante al sostenimiento de los dependientes económicos del delincuente, a la constitución del fondo de ahorros del mismo y a sus gastos menores, todo ello después de deducir de dicho producto lo que deba ser aplicado al pago de manutención y vestido del recluso.

De esta manera se desprende que el tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas penales pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales.

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres quedarán recluidas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados, en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos.

En el curso del tratamiento se fomentará el establecimiento, la conservación y el fortalecimiento, en su caso, de las relaciones del interno con personas convenientes del exterior. Para este efecto, se procurará el desarrollo del Servicio Social Penitenciario en cada centro de reclusión, con el objeto de auxiliar a los internos en sus contactos autorizados con el exterior.

Y, por último, tendrán derecho a la visita íntima, toda vez que ésta tiene por finalidad principal el mantenimiento de las relaciones maritales del interno en forma sana y moral, las que no se concederán discrecionalmente, sino previos estudios social y médico, a través de los cuales se descarte la existencia de situaciones que hagan desaconsejable el contacto íntimo.

La extinción o liberación jurídica de la prisión se da por varios caminos: por expiración del plazo íntegro de la condena, por indulto, amnistía, condena condicional, perdón, prescripción, muerte del interno o por conmutación a otra pena.

2.5. Críticas a la Pena de Prisión

La pena privativa de libertad fue, una vez un gran progreso en el camino hacia la humanización del Derecho Penal, por que con ella se relevaron los crueles castigos corporales del tiempo pasado. En este marco de ideas, es imprescindible hacer referencia a la obra de Beccaria "Del Delito y de la Pena" (1764), por pretender humanizar al sistema penal, ya que sus reflexiones sobre la crueldad de las penas fueron formuladas desde una posición utilitarista, así como manifestó que las penas atroces hacen que el delincuente

arriesgue más para eludirlos, impiden la proporcionalidad con el delito que requiere la finalidad preventiva y la impunidad misma nace de la atrocidad de los suplicios.

Es evidente que en algunas épocas fue aceptable la pena de prisión (sin legitimarla), sin embargo el abuso de ésta ha causado un franco deterioro en todo el sistema penal. Carrancá y Rivas señala al respecto que *"la prisión no es, desde luego, expiativa y redentora en el grado extremo en que le han imaginado sus apasionados defensores, incluso de las mejores cárceles puede decirse que son criminógenas que corrompen en un índice alarmante y preparan a la reincidencia"*³⁷.

Asimismo, la idea de la rehabilitación del delincuente mediante la aplicación de la pena de prisión ha entrado en una profunda crisis. Por un lado, aparecen todas las críticas al propio concepto de resocialización en la medida en que puede contener la pretensión moralizante de cambiar las actitudes internas del condenado, o la hipocresía de intentar reincorporar al individuo a la misma sociedad que genera las causas de la delincuencia, sin procurar atajarlas. Asimismo, la rehabilitación parece poder predicarse exclusivamente de los delincuentes marginales e inadaptados, pero no de aquéllos perfectamente identificados con las pautas de la sociedad en la que viven.

Es por ello que reaccionan varios movimientos en contra del propio Sistema Penal, desde los extremistas que pretenden que las sanciones sean mucho más severas (hasta el grado de la pena de muerte), hasta el movimiento Criminológico denominado *Neorrealismo de Izquierda* iniciado en Estados Unidos de Norte América, en donde consideran los impulsores de esta corriente que la prisión debe ser mantenida, pero solo en las extremas circunstancias en que la libertad del delincuente represente peligro para la sociedad. Además, según los mismo impulsores del movimiento precitado, *"la vida en el interior de la prisión debe ser lo más normal posible y debe implementarse el arresto de fin de semana para que el condenado conserve su trabajo y sus relaciones sociales normales la pena debe tener un carácter moralizador de la clase, es decir, con ella el autor de un*

³⁷ Cit. RODRÍGUEZ Manzanera; *Penología*, Ob. Cit.; pág. 226.

delito se avergonzará de haber agredido a un miembro de su propia clase, y contribuiría a organizar a la clase obrera y a los sectores marginados”³⁸

Tenemos también la corriente ideológica denominada Criminología Crítica, que propone la mínima intervención del Sistema Penal en la vida social; entre sus ideas se encuentra que la pena de prisión se debe extinguir totalmente.

Además de este pequeño preámbulo, existen varias más objeciones en cuanto a esta pena de prisión, las cuales en lo que sigue se tratan.

2.5.1.- La Pena de Prisión Tiene Efectos Disocializadores Hacia los Sujetos que se les Aplica.

En efecto, la prisión excesivamente larga es inhumana y muy disocializadora, por lo que resulta contraria a la resocialización. Por otra parte, se reprocha a la prisión corta su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación; sin embargo, concretar lo que es excesivamente corto o largo en la duración de la prisión plantea problemas que expresan el constante conflicto entre prevención general y prevención especial.

*“En definitiva, resulta extraordinariamente problemático referirse a la prevención general y especial como conceptos absolutos y válidos para todo tipo de delincuentes, pretendiendo solucionar sus antinomias en la fijación de una duración concreta de la prisión que aspire a recoger todas las exigencias de una finalidad.”*³⁹

En el momento en que el recluso pisó el establecimiento entrega su individualidad, se le corta todo contacto con la vida exterior; se le quita toda propiedad

³⁸ MARTINEZ Sánchez Mauricio, *¿Que pasa en la Criminología moderna?*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, Pág. 33.

³⁹ MUÑOZ Conde Francisco y GARCIA Arán; *Derecho Penal Parte General* Ob. Cit; pág. 558 y 559.

privada, pierde el derecho de disposición, come, duerme y trabaja por órdenes; es controlado y llevado como una persona incapaz e indigna de tenerle confianza. Se le expulsa de la sociedad como un objeto de un valor inferior. Se pierde el sentimiento de ser alguien.

Se considera que la Pena de Prisión debe llevar a concebir la resocialización, así como interiorización de pautas de conducta, sin embargo las consecuencias son contrarias. toda vez que la pena privativa de libertad tiene un efecto múltiple disocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral; es decir, se detiene el curso normal de su vida. Cuando quebranta el matrimonio o la relación de pareja, se ve deteriorado por el efecto social discriminador de la detención o simplemente por la separación personal; y el preso pierde su trabajo, el autor del delito vuelve a la libertad sin vínculos ni medios, y, generalmente, no vuelve a ser aceptado por nadie. De este modo, él puede quedar definitivamente marginado de la sociedad y ser más peligroso criminalmente que antes de cumplir la pena.

Las prisiones en México se enfrentan al fantasma de la superpoblación que las hace deficientes; al mismo tiempo aumentan los porcentajes de criminalidad por la injusta distribución de la riqueza, el analfabetismo la explosión demográfica y una serie de problemas sociales que agravan el Sistema Penal Mexicano. Un estudio realizado por el Parlamento Latinoamericano (Parlatino), demuestra que las cárceles latinoamericanas albergan a más de medio millón de presos que viven en condiciones infrahumanas, de hacinamiento, violencia y drogas. De acuerdo con el documento distribuido por la Secretaría General Alterna del Parlatino, con sede en San José de Costa Rica, ha quedado detallado que el país con mayor número de presos en la región es Brasil con 148 mil internos, seguido de México con 124 mil.⁴⁰

Por ello, en la realidad de los países como el nuestro la resocialización es un sueño, basta para entender este apartado, citar las palabras de Carlos Tornero Díaz, Exdirector General de Reclusorios del la Ciudad de México, "*...percibo de las prisiones*

⁴⁰ <http://webcom.com.mx/cronica/2000/jul/04/int08.html>

una depresión profunda que expresa el ánimo de los internos, perdidos en un tiempo ausente. Sin punto de apoyo, buscan consuelo en el pasado... la depresión en la que muchos internos flotan sin sentido y muchos descienden hasta la profundidad de la esquizofrenia...⁴¹

Ello es así por la falta de atención al problema concreto que tiene cada sujeto, y muchas de las sanciones pasan de largo sin ninguna ayuda médica o psicológica adecuada, inclusive las fichas de ingreso son mero trámite, que de nada sirven por estar elaboradas a la carrera, o bien su historial clínico es conjuntado con todos los demás, en el cajón del olvido. Sin embargo, para cada recluso es necesario un riguroso reconocimiento médico general, averiguar su salud física y psíquica, que no sólo deben culminar con el estudio de personalidad solicitado por el órgano jurisdiccional, sino que éste debe continuar hasta el término de la reclusión con el fin de tratar todas las alteraciones físicas y psíquicas que pudieron desarrollarse en el transcurso de su internamiento (especialmente como consecuencia de la encarcelación y de la dificultad de la adaptación a la vida carcelaria).

La perspectiva se acentúa al tratarse de Centros de Readaptación Social de máxima seguridad, en donde por Reglamento Interno se prohíbe el contacto con otros reos, y tan solo estos tienen contacto con los custodios, o bien con sus familiares a través de un cristal en el mejor de los casos; en este sentido se pierde la noción del tiempo y sobre todo el sentir vivir en sociedad por la prolongada estancia en el aislamiento.

Otro de los problemas al respecto es que, si bien es cierto, en la ley se establece que la educación es condición fundamental para una rehabilitación social de los reos, lo es también que, si apenas es posible educar a los hombres hacia una vida responsable en sociedad cuando éste es libre, estando en prisión será más ardua y difícil la tarea de la rehabilitación y resocialización de los internos, lo que tiende a agravarse con su aislamiento respecto de la sociedad, ya que en tales condiciones de vida tan radicalmente distintas a la vida en libertad, nunca va a adquirir una conciencia de responsabilidad.

⁴¹ SCHERER García Julio, *Cárceles*, Ed. Extra Alfaguara, Méx. 1998, pág. 67.

Como alternativa a la cárcel, se propone que en lugar de marginar y excluir a los autores del delito, se debe buscar que el delincuente adquiera un “*compromiso moral*” hacia la comunidad, que lo obligue a realizar servicio a su favor y a resarcir los daños producidos por el delito.⁴²

2.5.2.- La Pena de Prisión Perjudica al delincuente Ocasional.

La criminalidad es aquella calidad o circunstancia que hace que una acción sea criminosa, misma que según el ordenamiento penal será delito grave o no grave. Esto viene a colación debido a que existen integrantes de la comunidad, que en su vida han delinquido, sin embargo, por alguna circunstancia fueron motivados o impulsados a hacerlo; es obvio que en su contra va a caer la ley, no obstante lo anterior, ese sujeto no ha delinquido porque tenga esas tendencias o sea un sujeto peligroso, sino que, por circunstancias ocasionales y hasta casuales le colocaron en el escenario crimoso; y al recluirlo en prisión se altera la línea de conducta social y familiar por la que se venía conduciendo.

Por ello se debe hacer el cálculo del efecto de “*infección*” criminal que puede tener la pena privativa de libertad. El autor del delito, que ha perdido sus anteriores relaciones, se asocia en la penitenciaria con quienes llevan la batuta de la delincuencia y ellos lo dirigen directamente hacia el camino de la criminalidad. No son pocos los delitos perpetrados por personas que se conocieron en el centro penitenciario y que posteriormente operaron conjuntamente. Así, la pena privativa de libertad puede, por virtud del ambiente criminal, transformar definitivamente en delincuente a un individuo que era relativamente inofensivo.⁴³

⁴² MARTINEZ Sánchez Mauricio, *¿Que pasa en la Criminología moderna?*, Ob. Cit.; Pág 31.

⁴³ Claus Roxin, en la Conferencia expuesta en el Ciclo denominado “Puntos de discusión de Vanguardia en las Ciencias Penales” el 4 de Septiembre del año 2000, en México, traducida del alemán por ARANDA Diaz Enrique, en *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho*. Ob. Cit., Pág 89 a 91.

Inclusive, debemos apuntar que las penas cortas de prisión no pueden combatir el problema, ya que éstas resultan eficaces en relación a determinados delitos como los que habitualmente se cometen por sujetos socialmente integrados (delitos económicos, delincuencia de tráfico vehicular, etc.), respecto a quienes la prisión, aunque sea de corta duración, siempre produce un efecto intimidatorio, y, por otro lado, estos primodelincuentes no se encuentran sometidos a los mismos riesgos disocializadores al contar con mayores posibilidades de reintegración social.

*“La cuestión es práctica y no teórica, en cuanto si una persona concreta tiene que ser castigada o no por un comportamiento concreto. Pero con el “si” y el “cómo” de las reacciones penales se describen dos ámbitos de tareas del mismo rango político jurídico. Pues las consecuencias jurídicas más diferenciadas y la ejecución penal más moderna son sin sentido y dañinas si ellas se aplican a una persona, respecto de la cual la respuesta socialmente adecuada a su comportamiento consistiría en la no imposición de penas”*⁴⁴

2.5.3.- Por el Alto Costo.

Con la Pena de Prisión, el Estado eroga una considerable cantidad de recursos económicos de su presupuesto para sustentar este tipo de penas, ya que debe hacer los establecimientos adecuados donde recluir a los reos, pagar salarios al personal, tanto técnico y administrativo, como de vigilancia; dar alimentos a los presos, incluyendo vestido; otorgar tratamientos médicos y la atención de muchas otras necesidades que, evidentemente, por la sobrepoblación de las cárceles en las que se vive en México, el gasto es exorbitante.

La pena privativa de Libertad, cuando se ejecuta en circunstancias inferiores a las humanas, es muy cara; porque el funcionamiento del establecimiento, el personal, la

⁴⁴ ROXIN Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito ...*, Op. Cit pág. 28.

vigilancia y el cuidado de los internos exigen cuantiosas erogaciones; y los recursos muchas de las veces se aplican a los aspectos más urgentes, lo que conduce frecuentemente a la situación de que para las medidas más específicas de resocialización no se designe mayor atención; de modo que, ya por eso el fin razonable de la prisión no se podrá alcanzar con la pena privativa de libertad en condiciones inferiores a las propicias, se perderá irremediablemente.

Así pues, como algunas referencias tenemos la prisión federal de Alcatraz, en Estados Unidos, que representaba un costo diario de 29 dólares por persona.

Pero si dicha cantidad es sorprendente en la actualidad, en el instituto de la Palma (antes Almoloya, Estado de México), el costo por interno es de \$600.00 pesos diarios, que equivale aproximadamente a sesenta dólares.⁴⁵

Y debido a tales circunstancias, se resalta y subraya, la censura contra la deficiencia de, y muchas veces, perjudicial alimentación que se ve obligado a recibir el recluso, aunado a los aspectos de asistencia médica y hospitalaria, no es menos angustiosa por el excesivo número de detenidos que no permite recibir el oportuno y rápido tratamiento médico, fuera de que estos profesionistas son pocos o trabajan medio turno solamente, las instalaciones hospitalarias son apenas mediocres, presentando en algunos casos carencias esenciales como la falta de agua y la ausencia de electricidad.

En cambio, el Estado podría ahorrar gran parte de ese dinero y aplicarlo en otras necesidades sociales, si en lugar de imponer la pena de prisión realiza una "disuasión preventiva", mediante la organización de la comunidad en grupos de cooperación ciudadana, con la policía, creación de patrullas juveniles, mayor vigilancia diurna y nocturna, se prevendría la comisión del delito. Los neorrealistas dedican especial atención a las instituciones comunidad y policía, para trazar una política criminal sectorial que trate de

⁴⁵ Dato proporcionado por Carlos Tornero Díaz, al ser entrevistado por Sherer Garcia Julio, en el Libro *Cárceles*, ob. Cit. Pág. 69.

representar los intereses de la localidad, del barrio, independientemente de la estratificación social.⁴⁶

2.5.4.- Principios Penales de Limitación de la Violencia por Carencia de Elementalismos.

La corriente Latinoamericana de Criminología Crítica, expone que las sanciones penales no tienen lugar dentro de un Estado de Derecho, por el hecho de que no es posible combatir la violencia con más violencia. Los elementalismos, los toma como las razones fundamentales no únicamente de la pena de prisión, sino en general de toda pena que no ayude al mejoramiento de la convivencia social, como lo es la pena de prisión, entre los principios tenemos:

a).- Principio de Lesividad

*"Este principio debe tener valor absoluto en las decisiones de la agencia judicial (lo entiendo como el Ministerio Público, como el detentador de la acción penal, y el Juez como órgano encargado de imponer las sanciones penales), porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de "moralización" subjetivizada y arbitraria del ejercicio de poder del sistema penal."*⁴⁷

Es decir, por medio del *principio de lesividad*, se pretende que las sanciones impuestas sean tomadas en conciencia y racionalidad de la acción represiva del sistema penal, toda vez que éste no puede llegar al límite de que se pretenda imponer una pena sin que ello presuponga un conflicto en que resulte afectado un bien jurídico tutelado y más

⁴⁶ MARTINEZ Sánchez, *¿Que pasa en la Criminología moderna?*, Ob. Cit, Pág. 31.

⁴⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl, *En Busca de las Penas Perdidas*. Op. Cit. pág. 196.

aún cuando dicha sanción no ayuda en nada a la comunidad, he aquí en palabras del propio Eugenio Raúl Zaffaroni: “...Si bien la pena siempre es irracional, sobrepasa el límite de lo tolerable cuando el conflicto que obra como presupuesto es de lesividad infinita o despreciable (principio de insignificancia), cuando no siéndolo, la pena prevista quiebra el límite de lo razonable de modo burdo, en cuanto a su proporción con la magnitud del conflicto o de la lesión”.⁴⁸

Por ello, cuando en casos concretos y por circunstancias particulares del mismo hecho, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, implique una lesión gravísima para la persona por razón de su circunstancia, o agregue un sufrimiento al que ya padeció el sujeto en razón de hecho, se tiene que prescindir de la pena de prisión e imponer otra que no lesione en esencia al reo.

b).- Principio de Respeto Mínimo a la Humanidad

La cárcel penetra al delincuente cierto o presunto, y no el hombre sujeto de derechos inalienables.

La lucha actual contra las penas en general es establecerlas sin lesionar ninguno de los derechos tanto respecto para los derechos del individuo como para los de la sociedad; razón por la cual es urgente una reforma al sistema penal, y concretamente a la aplicación de la pena de prisión al menor número posible de sujetos.

Porque sería un crimen de lesa humanidad que el Estado los abandonara a esa situación angustiosa y desesperante, solo porque son transgresores de la ley, por eso decía NIETZSCHE que “*Nuestro delito contra los delincuentes es tratarlos como canallas*”.⁴⁹ Entendiéndose por “*canallas*” como lo peor de la sociedad.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ LONDOÑO Jiménez, Hernando; *De la Captura a la Excarcelación*, 2º ed, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1983, Pág. 223.

La Organización de las Naciones Unidas, también se preocupa del tema toda vez que por medio de Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos elaboradas por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en 1933, y que a partir de 1955 cuando fue aprobado, cada cinco años se reúne para hacer una valoración sobre el tratamiento, cumplimiento y mejora del trato a los reclusos, sobre todo en lo que interesa a la importancia que revisten para la protección de los derechos humanos.

c).- Principio de Idoneidad relativa.

Pese a que la intervención del sistema penal resuelven los conflictos, existen limitantes para ello que es general y estructural, en tanto que existe otra que también es absoluta y que ni siquiera admite mayor discusión, cuando resulta evidente que el legislador pretende descargarse de un conflicto en forma burda, es decir, aumentando la penalidad se creó que disminuirá el índice de criminalidad.

Entonces, desde este punto de vista entre la realidad y la abstracción que hace el legislador, debe existir una conexión que permita resolver los problemas de fondo y no simplemente dar un matiz, con lo cual el poder legislativo trate de desembarazarse de los conflictos con aparentes soluciones que, en realidad, hace que los oculte o disfracen. En consecuencia, dicha idoneidad es que, si se va a aplicar una sanción penal, es con el conocimiento de que al sujeto o sujetos a quienes va dirigida les servirá de apoyo para integrarse a la sociedad.

d).- Principio de trascendencia mínima de la intervención punitiva.

“Toda intervención del sistema penal trasciende a la persona del criminalizado de modo estructural e inevitable. El criminalizado pertenece a un grupo que, por lo

*general, sufre las consecuencias de la criminalización. Nadie puede evitar esta trascendencia, sino mediante la supresión de la penal”.*⁵⁰

Como se dijo líneas arriba, la prisión es una estigmatización para el individuo al que se le aplica, y siempre va a ser señalado como delincuente, además de que casi en todas sus formas es altamente neurotizante disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un arduo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso.

⁵⁰ ZAFFARONI Eugenio Raúl: “*En Busca de las Penas Perdidas*”, Ob. Cit. Pág. 198.

CAPITULO III

EL DELITO

3.1.- Concepto de Delito.

3.1.1.- Concepto legal de Delito.

Si bien existe pugna para saber cuáles elementos constituyen al delito, entre los diferentes sistemas (Clásicos o causalistas, finalistas de la acción y funcionalistas)⁵¹, entendiéndose por estos, a las estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosóficos que sirven para analizar las conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito, también lo es que nuestra legislación penal mexicana, en el artículo 7º señala que el delito

“es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”

⁵¹ Mientras que en el sistema clásico y neoclásico el análisis de la conducta consistía fundamentalmente en establecer la relación causal entre la conducta y el resultado, en el sistema final de la acción era necesario, además atender al fin que había perseguido el autor al realizar su conducta. DIAZ Aranda Enrique, Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 19.

Definición de la que se desprende la existencia de un orden jurídico establecido en la Sociedad, que ha sido vulnerado por una actividad (acto u omisión) y el cual se reprocha mediante la amenaza de una pena previamente establecida en la Ley Penal.

Además nuestra Legislación Federal, de cierta manera es ecléctica, en este sentido, el artículo 19 de la Constitución política, así como el Código de Procedimientos Penales en su artículo 168, aluden a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del indiciado. Expresando este último que:

“...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

“La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

“El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley...”

Aunque en México se conserva el término “Cuerpo del Delito”, mismo que se integra por elementos externos u objetivos de la figura típica descrita por la ley,⁵² sin embargo, aún y cuando quede acreditado el Cuerpo del Delito, para atribuir a alguien esa conducta debe remitirse a, si ésta fue ejecutada dolosa o culposamente, y de esta manera poderle atribuir el hecho al sujeto del que se trate.

⁵² En México siempre se siguió este criterio, sin embargo en 1994, en post de una modernización dogmática y mayor seguridad y certeza jurídica en ámbito del Derecho Penal para una mejoría en la procuración y administración de la justicia, los legisladores decidieron cambiar Cuerpo del Delito, a Tipo Penal, siguiendo los postulados de la Teoría Final de la Acción, no obstante ello, por la basta exigencia para el Ministerio Público para acreditar tanto los elementos típicos objetivos y subjetivos, orilló a que se retornara en 1999 a la antigua estructura causalista.

En la Dogmática Jurídica tradicionalmente se ha dicho que el **delito es la acción típica, antijurídica y culpable**, es decir que el delito es un ente tripartita, empero hay quienes manifiestan que **es la Acción humana antijurídica, típica, culpable y punible**, destacándose aquí que los primeros 4 elementos son idénticos, tan solo aumentan la sanción como parte integrante del injusto penal, definiéndolo así el profesor Jiménez de Asúa: *“el Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”*⁵³

En tal virtud, este es el criterio seguido por la legislación penal mexicana, ya que del propio artículo 7º del Código Sustantivo Penal en cita, se desprenden tácitamente los siguientes elementos: acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad, aún y cuando otros autores consideren también a las condiciones objetivas de punibilidad.

3.1.2.- Concepto de la Escuela Clásica.-

La escuela Clásica encabezada por Francesco Carrara, definía al delito como *“la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”*.

Desprendiéndose de la anterior definición, que Carrara plantea al delito como un ente jurídico, compuesto de elementos, tanto de fuerzas morales como de físicas.

⁵³ CASTELLANOS Tena, Ob. Cit. 129 y 130.

3.1.3.- Concepto de la Escuela positivista

Esta escuela nace del movimiento científico positivista encabezado por Augusto Comte, con ideas tales como que el conocimiento viene de la experiencia y la experimentación mediante el uso del método.

Apoiado en ese pensamiento la Escuela Penal Positivista, de la cual destacan Enrique Ferri y Garófalo, siendo que este último dividió al delito en natural y en legal, entendiendo por el primero la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Considerando de igual forma al delito legal, la actividad humana que contrariando la Ley Penal, es lesiva de aquellos sentimientos.

El delito va a ser siempre una violación a normas establecidas por la misma sociedad, que les van a servir de apoyo para tener una convivencia sana en común, y cuya violación tendrá como consecuencia un reproche, toda vez que al citar "*el sentimiento altruista de probidad*", con ello intenta dar el mensaje de que el hombre debe estar consciente de sus actos y que no haga ningún daño que no quisiera que le causara ningún semejante.

3.1.4.- Concepto Criminológico de Delito.

La criminología nació como una disciplina con las investigaciones prácticas de César Lombroso (siglo XVIII), hacia enfermos mentales y delincuentes de Europa principalmente de Italia, que culminó en una clasificación de delincuentes.

Ahora bien, las corrientes modernas de la criminología tienen como objeto de estudio a la "desviación" que tiene un concepto más amplio que el de delito. En materia

social existe un término medio, una forma generalizada de ser o de comportarse, y lo que se aparta de este punto puede considerarse como desviación (negativa).

Una conducta desviada puede estar incluida o no en los Códigos y Leyes penales y ser objeto de interés del criminólogo, puede ser o no delito en los términos tradicionales. La criminología tradicional estaba aprisionada por las conductas tipificadas en los Códigos Penales y eso le impedía realizar análisis sobre otras, como por ejemplo los delitos de los poderosos. Los aportes al estudio de la desviación han sido realizados principalmente por los sociólogos.

Estos sociólogos consideran al delito como la acción o comportamiento humano socialmente relevante que afecte a la relación del individuo con su mundo circundante, es decir, cuando sus consecuencias alcancen a afectar a la sociedad.

3.2.- Elementos del Delito:

3.2.1- Actividad y La Falta de acción

a).- Acción

La explicación naturalista del acto o acción humana, se basa en relaciones causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre esa acción y el resultado se da una relación. Considerándose la acción como puro factor causal de un resultado.

Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo, es decir la libertad de intervención muscular, voluntariedad (fase externa, subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento

corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva, de movimiento corporal, ya en un no hacer "omisión", distensión de los músculos).

*"El delito se considerará en primer término como un acontecimiento físico y luego como un acontecimiento psíquico. Siguiendo esta línea, se ha pretendido que la tipicidad y la antijuridicidad se ocupan de la parte objetiva (externa) de la conducta y la culpabilidad de la subjetiva (interna). Según esta sistemática, pues, el injusto es objetivo y la culpabilidad subjetiva"*⁵⁴.

Cabe señalar que la "omisión" se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva)⁵⁵. Lo que hace que la omisión sea "omisión", es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida. Ahora bien, puesto que sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta enteramente correcto que ésta sólo se fundamenta desde fuera (externa, normativamente) y que, por tanto, no el que omite, sino el que juzga da realidad a la omisión.

La acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

A partir de Liszt el sistema causalista señala que los sub-elementos que integran a su vez al elemento acto, o acción son:

⁵⁴ Eugenio R. ZAFARONI, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ob. Cit. Pág. 345.

⁵⁵ "Todavía resulta más controvertido el concepto de la comisión por omisión, donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violan tanto una norma imperativa como una prohibitiva.", ORELLANA Wiarco Octavio A., *Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista*, ed. 11ª, Ed. Porrúa México. 2001, pág. 20.

- 1). La manifestación de la voluntad, que consiste en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión).

- 2). Un resultado que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y

- 3). Un nexo causal, que radica en el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto.

Mismos sub-elementos que han sido discutidos, en el sentido de que en los delitos de acción el resultado es material; en los delitos de omisión el resultado material no se presenta, ello ha inducido a plantearse el problema de la existencia de delitos sin resultado. La corriente dominante se inclina por sostener que no existen delitos sin resultado, y que en los delitos de omisión el resultado es jurídico.

En este punto se pueden mencionar las clasificaciones de delitos en materiales y formales; de daño efectivo y daño potencial o de peligro.

Edmundo Mezger considera que en los delitos de simple actividad el tipo penal se agota con el simple movimiento corporal, sin que sea necesario un resultado externo, pues el resultado va insito en el propio movimiento corporal.

Por lo que respecta al nexo causal Von Liszt (fundador del sistema causalista) planteaba como solución a este la "teoría de la equivalencia de las condiciones", y así nos dice:

“El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efectos (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal, sin que deba dejarse de producir el resultado ocurrido (conditio sine qua non). Naturalmente que, de este modo, sólo consideramos el resultado en forma concreta... todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor.”⁵⁶

Sin embargo, dentro de la Teoría Finalista de la Acción propuesta por Hans Welzel.⁵⁷ considera que la acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, considera que la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo; finalmente, concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada en el mundo externo.

b).- Falta de acción

El penalista Francisco Pavón Vasconcelos, asegura que el aspecto negativo de la acción se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber:

- a) ausencia de conducta;
- b) inexistencia del resultado, y
- c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta, y el resultado material considerado. Además se puede citar como otros aspectos

⁵⁶ ibidem, Pág. 15.

⁵⁷ A partir de la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencia que conforman la teoría "finalista de la acción".

negativos del primer elemento del delito en mera forma enunciativa a: la fuerza física exterior irresistible; el sueño, sonambulismo, hipnotismo, entre otros.⁵⁸

3.2.2.- Tipicidad y la Ausencia de Tipo

a).- Tipicidad

El segundo elemento del delito, es la **tipicidad**, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año 1906, en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo, y la cual sirvió principalmente como instrumento técnico que garantizó el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, ya que el Derecho Penal exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal suerte que desde el ciudadano común, hasta el propio Juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va aplicar. Esta precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

El tipo resulta ser la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

Más exactamente Ernesto Beling en su obra inicial de 1906⁵⁹, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos. Pero en el año de 1930, el mismo Beling en su nuevo estudio que en alemán se llama "*die lehre vom tarbestand*", habla no de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción

⁵⁸ PAVON Vasconcelos Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, ed. 10ª, Ed. Porrúa, México. 1991. Pág. 181 y sig.

⁵⁹ Denominada en Alemán "Die Lehre vom Berbreche".

legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora". De esta manera Beling busca dar solución a problemas como los de la tentativa, o la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la "*imagen rectora*".

De ahí que se considere que el "tipo" es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio.

En forma muy general podemos reiterar que el sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica al tipo y la tipicidad, debiendo cumplir con algunos elementos que a saber son:

- i. El bien jurídico tutelado;
- ii. Los sujetos: activo y pasivo, sea en cuanto a su calidad o número;
- iii. La manifestación de la voluntad;
- iv. El resultado previsto en la norma;
- v. La relación de causalidad;
- vi. Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo.
- vii. Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;
- viii. El objeto material.

*“El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad”.*⁶⁰

Por su parte la dogmática finalista considera que (la acción) típica desempeña una triple función:

- 1). Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);
- 2). Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionados (principios de nullum crimen sine lege);
- 3). Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Además que conforme a esta Teoría Finalista de la Acción, se ubica a la intención de delinquir (dolo o la imprudencia) entre los elementos de la tipicidad penal, ya que introduce la finalidad (elementos subjetivos), desde el estudio de la acción en todos los tipos penales; ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre una voluntariedad dirigida a una finalidad.

El injusto esta determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.

⁶⁰ ORELLANA Wiarco Octavio, *Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista* Ob. Cit. pág. 17.

“Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo”.

En tal virtud, y conforme a esta teoría finalista, los elementos objetivos del tipo podemos señalar que son:

1. El sujeto activo (autoría y participación);
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;
5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Y como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

1. El dolo o la culpa;
2. Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

b).-Ausencia de Tipo

El aspecto negativo de este elemento en análisis, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente:

1. Falta del bien jurídico tutelado;
2. Falta de calidad, o del número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;
3. No exista manifestación de voluntad;
4. No se dé el resultado previsto por el tipo;
5. No exista relación causal;
6. Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley;
7. Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo;
8. Por falta de objeto material.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

3.2.3.- Antijuridicidad y Causa de justificación

a).- Antijuridicidad.

De forma general puede decirse que la “antijuridicidad” es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que, se necesita que sea antijurídico, contrario a derecho.

Entendiendo que la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, por que la antinormatividad puede ser neutralizada por sus permisos que pueden provenir de cualquier parte del derecho, es decir, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendiéndose no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos o sea, está permitido lo que legalmente no se encuentra prohibido.

Sin embargo, como la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse que esa manera, es decir, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Por su parte Sergio Vela Treviño con base en una exposición sistemática de los temas apuntados define a la antijuridicidad como: *“El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.”*⁶¹

Eduardo García Máynez señala que son *“lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten o ejecutan los actos potestativos, no ordenados ni*

⁶¹ *Ibidem.*, pág. 26.

*prohibidos); mientras que son ilícitos las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido*⁶².

Abundando sobre el tema, se habla de la antijuridicidad formal y antijuridicidad material. Liszt distinguía que el acto es formalmente contrario al derecho, cuando transgrede la norma, que contiene un mandato o una prohibición; y ese acto resulta materialmente opuesto a la norma, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

b).- Causas de Justificación.

Como hemos visto la antijuridicidad se entiende como aquella conducta en la que no se prueba una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, el consentimiento del interesado), toda vez que su elemento negativo es alguna Causa de Justificación que excluyen dicho elemento positivo del delito que puede subsumirse en un tipo legal. Es decir, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, y ante tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia (delictiva) resulta ser conforme a Derecho.

Líneas arriba, establecimos el doble carácter de la antijuridicidad (material y formal), y por ello ésta solo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador, ya que esta excluyente se subsume cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurrieron dos intereses jurídicamente tutelados y no pueden salvaguardarse ambos, y legalmente se debe optar por el más valioso.

Deduciéndose de lo anterior que las causas de justificación lo son: a).- la legítima defensa; b).- Estado de necesidad (si el bien jurídico es de más valía que el sacrificado); c).- Cumplimiento de un deber; d).- Ejercicio de un derecho; e).- Consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Mismas circunstancias excluyentes de

⁶² GARCIA Máynez, Eduardo; *Introducción al estudio del derecho*; 17ª ed, Porrúa, México1970, Pág. 221.

responsabilidad penal que son debidamente descritas en las diversas fracciones del artículo 15 del Código Penal Federal.

3.2.4.- Imputabilidad y Inimputabilidad

a).- La Imputabilidad.

La imputabilidad es uno de los conceptos pilares de la teoría del delito. Ya encontramos desarrollado este concepto en la Escuela Clásica y concretamente Francisco Carrara lo consigna en su definición de delito, al referir que el "*acto externo del hombre, positivo o negativo deberá ser moralmente imputable*".

Es imputable penalmente la persona mayor de 18 años que, en el momento de cometer la conducta típica, tenga la capacidad para comprender su carácter ilícito y de determinar aquélla en razón de esa comprensión. Así pues, el que ha cometido el delito y sólo él es responsable del mismo, ya que su hecho es producto de una decisión libre, por que el ser humano escoge libremente sus conductas y es, por tanto, auto-responsable de sus hechos.

Con Apoyo en la doctrina y en las leyes, se puede establece que la imputabilidad, exige dos límites mínimos para su existencia:

1. Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable; y,
2. Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender" y "querer" a que alude el Código Penal Federal Mexicano.

A la capacidad de "entender" se le considera en un plano "intelectivo", o "de comprensión", y a la capacidad de "querer", en el plano de la "voluntad"; ambos conceptos como fundamento de la imputabilidad, sin embargo, estas concepciones sufren actualmente críticas *"porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son las únicas. En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socio-culturales). Por eso, no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo"*.

Conforme a una concepción eminentemente de la Escuela Clásica del Derecho Penal, este elemento del delito, la capacidad del hombre para realizar determinado acto (lícito o ilícito), se basa sobre su "libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre", es decir, solamente él es capaz de escoger voluntariamente su proceder a sabiendas que socialmente su conducta está reprobada. Contrario a lo anterior, otra corriente denominada "determinista" afirma que el hombre se determina por motivo del orden social, físico y psíquico y, por consiguiente, se niega la existencia del libre albedrío, por *"aparente e ilusorio"*, así, la responsabilidad moral es suplantada por la llamada *"responsabilidad social (o legal)"*; el primer bien que debe resguardarse es el de la seguridad social, siendo tan peligroso el hombre consciente y libre que viola la ley, como el enajenado"⁶³

Von Liszt, propone una situación Ecléctica, donde la *"...imputación contenida en el tipo de culpabilidad, supone dos elementos: a) la imputabilidad, y b) la imputación. Que para poder llegar a la imputación de la conducta antisocial, resulta necesario que el sujeto se encuentre en un estado psíquico que le garantice la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, que el agente posea la facultad de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas al dominio de la religión, la moral, la inteligencia, etc, o los dominios del derecho"*, la imputabilidad requiere *"que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca*

⁶³ CARMONA Castillo Gerardo A. *La Imputabilidad Penal*, ed. 2°, Ed. Porrúa, 1999. Pág. 46.

normalmente y con la velocidad normal; que la base efectiva (Gefuhlsbetonung) de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etcétera, corresponda a la media medida, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad (Willen-simpulse) no ofrezcan nada esencialmente anormal...En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de la determinación normal. Por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada...".⁶⁴

Ahora bien, además de estas discusiones sobre la esencia misma de la imputabilidad, existe la disputa ya de antiguo de la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito; para unos, es un presupuesto de la culpabilidad (como así lo declara terminantemente Jiménez de Azúa); otros penalistas colocan a la imputabilidad como un elemento del delito (Edmundo Mezger), o aquellos que opinan que no existe mayor diferencia en considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o como elemento precedente de la culpabilidad; o bien, que ven a la imputabilidad como un presupuesto del delito; sin embargo, podemos observar que en general los penalistas, sea como presupuesto, elemento, característica, etc., coinciden en que: no hay culpabilidad sin libertad. En otras palabras el hombre es culpable de un delito porque le es imputable a él; y es imputable porque es libre.

b).- La Inimputabilidad.

Las causas de inimputabilidad serán aquéllas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley, ya sea por que no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho, no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

⁶⁴ Ibidem. Pág. 49.

Siendo esto un fundamento importante del *Ius puniendi* que implica tres consecuencias fundamentales: no se puede imponer una pena a los que no les es posible atribuirles el hecho como propio, como sujetos racionales capaces de imprimir una dirección u otra a sus actos, estos sujetos vienen en denominarse “inimputables”, esto es, incapaces de ser culpables, y son los enajenados mentales; los que actúen en estado de trastorno mental transitorio; los menores de edad penal; y a los que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Así pues “*quien carece de capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y , por consiguiente, no puede ser hecho responsable penalmente de sus actos, por mas que éstos sean típicos y antijurídicos*”⁶⁵

En el artículo 15 del Código Penal Federal que trata el tema de las excluyentes de responsabilidad, en la fracción VII, se hace alusión al estado específico de inconciencia, cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado; la excepción a esta regla es cuando el mismo agente hubiere provocado ese trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Siendo que en este último caso doctrinariamente se denomina “*actio libera in causa*”.

Sin embargo, la legislación penal mexicana, en su doble vertiente de imponer tanto penas como medidas de seguridad, incluye estas últimas para los enfermos mentales en el artículo 69 bis del Código Penal Federal, donde establece una penalidad atenuada en caso de enfermos mentales, o personas adictas a drogas o enervantes (fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal), que al arbitrio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido

⁶⁵ MUÑOZ Conde, Francisco; *Derecho Penal Parte General*, Ob. Cit., Pág. 140.

tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor, o bien puede adoptar imponer una medida de seguridad en los términos del artículo 67 del mismo ordenamiento legal, si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida.

3.2.5.- Culpabilidad e Inculpabilidad (eximentes putativas).

b).- La Culpabilidad.

La culpabilidad, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de un resultado material, y de este modo se le formula un juicio de reproche por no haber adaptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo.

De antiguo se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido. Se atendía al resultado lesivo, no importaba "la intención", por esta razón, a esta ancestral concepción de culpabilidad, se le ha denominado "*responsabilidad objetiva por el mero resultado*".

Posteriormente, con la Escuela Clásica, aparece la culpabilidad integrada por los conceptos de dolo y culpa. Carrara define el dolo como "*la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley*"⁶⁶. La culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

⁶⁶ CARRARA Francesco, *Derecho Penal*, Serie "Clásicos del Derecho Penal", Vol. 1, Ed. Oxford, México, 2001, pág. 108.

Ahora bien, la aceptación de dolo y la culpa dentro de la teoría de la culpabilidad en el sistema causalista, es una cuestión aceptada; sin embargo, se plantea la polémica acerca de si el dolo y la culpa son elementos o especies de la culpabilidad.

Tres son las principales teorías que han tratado de explicar la naturaleza del concepto del dolo:

- a) De la Voluntad;
- b) De la Representación, y
- c) del Asentimiento (eclectica).

1). Teoría de la voluntad. Esta teoría se centra en la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo; en otras palabras, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la consecución de ese evento. Así pues, quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación, y el autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la intención de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado con conciencia de que su proceder no podía menos que violar un deber, con libertad de obrar para decidirse a violar o no el deber.

Pero también actúa dolosamente el que conoce la circunstancia del hecho y la significación de su acción y admite en su voluntad el resultado.

2). Teoría de la Representación. Empieza por señalar que la primera se encierra en demasiadas exigencias subjetivas dejando fuera varias modalidades o subespecies dolosas, y que es necesario que además de considerar el proceso psicológico se tomen en cuenta circunstancias externas que sirvan de referencia para tener por demostrado el dolo. Es decir se enfoca el problema a las circunstancias externas que permiten formar un juicio para suponer que el elemento ha sido o no querido.

Pertenece al dolo, no solamente el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también saber que dichas circunstancias de hecho pertenecen a la definición legal del acto.

3). La Teoría Ecléctica, llamada del asentamiento que conjuga la Teoría de la Voluntad y la Teoría de la Representación, mismo criterio que estructura en tres elementos al dolo: a) de la representación; b) de la voluntad, y; c) de la conciencia de la antijuridicidad.

Por otro lado, la culpa como concepto admite varias acepciones, pero la podemos definir como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso;⁶⁷ entonces la idea admitida, de que el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes; ya lo decía Carrara en elegante frase: *"El individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes"*⁶⁸.

El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión, etc.; a fin de no afectar a sus semejantes. Sin embargo, el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de distintas maneras, así Maggiore, nos dice: *"Cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible hay culpa; si tampoco era previsible por el agente se tiene el caso fortuito"*.

⁶⁷ La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica de un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y un determinado momento histórico tiene que prever el resultado como consecuencia de su propia conducta; la Negligencia consiste en actuar con falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la impericia que radica en la falta total o parcial de conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; la ineptitud que es una deficiencia de orden natural, que no debe confundirse con la diferencia de orden técnico.

⁶⁸ Citado por ORELLANA Wiarco Octavio A, *Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista*, Ob. Cit., Pág. 56.

Como se observa la culpabilidad se puede presentar a título de dolo, o de culpa, y sólo algunos la refieren a la preterintencionalidad cuya figura no recoge la Ley Penal Federal Mexicana.

Al constatarse lo anterior se puede formular el juicio de reproche, el cual requiere, según la configuración originaria de la doctrina normativa de la culpabilidad, la concurrencia de tres requisitos:

- a) la imputabilidad del agente entendido como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria o de sordomudez;
- b) la presencia alternativa de dolo o de culpa; y
- c) la ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a Derecho.

El "*reproche*" o juicio normativo radica en la propia ley, el juez sólo va a reconocer a la ley, en cada caso concreto, por su parte al sujeto activo del delito se le exige el conocimiento de que su conducta es ilícita, no el exacto conocimiento del tipo descrito en la ley; es decir *el agente debe tener conciencia de no realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.*

Algunos penalistas, entre ellos Gimbernat Ordeig sostienen que la culpabilidad es un concepto indemostrable y que una de las principales limitaciones de la teoría normativa de la culpabilidad es el hecho de que al juez se le pida que dé constancia de que al acusado, en el momento de ejecutar la conducta delictiva, le era "posible" obrar de modo distinto, circunstancia -a su juicio- que está más allá del límite de lo factible, y propone sustituir el concepto de culpabilidad por el de "*necesidad de la pena*".⁶⁹

⁶⁹ Cuadernillo de Apuntes Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid España, Pág. 16.

Por esta razón, a Claus Roxin le parece adecuado sustituir la palabra “culpabilidad” por la de “*responsabilidad objetiva jurídico-penal*”⁷⁰, cuando se refiere a fundamentar este elemento bajo la óptica de considerar que el sujeto “*pudo actuar de otro modo*”; y conservar el término culpabilidad cuando se trata de considerarlo como límite de la pena y base de la resocialización y tratamiento del delincuente. Siendo que la Culpabilidad en este sentido, se va a fundar en la necesidad de imponer una pena cuando se esté siempre en situación de demostrar que es necesaria para alcanzar una soportable convivencia social.

Asimismo como la moderna “*Teoría de la Imputación Objetiva*”, propuesta por Günther Jakobs,⁷¹ se inclina en la función real de la pena, en razón al contexto que rodea el hecho que violó la norma, conforme a los riesgos creados y riesgos permitidos por razón de vivir en sociedad y desempeñar un rol en la misma.

b).- Inculpabilidad (eximentes putativas).

La inculpabilidad opera cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad.

La inculpabilidad se da por error (fracción VIII del artículo 15 Código Penal Federal) o por la no exigibilidad de otra conducta, y para otros debe quedar incluida la ignorancia, ya sea por que el sujeto cree fundadamente estar obrando lícitamente cuando no lo es, por ignorar la existencia de la norma, o bien, porque en las circunstancias en que se ejecutó el acto ilícito no se le puede exigir otro proceder.

⁷⁰ Para mayor abundamiento sobre este tema, consultar Roxin Claus, *Derecho Penal* parte General, Tomo I, Traducción de la 2º versión alemana, Editorial Civitas, Madr, 1999; Así como *Política Criminal y Estructura del Delito*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed PPU, Barcelona 1992.

⁷¹ Sin embargo, para mayor consulta JAKOPS Günther (traducción Manuel Cancio Meliá), *La imputación Objetiva en Derecho Penal*, Angel Editores, Méx. 2001; así como PEÑARANDA RAMOS ENRIQUE, SUAREZ GONZALEZ CARLOS y MANUEL CANCIO MELIA, en su obra *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jackobs*, ed. AD-HOC., Buenos Aires Arg., 1999.

El *error*, que se define como la concepción equivocada de la realidad, se clasifica en error de hecho y error de derecho, únicamente es aceptado el primero de los antes mencionados, toda vez que la falsa apreciación de que el derecho ampara el actuar del inculpado, y por su parte no releva de responsabilidad el error de derecho.

El error de hecho se subdivide en error esencial y accidental. Pero a su vez el error esencial se clasifica en vencible e invencible; así como el error de hecho accidental se divide en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*aberratio in persona*).

Fernando Castellanos Tena refiere que “...*por eximente putativa se entienden las situaciones en las cuales el agente, por error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo...*”.⁷²

Además de que en el sistema finalista se plantea el error de tipo, o, sobre el desconocimiento por parte del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal; sin embargo, este tipo de error pertenece a los de carácter vencible, pero que puede dar como resultado la exclusión del dolo o bien da lugar a conductas culposas.⁷³

De la Clasificación anterior, el único tipo de error que se acepta como eximente putativa es el error esencial de hecho invencible.

En la doctrina se aceptan generalmente como eximentes punitivas las siguientes:

- a) La defensa punitiva;
- b) El estado de necesidad punitivo;

⁷² CASTELLANOS Tena, Fernando; *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Ob. Cit. Pág. 267.

⁷³ Se puntualiza que el tema del “error” es de trato abundante, empero no se estudia a fondo, debido a que no es parte fundamental del presente trabajo.

- c) El ejercicio de un derecho putativo;
- d) El cumplimiento de un deber putativo.

Por otra parte, la no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta. El fundamento de la inexigibilidad lo encontramos en que el derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. Dicha circunstancia esta contemplada por la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal.

Incluida en este supuesto encontramos a la conducta típica de encubrimiento de parientes, y demás allegados.

La no exigibilidad de otra conducta se debe considerar como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por lo que solo atañe a un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de sus elementos.

La última de las circunstancias que impiden la integración de la Culpabilidad es el *temor fundado* prescrito por la fracción IX del artículo 15 mismo Código en cita, en donde la voluntad fue manipulada desde antes de realizar la actividad, con el temor fundado de que si no procede de determinada manera, tendrá un castigo más grave, presente e inmediato.

3.2.6.- Condiciones objetivas y Ausencia de condiciones objetivas de Punibilidad.

a).- Condiciones objetivas de Punibilidad.

La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo, pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa.

Las condiciones objetivas de punibilidad pueden ser entendidas como *“ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad”*⁷⁴

Entendiéndose estas circunstancias independientes de la integración de los elementos típicos, antijurídicos y culpables pero que condicionan la imposición de una pena⁷⁵.

⁷⁴ LOPEZ Betancourt, Eduardo; en *Teoría del Delito*, 4° ed. Ed. Porrúa, México. 1997, pág. 237.

⁷⁵ No debe confundirse estas condiciones objetivas de punibilidad con los requisitos penales procesales, ya que estos últimos son previos a la actuación del Ministerio Público y del Juzgador, para iniciar un proceso penal. P. Ej. El desafuero de un diputado, cuando esté cometió un delito debe ser previo a que sea procesado.

Entre ellas se cuentan, en nuestro Código Penal Federal, la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra fraudulenta.

b).- Ausencia de condiciones objetivas

El problema de su autonomía como elemento del delito o como parte integrante de alguno de ellos, hace que también su ausencia se encuentre en debate, así pues Jiménez de Asúa considera que: "...cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse..." pero permite que "...una vez subsanado el supuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable...".⁷⁶

Sin embargo, estimo que si bien existe el delito por haberse integrado el total de los elementos del injusto penal, del que se trate, este no se puede punir por la falta de condiciones objetivas para ésta, y así una vez juzgado, el Estado ya no puede volver a requerirlo, toda vez que ninguna persona puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, aún y cuando posteriormente ya se haya perfeccionado esta circunstancia exigida por la Ley.

3.2.7.- Punibilidad y las Excusas absolutorias

a).- Punibilidad

Este tema ya lo hemos tratado con anterioridad, así que únicamente cabe recordar que todo delito representa no un mero presupuesto lógico, sino el fundamento jurídico de la sanción (pena): sólo con ocasión de un delito se impone una pena, pero

⁷⁶ LOPEZ Betancourt, *Teoría del Delito*, Ob. Cit. Pág. 246.

además a causa de la comisión de éste procede la imposición de la pena legalmente prevista para la realización del mismo.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como: "...*La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social*". Agrega este autor: "*Si todo el Derecho es un orden coactivo, ¿cuál es la diferencia específica entre las normas de derecho penal y los de otros derechos? No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellos alude la definición del artículo 7º delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales pues únicamente es punible lo descrito por estas leyes*".⁷⁷

Parece ser, como se apunta, que la pena debe apoyarse en una doble vertiente: en los principios de justicia y de utilidad. A) *Los principios de justicia* deben vincularse a los bienes jurídicos tutelados desde la Constitución, para salvaguardar los derechos fundamentales del individuo y la sociedad, consagrados en la libertad, la integridad corporal, el patrimonio, etcétera, que a su vez se deben regir por los *principios de dañosidad social* (sólo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de la más alta jerarquía); del *principio de subsidiaridad* (únicamente acudir a sanciones penales cuando los otros mecanismos de derecho sean insuficientes); del *principio de proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad*; del *principio in dubio pro libértate* (en caso de duda optar por la despenalización o la descriminalización); del *principio de tolerancia y de respecto de dignidad humana* (no invadir esferas íntimas o morales del individuo); del *principio de exacta aplicación de la ley penal* (nullum crimen sine lege); de la implicación retroactiva sólo en beneficio de plena vigencia del principio dubio pro reo.

Además, cabe adelantar que la culpabilidad es fundamento de la determinación de la pena o cuantificación de la pena que le va a corresponder al sentenciado, mismo tema que se tratará más adelante con mayor abundamiento.

⁷⁷ PAVON Vasconcelos, Francisco; Ob. Cit. *Derecho Penal Mexicano*, Ob. Cit. Pp. 443, 456 y 457.

b).- Las Excusas absolutorias.

El lado negativo de este elemento del delito lo son precisamente Las Excusas Absolutorias, que son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

Se considera que las excusas absolutorias pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

1° En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente; P. Ej. artículos 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no excede de diez veces el salario).

2° En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; P. Ej. artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 351 (injurias recíprocas o comprobadas).

3° En razón de la conservación de las relaciones familiares, entre los cuales contamos a los artículos 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por éstos contra aquéllos).

CAPITULO IV

LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

4.1.- Concepto.

Por “Sustitutivos Penales” es una categoría del Derecho Penal Penitenciario que se vínculo a la fase de la ejecución de la condena que le fue impuesta al reo por el Tribunal que lo juzgó. Así, “sustituir” etimológicamente proviene del latín *substituere*, poner a una persona o cosa en lugar de otra; sustitutivo es un derivado del verbo *sustituir*, y debemos entenderlo como lo que puede reemplazar a otra cosa en el uso penal; y a su vez el término “penal” (del latín *poenalis*) es lo perteneciente o relativo a la pena, o que la incluye. Y “Pena” (del latín *poena*) en sentido general, es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta: sustitutivo penal será, entonces, lo que reemplaza a la pena⁷⁸

“Esta posibilidad de sustitución de penas privativas de libertad se prevén como de estimación discrecional por parte del Juez o Tribunal, pues se tratada de casos en que la pena señalada por la Ley al delito o delitos cometidos es una pena privativa de libertad no prevista como alternativa a otras menos graves. Lo que se concede al Juez o Tribunal es

78 Diccionario Jurídico Mexicano. UNAM. “Sustitutivos Penales”.

la posibilidad de cambiar la pena señalada para el delito por otra pena no prevista para el mismo ⁷⁹

Siendo en la actualidad la Pena de prisión la medida más drástica de castigar un delito, cuando menos en México (por supuesto sin tomar en cuenta el Derecho Penal Militar), se considera que es necesario encontrar sustitutivos adecuados que atenúen dicha pena.

El tema pertenece a los sustitutivos de las penas cortas de prisión por delitos no graves; los sustitutivos están motivados en la inconveniencia de aplicar penas privativas de libertad a primodelincentes y sin peligrosidad alguna para la sociedad. Los sustitutivos de prisión consistentes en tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, pretenden reducir con su aplicación los rigores e inconvenientes de la excesiva aplicación de la pena privativa de libertad.

La concepción de estos sustitutivos se dio, al observarse la ineficacia de la pena como el instrumento (predominante) de defensa social; es decir, después de observar que la imposición privilegiada de la pena restrictiva de libertad no es por sí misma instrumento confiable de reeducación y readaptación social del delincuente; por ello, se propusieron medios de defensa indirecta, que son una serie de providencias tomadas por el poder público, previa observación de los orígenes, las condiciones, los efectos de la actividad individual y colectiva de los delincuentes, y previo conocimiento también, de las leyes sociológicas y criminológicas, que estudian e inciden en las causas del delito, sobre todo los factores sociales, logrando influir indirecta, pero seguramente sobre el movimiento de la criminalidad.

En México el Código Penal de 1871 introdujo un capítulo (VIII del Título Quinto del Libro Primero) relativo a la "Sustitución, Reducción y Conmutación de Penas" (artículos 237-244), con precisas reglas en cada caso. Lo que sigue permaneciendo en el

79 MIR Puig, Santiago; *Derecho Penal (Parte General)*, ed. 4º, Ed. PPU S.A., Barcelona España. 1996, Pág. 717.

Código Penal Federal de 1931 donde se introduce de nuevo la sustitución y conmutación de sanciones. En lo que nos interesa en su artículo 70 establece que:

“La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o

III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código.”

Precepto legal, que si bien no define a esta figura jurídica, también lo es que el legislador la contempló como una necesidad para el Sistema Penal Mexicano.

4.2.- Autoridad facultada para otorgar los beneficios.

La autoridad facultada para otorgar o conceder los beneficios que implican los “sustitutivos penales” es el Juez instructor de la causa penal, *quien deberá* deducir la procedencia, en los casos permitidos, de los sustitutivos penales.⁸⁰

80 “...no debe confundirse la sustitución de la sanción y conmutación de la pena, mientras la primera es una facultad otorgada al Juez para cualquier sujeto que haya sido condenado a penas que no rebasen los límites establecidos, la conmutación es una institución jurídica a través de la cual el Poder Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, conmuta la sanción por una menos grave (previsto en el artículo 73 de C.P.F.)”, AZZOLINI

La facultad de conceder los sustitutivos penales es privativa del Tribunal, es decir, una facultad exclusiva del juzgador, ya que el numeral 70 del Código Penal Federal claramente dispone que “a juicio del juzgador”, se podrá cambiar la pena que él mismo impuso; decisión jurisdiccional que aún y cuando se dejó al libre arbitrio judicial para que sustituyera la pena de prisión por otra menos drástica, también impuso ciertos requisitos y lineamientos a seguir y que legalmente debe respetar el Juzgador para otorgarlos o no, mismas condiciones que posteriormente se analizarán.

Pero además debe decirse que, si bien los juzgadores tienen facultad para otorgar el sustitutivo, su ejecución corresponde a otro ámbito de competencia, que lo es la autoridad responsable de su ejecución, siendo en nuestro caso la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social; dependencia que deberá dar aviso a la autoridad judicial de su cumplimiento.

4.3- Criterio para Aplicar las Sanciones Penales.

Como es sabido, sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, pero esta facultad de determinación reside solo en el legislador, toda vez que éste representa a toda la sociedad; y al crear los tipos penales, y al asociar a su ejecución una sanción, con ello pretende intimidar a los potenciales delincuentes para que se abstengan de cometer la conducta descrita en el Código Penal como delito, cuya finalidad indudablemente influye en el *quantum* de la punibilidad.

Aún cuando la legislación penal de nuestro país, deja libre arbitrio al Juzgador para valorar el hecho delictuoso, así como para aplicar a su consideración la sanción que ha de corresponder, para este último rubro también establece ciertos lineamientos que deben seguir los jueces y tribunales, pues la misma Ley les impone límites y requisitos a tener en

cuenta, tales como las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa, el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial (artículo 51 del Código Penal Federal).

Ello es así ya que en un sistema penal enmarcado de un Estado de Derecho, *"...la determinación legislativa de la pena no puede ser absoluta, en el nivel normativo debe preverse una fluctuación de la pena que permita al Juez adecuar la sanción al caso concreto; de lo contrario el legislador estaría adoptando una tarea que es propia de la función jurisdiccional: la de valorar el caso particular y decidir la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito"*⁸¹.

Circunstancia importante, es la valoración que hace el órgano judicial respecto a las peculiaridades del delincuente, ya que si bien, en la actualidad se castiga a una persona no por que pretendió ser delincuente, sino más bien por el hecho de que cometió una conducta punible, de esas circunstancias particulares del agente dependen el aumento o disminución de su sanción, ya que el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente; así pues, el artículo 52 de la Ley Sustantiva Penal Federal, refiere que se debe tener en cuenta, tres aspectos fundamentales como son: la apreciación de los hechos delictivos mismos, la personalidad del sentenciado y, por último, todas aquellas circunstancias que influyeron en el delincuente para que realizará el ilícito del que se trate; pudiendo ser más explícito, podemos decir que estas circunstancias son:

- I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

⁸¹ Ibidem. Pág. 63.

II. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

III. 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.

Lo anterior es para los delitos cometidos dolosamente, sin embargo, la mecánica cambia para los casos en que el delito se hubiere cometido imprudencialmente, ya que inclusive en estos la penalidad aplicable será de hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica⁸².

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

82 Además que conforme al artículo 60 del citado Código Penal, existe el principio de *numerus clausus*, es decir, la ley prevé cuales delitos son los únicos que podrán tener una ejecución culposa, citó "Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este código."

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios;

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

Como ya vimos, en la legislación mexicana, al imponer la pena, el Juzgador debe tomar en cuenta las **condiciones de vida individual, familiar y social del reo**; ello obedece al “propósito de tener en cuenta las diferencias sociales y de que esas diferencias sean un factor de disminución de la culpabilidad que opere a favor de las clases inferiores”⁸³

Es importante hacer mención que la prevención general y especial también deben tomarse en cuenta para la imposición de la pena, siendo la primera la intimidación que el legislador pretendió difundir en la sociedad para que se abstengan de cometer hechos delictivos. El juzgador de ninguna manera debe olvidar este propósito, ya que esa determinación debe tener efectos sobre la colectividad, atribuyéndole un determinado grado de competencia reguladora de la conducta general.

Cabe hacer mención que en Alemania el Código Penal hace referencia a la culpabilidad como determinación de la pena, ya que su texto legal refiere que *“la culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena en la vida futura del reo en sociedad”*.

Conforme a lo antes citado, en ese país nacen varias teorías de determinación de la pena, tales como la **“Teoría de la Pena Exacta”**, la cual postula un punto de vista ideal al grado de culpabilidad corresponde una igual magnitud de la pena; otra es la **“Teoría del Valor de Empleo o Teoría de los Grados”** misma que señala que la culpabilidad solo debe ser tomada en cuenta para determinar la duración de la pena, mientras que la prevención especial solo debe ser considerada a la hora de decidir otras cuestiones en el

83 AZZOLINI Bincaz Alicia, Culpabilidad y Punición, Ob. Cit. pág. 117.

marco de la determinación de la pena, como son la clase de pena, la suspensión condicional, etc.; Una más de las teorías es la del **"Margen de la Libertad"**, de la cual principalmente se desprende que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta, sino que existe un margen que se limita, entre el grado mínimo y el máximo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad. Dentro de estos límites, para individualizar la sanción exacta aplicable al caso concreto pueden tenerse en cuenta los otros fines de la pena. De esta manera primero procede, en el marco legal de la punibilidad, determinar el submarco de la pena adecuada a la culpabilidad del hecho, para después proceder dentro del mismo, a considerar la necesidad preventiva (especialmente de prevención especial), en virtud de un examen del autor considerado en si mismo.

Prevalece en el común de estas teorías que al imponerse la pena se debe atender tanto a la Culpabilidad del autor del hecho, como las consecuencias y fines de la pena a imponer.

4.4.- Aplicación de Sanciones en Caso de Reincidencia.

Por la importancia que nos merece en el presente caso la figura de la "Reincidencia", le destinaremos un mayor tiempo de estudio, en parte diferente, sin embargo en lo que respecta a la aplicación de la sanción cuando el sujeto a sentenciar, es reincidente, como ya hemos visto, el artículo 52 del Código Penal Federal previene que el juzgador debe tomar en cuenta las circunstancias de la persona (delincuente) y por obviaidad, si éste anteriormente ha tenido una conducta socialmente positiva; pero es más explícita y rigurosa la ley en estos casos, ya que el artículo 65 de la ley penal multicitada, claramente señala que::

"La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

En caso de que el inculpado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero”.

Es decir, que el legislador al punir una conducta no se conforma con castigar propiamente el hecho, sino también exige remitirse a la conducta que anteriormente venía desarrollando el enjuiciado, más aún cuando se infiere que si no tiene registros nominales, en consecuencia no pesa sobre el sujeto ninguna sentencia anterior.

Siendo que es severo en castigar a los que cometen nuevos actos delictivos, ya que la sanción se incrementa hasta las dos terceras partes del delito que merece el nuevo ilícito a castigar. Postura que me parece evidentemente fuera de todo contexto preventivo, más aún cuando el sentido de la ley es precisamente el tratar de evitar que ese sujeto vuelva a delinquir, pero también lo es que, si bien por el delito “anterior” ya le impusieron su pena, que inclusive ya dio cumplimiento a la misma, prescribió o se extinguió, resulta ilógico que nuevamente por ese hecho se le aumente por el Juzgador mayor gravedad de la que realmente resulta por el hecho cometido actualmente y su de grado culpabilidad en la intervención de éste queda desfasado por el aumento de la punibilidad.

4.5.- Parámetros de Penalidad para Obtener un Sustitutivo

Como ya sabemos, al realizar la descripción de las conductas consideradas como delictivas, en ese mismo texto legal se establece la sanción que se puede aplicar, tomando en cuenta el bien jurídico que va a proteger ese precepto legal; así por ejemplo, se sanciona con mayor pena a quien priva de la vida a otro, que a la persona que se apodera sin derecho y sin consentimiento de un “dulce”, ya que se considera de mayor valor jurídico la vida que la protección de la propiedad.

Pero también ha de considerarse como lo es en los casos de los Sustitutivos Penales, donde el legislador fijó hasta que grado, de pena de prisión impuesta a determinado sujeto se puede obtener el beneficio en cita, pues se toma como máximo la pena de prisión de cuatro años⁸⁴, y a partir de esa punibilidad se establece una graduación de diversa cantidades de condenas según el caso de la sanción sustituida:

I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o

III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

Es claro entender que las penas largas son inhumanas y resultan ser contrarias a la reinserción social del sujeto, así como la pena privativa de libertad de duración muy corta, tienen un nulo efecto preventivo general e inutilidad para rehabilitar. Por ello, como se trata de penas cortas (las que se establecen en los sustitutivos penales) el legislador estimó prudente sustituir con un límite superior en cuatro años para el delito que se trate, ya que ello contempla un problema preventivo general y preventivo especial. Pero debe entenderse que no se acepta la prisión mayor a la mencionada, porque a partir de ese periodo la pena refleja una gravedad de las conductas conminadas que impide renunciar al efecto preventivo general característico de la pena de prisión. De este modo la prisión "*queda reducida a los mínimos imprescindibles, entendiéndose por imprescindibles aquello que resulta suficiente para ejercer la prevención general, no llega a producir efectos tan devastadores sobre el condenado como para provocar su irrecuperabilidad social*"⁸⁵. Es decir, que la prisión debe aplicarse estrictamente en aquellos casos en donde los postulados de la prevención general no puedan ser evadidos, estrictamente por que el delito del que se trate es considerado como una agresión grave contra la sociedad.

⁸⁴ Los cuatro años como límite para poder obtener algún sustitutivo, me parece también contradictorio con la consideración de marcar delitos graves cuya penalidad aritmética no rebasa de cinco años, misma que sirve para obtener la libertad provisional durante la instrucción del proceso.

⁸⁵ MUÑOZ Conde, *Derecho Penal Parte General, Ob. Cit.* pág. 561.

4.6.- Clases de Sustitutivos

Según la teoría de los “Sustitutivos Penales” de Ferri (que en realidad es el primer plan de política criminológica establecido en forma orgánica), se dividen los “sustitutivos” en siete grupos: de orden económico, político, científico, legislativo, administrativo, familiar y educativo. Pero conforme al ordenamiento legal de nuestro país la prisión podrá ser sustituida por:

- a) Trabajo en favor de la comunidad;
- b) Semilibertad,
- c) Tratamiento en Libertad; y
- d). Multa.

4.6.1.- Tratamiento en Libertad y Semilibertad.

Ambas figuras son una institución moderna basada en un régimen de libertad, en donde se busca reducir al mínimo las notas de represión del cautiverio, fortalecer el sentido de solidaridad social de los penados y diluir los problemas fraguados en las prisiones al impulso de la soledad. No fracciona la vida en prisión con la vida comunitaria y fundamentalmente pretende alcanzar la readaptación social del sujeto.

En la legislación Mexicana, estas instituciones se contemplan en el artículo 27 del Código Penal Federal, señalando que el *tratamiento en libertad de imputables* consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas

por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora.

Por su parte, *la semilibertad* implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna.

Como ya hemos visto, el artículo 70 del Código Sustantivo en comento, establece que *el tratamiento en libertad* se puede sustituir si la prisión no excede de tres años, y la semilibertad, cuando la pena impuesta no rebase de cuatro años también de prisión.

Aún y cuando en cualquiera de las dos hipótesis de libertades (tratamiento en libertad o semilibertad), el sujeto se reintegra a la sociedad, también podemos observar que en el caso de la semilibertad, por ser un castigo donde la sanción es mayor, el Estado pretende seguir teniendo una vigilancia de éste, restringiendo su capacidad de moverse según sus factores criminológicos endógenos y exógenos, ya que si bien el legítimamente facultado para conceder el beneficio es el Juez, también lo es que al momento de su ejecución la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, realiza los estudios criminológicos correspondientes, para imponerle cualquiera de las medidas en que se resume y consiste este beneficio, ya sea externación durante la semana con trabajo o medidas educativas, la reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna.

Incluso, en la pugna entre las autoridades judiciales y ejecutivas, en cuanto quien era la competente para determinar qué tipo de medidas se le iban a imponer al reo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se tuvo que declarar al respecto en jurisprudencia por contradicción de tesis (Fuente Semanario Judicial de la Federación,

tomo II, Octava Época,, 1995, jurisprudencia 2/90), en donde resolvió que: *"TRATAMIENTO EN SEMILIBERTAD, CORRESPONDE AL EJECUTIVO ESPECIFICAR LOS TERMINOS Y CONDICIONES EN QUE SE DESARROLLARA EL BENEFICIO DE.- Es indebido que las sentencias penales determinen la forma en que el sentenciado debe cumplir el beneficio de tratamiento en semi-libertad, en virtud de que el artículo 70 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para Toda la República en Materia del Fuero Federal, únicamente prevé la hipótesis por la cual puede otorgarse pero no establece los términos y condiciones en que deberá fijarse, pues es el Ejecutivo a través de las dependencias respectivas a quien corresponde especificar los términos y condiciones en que se desarrollará dicho beneficio"*.

Por otro lado, como la penalidad es menor para el *Tratamiento en Libertad*, se pretende que en tal hipótesis el sujeto adquiera conciencia de que su conducta antisocial se tradujo en daño a la sociedad, y debe, por ello, adquirir un compromiso ético-moral, para que sus actos posteriores sean llevados a cabo conforme a las normas socialmente establecidas. Por ello, al sujeto se le deben imponer medidas laborales, para que sea productivo; medidas educativas y; en su caso, curativas si en sus estudios criminológicos aparece que tiene rasgos de conducta socialmente desviadas (aparte de la delincuencia, podría ser, el alcoholismo, drogadicción, etc.). Si concluido el tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando las medidas curativas, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables (conforme al artículo 69 del Código Penal Federal).⁸⁶

Pero en ninguno de los casos de tratamiento en libertad ni de semilibertad, la duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

86 Si bien, la duración de dicho sustitutivo no puede ser mayor a la sanción por la que fue condenado, considero que siendo medidas culturales, educativas u otras que sirvan para la completa reinserción del sentenciado deberían de durar hasta que profesionales en la materia correspondiente valoren que el sujeto (reo) tiene los fundamentos esenciales para respetar las normas mínimas de convivencia social.

4.6.2.- Trabajo a Favor de la Comunidad.

El *trabajo a favor de la comunidad*, también se contempla como sustitutivo de la pena de prisión en la fracción I del multicitado artículo 70 de la Ley Sustantiva Penal, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años.⁸⁷

Esta medida, consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, se apunta que cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad

Por supuesto que existe limitante para la ejecución de esta pena, ya que se deben seguir las garantías de la Ley Federal del Trabajo en lo conducente; pero además, no se permite que el desarrollo del trabajo sea en forma humillante o degradante para el condenado. Deberá llevarse a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de la labor que sea la fuente de ingresos para el sentenciado. La extensión de ésta la fijará el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, pero sin que pueda excederse de la jornada extraordinaria que fija la Ley Federal del Trabajo, y se hará bajo la vigilancia y orientación de la autoridad ejecutara, todo ello como lo dicta el artículo 27 Código Penal Federal. Y si bien, el artículo 5° de Nuestra Constitución Política Mexicana, en su párrafo tercero, prohíbe la imposición de trabajos personales sin la justa retribución y sin el pleno consentimiento del interesado, el mismo precepto subraya que *“excepto el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial”*. Estableciendo un vínculo entre el trabajo y la readaptación social, ya que aquél es un medio para lograr ésta. Aunado a lo anterior, el numeral 66 del citado ordenamiento laboral estatuye que: *“...podrá también prolongarse la jornada de trabajo por circunstancias extraordinarias, sin exceder nunca de las tres horas diarias ni de tres veces en una semana...”*.

87 También el trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la multa. Pero en el presente trabajo nos interesa estudiarlo como sustitutivo de la prisión impuesta.

El efecto (penal) que se pretende producir no es precisamente el trabajo, sino la pérdida del tiempo libre. No se trata de una pena de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia al reo, directamente, y también a la sociedad. La actividad por sí misma debe ejercer una influencia resocializadora, estimular a una ocupación constructiva del tiempo libre, así como producir el hábito de un trabajo regular y despertar la responsabilidad social. La ley no describe qué trabajos desempeñar, y eso corresponderá al órgano ejecutivo conforme a las cualidades físicas y mentales del sujeto así como sus habilidades.

Entre los beneficios de este sustitutivo podemos citar los siguientes:

- a) se evita el hacinamiento en las cárceles y los gastos de su mantenimiento;
- b) el delincuente demuestra su intención de reparar el daño causado, y
- c) impide los efectos negativos que causa la estancia en prisión, le permite conservar su trabajo y seguir en su medio familiar⁸⁸

4.6.3.- Multa.

La Multa es la pena consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero. Este sustitutivo se establece para aquellos sujetos que han sido condenados a la pena de prisión menor a un año.

Estableciéndose así, se parte del supuesto de que los delitos con esta penalidad son considerados con una trascendencia socialmente menor, por lo cual, al pagar el sentenciado el monto de la pena multa sustituida, a éste se le sustituye de inmediato su libertad absoluta.

88 Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, Ob. Cit..

La pena de prisión se sustituirá por un *día-multa*, y conforme a este sistema, se fija un precio diario, según los ingresos que tiene el multado, y se establece la pena en un cierto número de días-multa. Con ello se logra que todos los condenados a la pena de multa sientan el efecto patrimonial de ella con intensidad semejante.

El día-multa antes referido, equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, teniendo en cuenta todos sus ingresos, pero en ningún caso el día-multa será inferior al equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito.

Cabe resaltar que si bien el artículo 29 del Código Penal Federal, en una parte de su texto previene que el monto total de la multa “en su número no podrá exceder de quinientos”, mandato que por obviedad en caso de sustitutivo penal no se viola, ya que no puede exceder de los trescientos sesenta y cinco días que tiene el año que se marca como límite máximo para otorgar esta alternativa a la pena de prisión.

En los casos de sustitutivo de la pena de prisión, no se contempla la insolvencia económica cuando el sentenciado no pueda acogerse a este beneficio concedido, ya que se trata precisamente de un sustitutivo a la pena de prisión aunque es procedente que la autoridad a quien correspondiera cobrar la multa puede fijar plazos para el pago por terceras personas. Por ello se ha debatido en torno a las notorias injusticias a que conduce la aplicación de esta especie de sanción pecuniaria, que puede no representar detrimento sensible alguno para el sujeto dotado de recursos económicos, y sí una grave aflicción para quien carece de ellos.

La doctrina, acepta esta pena, en mayor medida por las ventajas que ofrece: la pena de multa carece de efectos degradantes sobre el condenado, le permite seguir en contacto con su medio social y familiar y, asimismo, seguir procurándose su propio mantenimiento económico y el de sus dependientes. Por otra parte, es fácilmente graduable, como ya se vio, además que se adapta a la situación económica del reo, además que no

provoca ningún gasto para el Estado, como sí lo origina en cambio la pena de prisión, ya que incluso la pena de multa puede ser considerada como un ingreso a la hacienda pública.

Por las razones antes aludidas en el caso de Alemania, es impresionante el grado en que se ha ido sustituyendo la pena de prisión en penas cortas, por la de multa, ya que dicha pena ha llegado a ser una de las más aplicadas, alcanzando en ocasiones el ochenta por ciento de las condenas.

Sin embargo, apegado a estas ventajas se puede llegar a pensar como inconveniente para la "Multa" la circunstancia de que intimida menos que la prisión, y por ende ineficaz desde el punto de vista preventivo general, pero por otro lado de ninguna forma pasa esto, ya que en la actual sociedad, ha llegado a tener un gran valor la pérdida del patrimonio, como el caso de pagar multas por delito, y además cada quien pagará conforme a sus posibilidades económicas.

4.7.- Impedimentos para Otorgar los Sustitutivos

No podemos dejar de anotar que la pena privativa de libertad para que se sustituya, se requiere de ciertas condiciones que el sentenciado debe reunir tales como:

- a) que sea la primera vez que incurra en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible, y
- b) que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir, que la pena impuesta se adecue a alguno de los tres supuestos del artículo 70 a estudio.

Además en el último párrafo del mencionado precepto legal, prescribe que *“...La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código”*. Mismos impedimentos legales que en lo posible se tratarán de explicar.

4.7.1- Pena de Prisión Impuesta Mayor de 4 Años.

El primero de los presupuestos para entrar al estudio de la procedibilidad de otorgar, o no, los sustitutivos, es precisamente que la pena de prisión impuesta no rebase de los cuatro años de prisión, y de ahí hacia abajo podrá el juzgador estar en posibilidades de saber en cuál de los cuatro tipos de sustitutivos se encuentra el caso concreto, ya que si sobrepasa aunque solo sea en un día, el juzgador ni siquiera va a entrar al estudio de las demás condiciones que debe reunir el sentenciado para ser sujeto al sustitutivo correspondiente.

4.7.2.- Sujeto a Quien Anteriormente Hubiera Sido Condenado en Sentencia Ejecutoriada por Delito Doloso.

Otro de los obstáculos para que el Juzgador pueda conceder u otorgar alguno de los beneficios es que el sujeto anteriormente haya sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, y, aún y cuando durante este estudio ya hemos abordado lo que es delito ejecutado en forma dolosa, y que por sus peculiaridades se persigue de oficio, falta hacer la mención de lo que es “Sentencia Ejecutoria”, siendo que por ésta entendemos a aquella sentencia definitiva que ha sido recurrida por todos los medios legales, o bien que ha quedado firme e inatacable ya que por ministerio de ley ha causado estado. En palabras del artículo 360 del Código de Procedimientos Penales, se dice

que: *"las sentencias causan ejecutoria cuando: I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto, y; II.- Las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno"*.

Con la imposición de no conceder los beneficios por la circunstancia de que el sujeto anteriormente fue condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, se observa que aún y cuando se le haya impuesto una pena de cuatro años o menos, no se le puede conceder el sustitutivo en virtud de que pesa en su contra, una condena anterior por delito doloso que se persiga de oficio.

Sin embargo, se reprocha esta prohibición al ser muy amplia, ya que la ley no establece qué temporalidad de la conducta delictiva anterior se debe tomar en cuenta para que no se le niegue el sustitutivo que conforme al artículo 70 del Código Punitivo en cita, se le debe conceder, es decir, la ley es omisa en fijar alguna especie de prescripción de estos registros penales.

Siendo que el Juzgador al analizar legalmente el artículo 52 de la Ley Sustantiva Penal Federal, debe tener en cuenta, tres aspectos fundamentales, entre los que se encuentran: la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, el comportamiento anterior y posterior del acusado con relación al delito cometido. Entonces para determinar en sentencia la sustitución o no de la pena impuesta, el Juez debe entrar nuevamente a este estudio; pero si estas circunstancias sirvieron en su momento para que en el hecho concreto se le considerara el grado de culpabilidad y por ende se cuantificará la pena, resulta ilógico, que se le nieguen los beneficios de los sustitutivos penales en la nueva sentencia. Además, si nos remitimos un poco a la legislación positiva en nuestro país, nos daremos cuenta que efectivamente, anterior a 1994⁸⁹ se sancionaba en base a la peligrosidad del delincuente; sin embargo, a

89 el artículo 52 del Código Penal antes de su reforma del 10 de enero con vigencia a partir del 1° de febrero ambos meses del año de 1994, señalaba en su punto 4° último párrafo que: "para los fines de éste artículo, el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales".

partir de ese año con el fin de anteponer un derecho penal de acto (principio penal de hecho) a un derecho penal de autor (principio penal de autor), es decir, que al sujeto activo se le juzga por el delito que cometió y no por lo que el delincuente es; de ahí que en concepto del Sustentante, en la actualidad no debería de afectar, para la aplicación de la pena y sobre la decisión de conceder o no los beneficios de los sustitutivos penales, los criterios relativos a la peligrosidad del delincuente e imponer la sanción considerando siempre las ventajas de aplicar, en su caso, la sustitución de la pena de prisión por los sustitutivos penales que en el caso específico amerite.

Además, hay sujetos que efectivamente delinquieron, más sin embargo, el castigo impuesto en esa ocasión, sirvió para que durante su vida ordinaria ocupara un rol positivo dentro de la sociedad, y por azares del destino vuelve a cometer una conducta delictiva, en tal virtud, al negarle los sustitutivos en razón al delito que cometió tiempo atrás es un peso estigmatizante para esa persona, ya que dio cumplimiento a la primer condena y por las medidas en ella adoptadas por el Estado, adquirió un compromiso con la misma sociedad y se integró a una vida comunitaria desarrollada conforme a la normatividad, y por ende si se le marca con el nuevo delito cometido, la pena de prisión sería mayormente desfavorables para él, ya que se materializarían en su esfera personal los efectos (nocivos) a que se aludió en el Capítulo Segundo del presente trabajo.

Por ello consideró que en lugar de que los antecedentes penales sean una medida para penar con mayor gravedad y dar la espalda por lo que hace a los sustitutivos de la pena de prisión al sentenciado, se deben de tomar en cuenta éstos para dar un mejor trato de prevención especial al delincuente, ya sea con medidas educativas, culturales, que refuercen su compromiso adquirido con la condena anterior; pues no debe caer en la falsa idea o error de que haya fallado dicho delincuente, sino que la falla debe atribuirse al sistema penal que no logró fundar las bases suficientes para que este sujeto no volviera a delinquir. Pero si para el delincuente su comportamiento fue aceptable, hasta el día del nuevo delito, no se debe reprimir con la pena de prisión para separarlo de la sociedad, sino por lo contrario, ya que había comenzado a ocupar un lugar digno en la vida social, se debe continuar con ello, ampliando la oportunidad de reeducación y readaptación social y no apartarlo de de la

sociedad; aplicando en cambio medidas de seguridad y control menos drásticas para dicho delincuente.

Además que ello va contrario al principio general de derecho "*non bis in idem*", consistente en que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, misma premisa que fue recogida por la legislación penal mexicana en el artículo 118 del Código Penal federal que textualmente señala: "*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*". En consecuencia, si por un lado esta circunstancia se toma en cuenta para agravar la pena (lo cual igualmente se objetó con anterioridad por no pertenecer los antecedentes penales al principio de culpabilidad), y por otro lado también se le niega la Sustitución de la pena de prisión impuesta, se colocaría al delincuente en una situación desventajosa para su reinserción social,

Por ende, teniendo en cuenta inclusive, que la pena privativa de libertad es la más severa, no menos cierto es que con la aplicación de alguno de los sustitutivos de aquélla se sigue aplicando una pena, pero menos dura, y con fundamentos menos degradantes; y además con la ventaja de contener y propiciar efectos más resocializadores que la pena de prisión impuesta.

4.7.3.- Impedimento del Artículo 85 fracción I del Código Penal.

El último párrafo del artículo 70 de la Ley Punitiva en comento, nos remite al correlativo 85 de la misma ley para que, en el caso que se esté juzgando alguno de los delitos ahí mencionados, se debe negar cual sea de los sustitutivos, siendo que dichos delitos son:

- 1) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero;

- 2) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica;
- 3) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201;
- 4) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis;
- 5) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320;
- 6) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los casos previstos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo de dicho artículo;
- 7) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter;
- 8) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis;
- 9) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis, o
- 10) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis,

Y resulta obvio que, tratándose de alguno de los delitos anteriormente relacionados, por la trascendencia y relevancia social del hecho delictivo, por lo que respecta a prevención general, no sería adecuado brindar ninguno de los sustitutivos de prisión de los que hemos venido haciendo referencia, pero además se resalta que en su mayoría los delitos antes anotados, por su penalidad evidentemente rebasan la posibilidad de que les sea otorgado cualquier beneficio.

4.8.- La Reincidencia

4.8.1.- Concepto.-

El concepto reincidencia es manejado en el ámbito jurídico-penal para señalar un volver o repetición de un hecho ilícito por parte de un mismo sujeto.

“La reincidencia consiste en haber sido el reo condenado ejecutoriamente con anterioridad por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma Naturaleza”⁹⁰

Al término “reincidencia” se le atribuye, generalmente, un significado relacionado al de *peligrosidad*; pues un reincidente *es más peligroso que una persona que por primera vez haya transgredido el ordenamiento jurídico-penal*, que se vincula íntegramente a la criminología, al significarse una etapa más de un proceso individual y estructural complejo y que se denomina estereotipo y estigma: conceptos que no por fuerza se vinculan al de peligrosidad, término estrictamente positivista.

Para la criminología positivista el concepto de reincidencia presenta las siguientes características:

- a) Se circunscribe a los casos de delincuentes.
- b) En términos de control social, la reincidencia significa mayor peligrosidad criminal.
- c) El paradigma manejado para explicar ideológicamente la reincidencia es de facto: es decir, aquel que acepta cadenas causales en la conducta humana.

90 Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Ob. Cit. pág. 542.

d) El discurso o discursos manejados son en su mayoría patologistas provenientes de diferentes disciplinas científicas: antropología, medicina, psicología, pedagogía, sociología, etcétera

e) El concepto reincidencia se aplica en dictámenes clínicos como apoyo a la impartición de justicia penal y como orientación a las políticas de ejecución penal.

f) La ideología y los discursos criminológicos-positivistas de la reincidencia se plasman o institucionalizan en el aparato de control del Estado, y, por lo mismo, se manifiestan en sus diferentes políticas que al respecto se emprendan en materia de prevención y tratamiento del delito.

Para la criminología clínica, el concepto reincidencia viene a significar:

a) Un síntoma individual y estructural.

b) El concepto se presenta desarticulado del de peligrosidad: al menos no es manejado causalmente como en el caso del positivismo criminológico.

c) El paradigma es el de la definición; es decir, la reincidencia entendida como un síntoma sociocultural y no causal.

d) Los discursos manejados para explicar la reincidencia son clínicos interaccionistas; y los propios de las teorías del estereotipo, del etiquetamiento y del control.

e) El concepto se maneja como apoyo en la individualización penal, como también en el momento de la ejecución, pero insistiendo en las *circunstancias*

existenciales y culturales del futuro sentenciado o delincuente, y menos en la supuesta mayor peligrosidad.

f) En general, la política criminológica en relación al concepto reincidencia va orientada más a la desestigmatización del reincidente.

En consecuencia, para la criminología de corte positivista, el concepto de reincidencia tiene un sustento ideológico en el paradigma fáctico o causal, y se apoya en discursos patologistas nacidos de diferentes disciplinas; ideología y discursos que tienden a estigmatizar al reincidente con la etiqueta de más peligroso, etiqueta que se impone al reincidente en dos momentos: en la individualización de la pena y en la ejecución penal.

Para la criminología interaccionalista y nueva criminología clínica, se inclina a la desestigmatización de la reincidencia al procurar no manejar enfoques causalistas, sino más bien socioculturales vinculados a la biografía de cada individuo en particular, aunque sin dejar del todo el supuesto de mayores posibilidades de reincidencia,

Inclusive se han dividido tipos de reincidencia, según el delincuente, ya que algunos sujetos tienen mayor tendencia a delinquir que otros, pero es discutible que por cuestiones patológicas se tenga que castigar más severamente a unos que a otros sujetos.

a).- Tipos de Reincidencia

Respecto a la inclinación del sujeto para delinquir, conforme a la naturaleza del hecho, la clasificación de la reincidencia se presenta **ficta** cuando basta la condena por el delito anterior, como requisito previo a la comisión del nuevo delito; en tanto que existe reincidencia **real**, cuando lo que se requiere es el cumplimiento de la pena del anterior delito.

Asimismo el maestro Jiménez de Asúa clasifica a la reincidencia de la siguiente manera:

- a).- Reincidencia genérica, que es cuando cualquier otro delito se comete, y
- b).- Reincidencia específica, cuando se produce un nuevo delito de la misma clase y naturaleza que el anterior.

Legalmente se acepta la “reincidencia genérica”, ya que el artículo 20 del Código Penal Federal, habla de reincidencia siempre y cuando el condenado cometa un nuevo delito, pero sin precisar qué tipo de delito, si del mismo género, misma naturaleza, o inclinación delictiva; en cambio, el siguiente artículo (21 de la Ley punitiva en cita) hace alusión a un tipo especial de reincidencia, pero está referida a su alta reiteración de la conducta criminal del sujeto hacia el mismo tipo de ilícitos; denominándose “delincuente habitual”, precepto mencionado textualmente postula: *“Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.”*

4.8.2.- Condiciones para la Existencia de la Reincidencia.

Para este tema nos abocamos exclusivamente a la legislación Penal Mexicana, toda vez que cada país requiere sus propias condiciones para que un sujeto pueda ser reincidente. Sobre este particular el artículo 20 del Código Penal Federal, nos manifiesta que:

“Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha

transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o leyes especiales.”

De donde se desprenden las siguientes circunstancias integrantes de dicha figura legal:

1).- La Comisión de un Delito Anterior. Debe ser claro que el nuevo delito debe ser posterior al cumplimiento de la pena, no bastando una segunda condena por el delito cometido antes de dictada la sentencia por el nuevo delito.

2).- Sentencia Ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada debió haber sido condenatoria, y de la cual ha quedado firme, ya sea por que no se impugnó, o bien, al haberlo hecho fueron agotados todos los medios legales para que fuese cambiado ese criterio condenatorio.

3).- -La Comisión de un Nuevo Delito. Por obviedad se debe ejecutar un nuevo delito, el cual ya esté en conocimiento del juez y sobre todo en etapa de juicio, ya que en esta fase procesal es donde el juzgador analizará debidamente si el sujeto primeramente ejecutó todos y cada uno de los elementos objetivos del Cuerpo del delito del que se trate, y así, si es culpable, para partir de ahí si se cumplen las demás condiciones de la reincidencia, y

4).- La Temporalidad de un Término igual a la Prescripción de la Sanción. Nos reservamos a explicar este tema, para estudiarlo más adelante, ya que merece un análisis más detallado.

4.8.3.- Fundamentos Dogmático-Jurídicos de la Reincidencia.

Los fundamentos jurídicos de la reincidencia se guían básicamente, conforme a los diversos criterios doctrinarios, que explican la culpabilidad dentro de la Teoría General del Delito, tenemos así, principalmente los siguientes:

1.- El fundamento más generalizado obedece a una mayor peligrosidad del autor del delito; siendo la peligrosidad un juicio de probabilidad acerca de la posible conducta futura de un sujeto, y cuyo fundamento de la agravante sería que el anterior sometimiento a un régimen de prevención especial no ha dado los resultados requeridos a los efectos preventivos, es decir, que la comisión del nuevo delito demuestra la insuficiencia del anterior tratamiento penitenciario.

2.- Otro fundamento se ha desarrollado en la Teoría de la Psicología de la Culpabilidad, en donde se señalaba que reincidir era una evidencia de más fuerte decisión de la voluntad del autor del ilícito.⁹¹

3- Dentro de la Culpabilidad Normativa, se intenta fundamentar a la reincidencia, con el argumento de que existe una mayor culpabilidad en el segundo ilícito que en el primero, ya que habiendo reforzado los mecanismos de contra-motivación de la pena anterior, insistió nuevamente en la comisión del delito.

4.- Otra de las teorías que tratan la fundamentación de la reincidencia es la que afirma que la agravante deriva de un mayor contenido de injusto del segundo hecho, es decir, que vulneró la paz social en diversa ocasión.

91 Aunque los argumentos que reprochan tomar a la reincidencia para el castigo del nuevo delito cometido, es prudente señalar en este momento que "resulta totalmente falso, porque la voluntad de autor puede estar más quebrada o debilitada en razón de la mala ejecución de la anterior pena, lo que es bastante frecuente" ZAFARONI Raúl E., *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. pág. 768.

5.-Con base en la potestad imperativa del Estado surge el criterio que explica la reincidencia, como la conducta que lesiona más gravemente la imagen del Estado que el primero, al ser éste el proveedor de seguridad jurídica, y por ende, afectaría en mayor medida el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica; por lo que se justificaría una pena más grave, aunque la lesión objetiva a la seguridad jurídica sea la misma.

4.8.4.- Los Registros de Antecedentes Penales y la Reincidencia.

Cuando una persona es sometida a un procedimiento penal por algún delito, quedan registros de esa persona en todas las instituciones relacionadas con el sistema penal, ya sea que la Procuraduría General de la República, ingrese a su registro nominal (fichas señalética y estudios de personalidad que son guardados en sus archivos), o bien porque el órgano jurisdiccional anota en el libro de gobierno de la adscripción los datos necesarios a fin de llevar un control respecto de los autos; asimismo, la Dirección del Reclusorio donde el delincuente es recluido en prisión preventiva, o compurgando su pena, tiene un expediente del sujeto. La Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, dependiente de la Secretaría de Gobernación, también tiene su propio registro penal; en fin son numerosos los registros penales que hacen las distintas dependencias e instituciones penales, que no importa siquiera el sentido de la sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, el registro sigue existiendo, más aún en el caso de que la sentencia sea de condena para el reo, los antecedentes subsisten no obstante que el delincuente haya cumplido la pena impuesta.

Estos registros varían y son distintos respecto de la figura legal de la reincidencia, pues esta requiere de diversas condiciones que el Código Penal exige, para que el sujeto sea declarado judicialmente "reincidente"; requisitos que de no cumplirse, la persona presunta (reincidente) ya no estará en ese supuesto. Sin embargo, los registros penales, son meras cuestiones administrativas; más al estar siempre presentes en los archivos una institución penal, dan por consecuencia que el sujeto se vea afectado en su

situación jurídica, ya que siempre va a tener el peso del antecedente penal, pese a haber cumplido la condena que le fuere impuesta.

En México, la reincidencia tiene una temporalidad o prescripción para ser tomada en cuenta, es decir, que en determinado tiempo ya no se puede tomar en cuenta esa circunstancia para que en el delito posterior se considere como reincidencia y a su vez afecte en la imposición de la nueva pena, toda vez que el artículo 20 del Código Sustantivo en la Materia, refiere en lo conducente que: se declara reincidente *“si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena”*. Los antecedentes penales siempre son una sombra en el expediente de cualquier sujeto, ya que una vez cometido un delito, no importa el tiempo que pase, ya que en el supuesto de recaer en un nuevo delito, al instante de aplicar el correspondiente juicio de reproche, el juzgador deberá tomar en consideración y valorar todas las circunstancias del delincuente como lo marca el artículo 51 y 52 de Código Penal Federal, como ya lo vimos, debiendo incluir en este estudio la conducta anterior al hecho.

Además que para efectos, de que en el nuevo delito la pena a imponer, alcance el beneficio de concedérsele algún sustitutivo penal, de los que establece el artículo 70 de la citada ley penal, estos podrían no ser otorgados en razón al registro penal, no importando cuánto tiempo haya trascurrido desde su comisión, cumplimiento de la pena o tan solo desde que se dictó la sentencia.

Por lo que considero en este sentido, aún y cuando formalmente no sea reincidencia, la legislación vigente conserva lo que anteriormente llamamos una reincidencia genérica, sin temporalidad o sin prescripción, y en tal virtud, es un estigma para el hombre.

De este modo, el Sustentante considera que para efectos de la sustitución de la pena de prisión, se debería de tener en cuenta únicamente a aquellos antecedentes en los cuales no haya transcurrido un tiempo para la prescripción de los mismos, es decir, cuando

legalmente se encuentre el sujeto en el supuesto de la reincidencia y de esta manera se impide que durante toda la vida, se tenga que sufrir la marca de que en algún momento se cometió un hecho delictuoso por el que fue condenado. Que si bien podría parecer contradictoria esta circunstancia, con lo manifestado en cuanto a que con la aplicación de esto se viola el principio de "*non bis in idem*", ello es aparente, ya que por lo contrario se da estricto cumplimiento a los efectos de la reincidencia, además que transcurrido determinado tiempo, ese hecho en lo futuro ya no tendrá ninguna consecuencia en perjuicio del sentenciado, dando un efecto de seguridad jurídica.

4.8.5.- Consecuencias de la Reincidencia

Aunque el punto anterior ya hemos tratado algunas de las consecuencias cruciales no sólo de la reincidencia, sino también de los antecedentes penales, trataré de enunciar diversos criterios que aporten puntos de vista sobre las consecuencias jurídicas que trae consigo la reincidencia (o en forma más general los antecedentes penales), resaltando tres los de efectos: atenuante, agravante y el moderno.

a).- **Efecto Atenuante.** Este implica que la repetición del delito es una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse. Por lo tanto, menor imputabilidad en el agente, por lo que la pena lejos de agravarse en la recaída con el nuevo delito, debe aminorarse. En base a esta teoría se acusa a la sociedad como culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala retribución, la defectuosa organización penal y penitenciaria, son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que lo rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito.⁹²

92 Teorías Propuestas por Bucellatti y Kleinschrod, cit. JIMENEZ de Asúa, *Lecciones de Derecho Penal*, Serie Clásicos del Derecho Penal, Vol. 3, Ed. Oxford, pág. 362.

b).- Consecuencia agravante de la reincidencia. Bajo este criterio, se castiga con penas mayores a las que originalmente se contemplan por el hecho cometido. En el Código Penal Federal se sigue este criterio, toda vez, que efectivamente, al sujeto considerado como reincidente se le tomará en cuenta para la individualización de la pena, pero además, el artículo 65 de la citada ley penal, en su párrafo segundo, establece que *“en caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delito de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste”*; es decir, que el castigo para este último ilícito casi se duplica, aún y cuando ya cumplió la pena que le fue impuesta por primera vez, pero al tratarse de una reincidencia específica el legislador lo agrava aún más.⁹³

c).- El Criterio Moderno. Argumenta que más que castigar, es preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no caigan en la comisión de nuevos delitos, ya que los males de la sociedad se originan en el pésimo efecto de las penas cortas de privación de la libertad, que al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierte al delincuente primario y le hacen reincidente.⁹⁴

Es claro que en México el criterio a seguir es la de considerar al segundo ilícito con mayor gravedad que al primero, ya que la reincidencia **será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé. Amén de que si se trata de la comisión de algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo**

93 Para la homogeneidad de los delitos se siguen dos criterios uno que es de identidad absoluta (que implica igualdad en los delitos, y en segundo la identidad relativa, que indica igualdad en el impulso criminoso, en el móvil, es decir un delito de la misma especie.).

94 JIMENEZ de Asúa Francisco, *Lecciones de Derecho Penal*, Ob. Cit. pág. 363.

delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste.

4.8.6.- Objeciones Acerca de la Aplicación de la Reincidencia.

La reincidencia ha sido objeto de una considerable discusión, mismo debate que se ha dado desde varios puntos de vista, sin embargo, son dos los principales criterios a discutir, en primer lugar, se reprocha en cuanto a su fundamento, tema que considera obvio que se discuta, ya que por lo general, todos los fundamentos se basan en la posibilidad (futura) de que el sujeto vuelva a delinquir en otra ocasión, lo cual anteriormente señalamos como la peligrosidad del sujeto.

Asimismo, otro de los temas no menos importantes de discusión, es la cuestión de la **inconstitucionalidad**, la cual está referida a la infracción del principio de legalidad ante la ley, al aplicarse penas diferentes a hechos iguales, en función de condenas anteriores que en nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado.

En cuanto al fundamento de la "**peligrosidad**"⁹⁵, se observa que, afirmar sin posibilidad de prueba contraria, que quien cumplió una pena y comete un segundo delito, es más probable que cometa un tercero, que aquella persona que no ha cumplido una pena, es un juicio que no debe ser cierto en general. Pero en el caso concreto, cuando el juicio no debe hacerse masivamente, sino en particular, puede ser totalmente falso⁹⁶ Sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse de mero derecho, como se intenta hacer en la legislación, no es un concepto en el que se pueda asentar una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad y no a la peligrosidad.

95 Entendiendo la Peligrosidad como la potencialidad de daño insita en determinada modificación del mundo exterior; o bien es la capacidad de un sujeto para convertirse con probabilidad en autor de un delito.

96 ZAFFARONI Raúl E. *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. Pág. 770.

En tal virtud, la **peligrosidad (o temibilidad)** pasó a ser el criterio más importante de individualización en la mayoría de los sistemas penales latinoamericanos incluyendo México, no obstante la dificultad de establecer de manera confiable y cierta ese grado de peligrosidad; amén de que al establecerlo traía implícito el problema de la estigmatización del sujeto, circunstancia contraria a la Prevención Especial (que anuncia el artículo 51 del Código Penal Federal), en consecuencia, en la actualidad el Juez no debe tomar en cuenta esas circunstancias, sino más bien, debe combinar las necesidades de resocialización del delincuente con el principio de valoración del ilícito (proporcionalidad del hecho).

SCHÜNEMANN⁹⁷ “considera que debe *“eliminarse de la medición de la pena toda consideración de los matices de la penalidad del autor, que solo conduce a una desigualdad y, en definitiva a una irracionalidad de la medición, y que no hay un criterio vinculante para esos matices”*”.

En cuanto al tema de la “inconstitucionalidad” de la **reincidencia**, aún cuando no es parte fundamental de este trabajo⁹⁸, me parece interesante señalar que durante la investigación del tema, haya encontrado varios autores que abordaban el tema con amplitud. Así pues, son coincidentes en que no puede imputarse una segunda vez el anterior delito, porque, ya que con ello se vulnera flagrantemente el principio general de derecho “*non bis in idem*”, consagrado en nuestra Carta Magna en el artículo 23 y reiterado por el numeral 118 del Código Penal Federal que textualmente refiere “*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término*”.

97 Cit. AZZOLINI Binchas Alicia, *Culpabilidad y Punición*, Ob. Cit. Pág. 135.

98 Esto es así porque la negativa del Juez para otorgar algún sustitutivo penal por contar el sentenciado con antecedentes penales, se basa más que nada en la peligrosidad del sujeto, que en un volver a castigar por el delito anterior, como es el caso de la objeción por inconstitucionalidad.

Dice el Maestro Francisco Jiménez de Asúa: *“Castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituirá una grave injusticia, un quebrantamiento a la máxima non bis in idem, lo que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la moral y el derecho, que tienen áreas propias, puesto que, es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo”.*⁹⁹

Lo que efectivamente es lógico, ya que resulta difícil encontrar en la reincidencia razones suficientes para fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante; ya que afectaría en mayor medida el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, por eso se reitera, que toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in idem).

Además que sobre el estado de reincidencia e inconstitucionalidad de éste, basta recordar que si bien se inspira en el “estado de pecado”, éste se consideró al menor redimible, en tanto que el de reincidencia nunca lo era, lo que lleva a una situación estigmatizada de por vida al sujeto, quien **siempre será considerado un reincidente o ciudadano de segunda, o sea un individuo a quien se trata de guiar a la delincuencia por ese medio de impulsar al delito cerrándole las posibilidades sociales de realización.**¹⁰⁰

Además que como hemos visto, los motivos que indujeron al legislador a introducir esta figura es para evitar la pena de prisión de corta duración, sus efectos degradantes, las consecuencias funestas para la vida familiar y las consecuencias futuras del condenado. Sobre todas las cosas, para otorgar los beneficios el juez debe atender a la prevención especial. (es decir que los antecedentes penales no deben servir a la vez para graduar la penalidad que se va a imponer y también sirva para negar los

99 JIMÉNEZ DE ASUA, *Lecciones de Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág. 362.

100 ZAFFARONI Raúl E. *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. Pág. 771.

sustitutivos penales). Por ello *“es incuestionable que para el otorgamiento de los sustitutivos deben atenderse criterios de prevención especial. No se trata de fijar el monto y la calidad de la reacción estatal por el delito cometido, sino de valorar la conveniencia de reemplazar la sanción escogida para que, de acuerdo a las características personales del delincuente, favorezca su reinserción social.”*¹⁰¹

4.9.- Delincuentes a quienes van dirigidos los sustitutivos penales.

Socialmente se considera delincuente a la persona que ha cometido algún delito, y como hemos dicho, es como una etiqueta o estereotipo que se ha fijado; sin embargo, los Sustitutivos Penales no van dirigidos a delincuentes específicos, sino que se conceden en función a la sanción impuesta, precisamente por el hecho de que no se considera grave. Pero además, también se requiere que dicho sujeto sea primodelincuente, por ello es importante abordar el siguiente tema, en cuanto a los tipos de sujetos que han delinquido, ya que conforme a una debida clasificación, la rehabilitación para el sujeto será mejor, además de que esta circunstancia se encuentra estrechamente relacionada con la evolución del sentido de la pena que ha de imponerse, o bien el sustitutivo adecuado a conceder.

4.9.1.- Tipo de Delincuentes

Los diferentes discursos criminológicos de corte positivista dieron como resultado, entre otras importantes aportaciones, infinidad de clasificaciones de delincuentes. Desde los precursores de César Lombroso, y hasta el presente siglo, fueron numerosas las tipologías delincuenciales en las que, sin faltar, se abordó el problema de la reincidencia.

101 AZOLINI Binchas Alicia, *Culpabilidad y Punición*, Ob. Cit. Pág. 220.

A manera de síntesis, podemos decir que las referidas clasificaciones o tipologías delincuenciales se pueden clasificar en los siguientes periodos o etapas:

a) *Teorías de la Indiferenciación.* Podemos decir que en este periodo no se hacía diferencia alguna entre delincuentes y no delincuentes, sólo en tanto que el delincuente había violado la ley penal y no así el no delincuente, y por ende en este caso el concepto de reincidencia y peligrosidad carecerían de todo sentido.

b) *Teorías de la Diferenciación cualitativa.* Aquí interesa atribuir al reincidente el carácter de peligrosidad, y para su justificación se manejan discursos patologistas para justificar dicha etiqueta.

c) *Teorías de la Diferenciación Cuantitativa.* Estas teorías se consideran intermedias entre el patologismo y la criminología clínica interaccionalista y del control. La cual postula que la diferencia que puede haber entre delincuentes no es en cuanto a algún atributo en especial que teniendo un grupo no lo manifieste otro: la diferencia estriba en que el delincuente presenta "exagerados" rasgos compartidos con los no delincuentes. Por lo mismo, la reincidencia es un atributo cuantitativo de la personalidad de quien delinque. Estas teorías relacionan, al igual que las teorías de la diferenciación cualitativa, a la reincidencia con el concepto de peligrosidad.

Por lo que corresponde a los modelos que sirvieron para explicar los postulados de las teorías en cuestión, éstos se pueden resumir como sigue:

a) *Modelos Estáticos.* Hacen referencia a enfoques específicos propios de una disciplina en particular, como por ejemplo, el de la antropología, el de la psicología, el de la medicina, etcétera

Estos modelos no intentan una explicación completa del fenómeno, se quedan en la explicación parcial que supone el enfoque particular en cuestión.

b) Modelos Dinámicos. Estos modelos, al contrario de los estáticos, buscan una explicación integral del delincuente o individuo antisocial en particular. En su inmensa mayoría son modelos multi e interdisciplinarios, los cuales se pueden resumir de la forma siguiente: En esencia, los modelos peligrosistas y criminodinámicos vienen a ser un mismo enfoque: conocer la dinámica que lleva a un individuo a violar la ley penal o a observar una conducta antisocial no delictiva. La variación entre los modelos en cuestión radica en que, mientras el modelo criminodinámico parte de una clasificación previa de factores criminógenos, el modelo peligrosista lo hace a partir de una hipótesis general, que a su vez contempla la crimino-génesis.

Teorías de la Reincidencia en el Campo de la Criminología. Las teorías que sobre la reincidencia se han manejado en el campo criminológico son abundantes. Podemos decir que se resumen en los siguientes grupos:

a) Teorías de Corte Clínico. Señala un tipo delincuencial en base a factores endógenos y exógenos, y en base al supuesto o hipótesis de la peligrosidad que puede ser social o bien criminal.

En este grupo teórico al delincuente reincidente se le ubica dentro del grupo de factores que presentan una mayor carga exógena que endógena; es decir, la reincidencia es vista más bien como un problema social que individual.

Sin embargo, el planteamiento de los factores sociales en el delincuente se hace a nivel biográfico mas no estructural.

b) Teorías de Corte Sociológico. Aquí, el enfoque que se da a la desviación es estructural en un principio, y posteriormente estructural y biográfico; es decir, el problema de la desviación antisocial y en especial el problema de la

reincidencia, que es visto, dicho fenómeno, como reforzante de la entidad desviada, se plantea como patología social.

c) *Teorías Clínico-estructurales*. Estas teorías corresponden al problema de la explicación del paso al acto delictivo y procesos de antisocialidad en general. Se sostiene la hipótesis de que el delincuente y el individuo antisocial concreto son producto de una complicada interrelación entre la biografía individual y la estructura social. La tarea del criminólogo es conocer aquellos elementos de la personalidad y de la sociedad que expliquen, desde una perspectiva cultural y existencial, el proceso de violación a la ley penal y de desviación antisocial. En este sentido se pretende aplicar las teorías sociológicas al campo eminentemente clínico.

Así pues, Lombroso distinguía diversas clases de criminales:

- 1.- El delincuente atávico (semejantes a antepasados lejanos) o primitivo.
- 2.- El epiléptico lavado (escondido, es decir el que no se ve a simple vista)
- 3.- El loco moral.
- 4.- El delincuente ocasional.
- 5.- El delincuente pasional.

Junto con Lombroso destaca otra gran figura: Enrique Ferri, quién realizó una clasificación parecida a la de Lombroso, aunque su verdadera aportación a esta ciencia es el que divide a las causas productoras del delito en endógenas y exógenas, es decir causas internas y externas. Su división fue:

- 1.- Delincuentes locos.
- 2.- Delincuentes natos.
- 3.- Delincuentes habituales.
- 4.- Delincuentes pasionales.
- 5.- Delincuentes ocasionales.

Ferri nos dice, que todos los delincuentes (sean natos o locos, habituales u ocasionales, etc.) lo son por factores internos o externos, es decir endógenos o exógenos.

Los factores endógenos o internos del sujeto pueden ser hereditarios o adquiridos; llamados orgánicos, porque están dentro del organismo del sujeto: las taras (defecto físico o psíquico), la epilepsia, la predisposición a ciertos estados del ánimo negativos por la acción glandular, etc.

Los factores exógenos, los que están fuera del sujeto, predisponiéndolo para el delito. Casi todos estos factores son de procedencia sociológica. Esto significa que la forma de ser de cualquier sociedad –la familia, la escuela, el pueblo, el núcleo social en general– es defectuosa en algunos aspectos y que influyen en el sujeto en su modo de pensar y actuar negativamente. Por ejemplo, el machismo, el alcoholismo, y ahora la drogadicción. Patrones culturales que conforman al niño, al adolescente y al hombre proyectándolo en el cause de la violencia o el desconcierto, y por ende provocan la predisposición delictiva.

Cabe mencionar que tanto Lombroso como Ferri establecieron una gran clasificación dividiendo a los delincuentes en “CRIMINALES y CRIMINALOIDES”: los primeros son los auténticos delincuentes (el atávico, el epiléptico y el loco moral). Los segundos serán los delincuentes pasionales y los ocasionales.

FRANK VON LISZT en su obra "La Idea de Fin en el Derecho Penal", clasifica a los delincuentes en:

- a).- Delincuentes Incorregibles (Delincuencia habitual);
- b).- Delincuentes Corregibles (Reincidentes); y
- c).- Delincuente Ocasional.

Más exactamente el autor denomina "**irrecuperables**" a los incorregibles, y al respecto manifiesta que son como una enfermedad social, que se suele reunir en la eliminación global del proletariado, mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos, alcohólicos, rufianes y *demimondaines*, que en el sentido más amplio son degenerados espirituales y corporales. Todos ellos conforman el ejército enemigo fundamental del orden social.

Los "**corregibles**" son aquellos individuos que por predisposición heredada o adquirida han llegado a la delincuencia, pero que no son aún casos perdidos sin esperanza. Y los delincuentes ocasionales, es decir, aquéllos para los cuales el hecho cometido constituye un episodio, un descarrío generado por influencia preponderantemente externas, en quienes por lo tanto, el peligro de una frecuente repetición de acción punible cometida es mínima, y para quienes, por ende, carece de sentido una sistemática corrección. En tales casos la ley solamente debe restablecer la autoridad de la ley violada; ello debe ser adecuado al impulso egoísta del delincuente. Objetivamente, el campo de la pena intimidatoria abarca pues, todos los delitos y faltas.

Por su parte Jiménez de Asúa, clasifica a los tipos de delincuentes en:

- 1.- Habituales.- El hábito criminal, es costumbre adquirida por la repetición del acto delictivo, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia en la práctica en este ejercicio.

2.- Reincidente.- Cuando se hace posible caer más de una vez en el delito.

3.- Delincuente Profesional.- Es una especie de delincuencia habitual, pero la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje.

4.- Delincuente proclive (o predispuesto), es obvio que en todo delito que es doloso el delincuente se predispone a actuar ilícitamente, como en los casos anteriores, pero en ocasiones se delinque una sola vez.

5.- Incorregibles.- del cual ya hablamos anteriormente.

Sin embargo, podemos decir que el *delincuente habitual*, como tratamiento psicológico y un control estatal puede reingresarse a la sociedad y ser productivo, por su parte el *incriminado profesional*, una vez que es ubicado como tal, se pueden neutralizar sus conductas transgresoras, cuando a dicho penado se le enseñan otras áreas de trabajo, ya que en su oficio original, prácticamente ya está “maleado” a delinquir para su provecho. El delincuente que se predispone para delinquir, por lo general es por única vez, si es que se trata su caso de una forma adecuada.

Pero definitivamente para aquellos sujetos, su conducta no puede ser corregida por ninguno de los métodos de educación, cultura, tratamiento especial en las clínicas de conducta, etcétera; definitivamente tienen que ser aislados de la sociedad.

Ahora bien, en nuestro Código Penal Federal se distinguen también los primodelincuente, los reincidentes, el delincuente habitual, pero también aquella categoría que sin ser reincidentes (en estricto sentido), cuentan con antecedentes penales, tal y como lo establece el artículo 70 en comento, y bajo esta perspectiva podemos expresar que la Ley únicamente responde en los sustitutivos de la pena de prisión, para aquellas personas que por primera vez delinquen, ya que no fija una temporalidad para tomar en cuenta los registros penales. Fazón por la cual parece injusto que si bien, el propósito del Derecho

Penal Mexicano es la resocialización del delincuente, se imponga una sanción aún y cuando no es necesario imponerla por que no existe tal sujeto antisocializado, amén de que al aplicarle la pena privativa de libertad se corre el riesgo que sea mayormente perjudicial que benéfica.

4.10.-La Revocación de los Sustitutivos.

Una vez que el Juez ha concedido a un sujeto alguna pena sustitutiva de la prisión, puede retirarle dicho beneficio cuando infringe la ley, o bien incumplió en sus obligaciones legalmente contenidas en el artículo 71 del Código en cita; ya el Juez en cuanto tenga conocimiento que el sentenciado no cumplió con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto puede hacer que éste dé cumplimiento a la pena de prisión impuesta originariamente, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si se incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida. Si el nuevo delito es culposos, el Juez resolverá si se debe aplicar la pena sustituida y por ende el juez de inmediato dejará sin efecto la sustitución y ordenará que se ejecute la pena de prisión impuesta.

Siendo importante resaltar que aún en la hipótesis de la revocación del sustitutivo penal de que se trate, sigue subsistiendo un criterio preventivo especial para el sentenciado, toda vez que queda a consideración del Juez la conveniencia o no de tal revocación para privarlo de su libertad personal, pudiendo optar por el apercibimiento para que no incurra en nueva falta y cumpla todas sus obligaciones respecto del sustitutivo concedido.

En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el reo hubiera cumplido la sanción sustitutiva.

4.11.- La Prescripción

*"Es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad del Estado, al impedirsele el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas."*¹⁰²

La prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido, siendo esta una institución de orden público.

El fenómeno al que llamamos prescripción, según el cual el Estado, como titular del *ius puniendi* se limita a sí mismo en la persecución y sanción de ciertos hechos, simplemente porque el tiempo ha transcurrido a un extremo que resulta excesivo, y por ello esta institución es un medio de los denominados de "*extinción penal*" que puede referirse tanto a la acción como a la pena y que la prescripción es un modo de extinguir la responsabilidad penal por el simple transcurso del tiempo.

De tal limitación se producen los efectos siguientes: tratándose de la persecución, queda sin resolverse la calidad de delictuosos o no delictuosos de los hechos involucrados; por otra parte, cuando la prescripción se refiere a la sanción, queda sin poder ejecutarse la consecuencia de la existencia jurídica de un hecho delictuoso y de un delincuente porque el tiempo deteriora el ejercicio de la facultad coactiva del Estado.

Así, lo que prescribe no es ni la sentencia (entendiéndolo como el acto jurídico procesal donde la pena es impuesta) ni la pena en sí, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar. La pena como mal no puede prescribir, porque sólo existe desde el momento en que el condenado la sufre. Antes de que ello ocurra, el Estado sólo conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho el que se extingue por el transcurso del tiempo. Es decir que el delito no se extingue, sino desaparece su posibilidad de castigarlo.

102 VELA Treviño, Sergio; *La Prescripción En Materia Penal*, Ed. Trillas, México 1985, Pág. 572.

Varios autores entre ellos los maestros Vela Treviño y Cuello Calón, dicen que existe una incongruencia en cuanto a la limitante que el propio Estado se impone para ejecutar las sanciones, ya que es renunciar a su imperio (penal), y por ende implica también renuncia a sí mismo.

Sin embargo, en la opinión del sustentante, no creo que sea una renuncia de esa potestad punitiva del Estado, sino es precisamente para evitar desgastes irracionales, sobre todo de la estructura del poder, ya que conforme pasa el tiempo sobresalen asuntos nuevos, y que por ser actuales se les debe dar mayor prioridad, que aquellos que sucedieron tiempo atrás.

4.11.1.- Fundamento Jurídico de la Prescripción.

Sea cual fuere la tesis por la que nuestra preferencia se reconozcan en la prescripción, debemos convenir en que se trata de una institución en la que, por medio del tiempo, se dificulta la comprensión de la justicia, porque la no punición es sintomática de enmienda del autor del hecho, o por lo inoportuno que es político-criminalmente sancionar por hechos ocurridos con mucha antelación. Por ello el **fundamento de la prescripción** nos puede permitir sostener que es **la Seguridad Jurídica**, fundamento real y actual del fenómeno extintivo que tratamos. Al respecto Muñoz Conde nos dice que: "*su fundamentación (de la prescripción) radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta justicia material*"¹⁰³. Donde la **Seguridad Jurídica**, debemos entenderla como la situación de estar seguros frente a un peligro. Ya que inclusive, este peligro aludido, sería la amenaza constante de estar perseguido por el Estado para ejecutar la sanción impuesta, y así al prescribir dicha acción persecutoria, el individuo se podría dedicar a actividades lícitas e incorporarse a una vida en sociedad.

103 MUÑOZ Conde, *Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág. 452.

Dentro de la prescripción de la sanción penal, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados, una vez transcurrido el tiempo que marca la ley; así como de que el orden social es justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.

Y aún y cuando la seguridad jurídica implica, que *"no sólo el orden social sea eficaz sino que también sea justo"*. También lo es que la prescripción de la sanción se establece por la confianza que el Estado tiene en si mismo para ejecutar las penas, y así la eficacia del orden jurídico se va a hacer manifiesto, pero en los casos que esto no sea posible, la prescripción hace sus efectos, ya que por el transcurso del tiempo no es prudente que se sancione una persona, por ese hecho.

Al respecto el maestro Maurach señala que: *"...la perseguibilidad estatal debe estar en fundamental armonía y coincidencia temporal con la convicción jurídica popular; con esta idea del autor alemán, la sanción extemporánea no solamente no surte efectos intimidatorios, sino que se torna en exasperante factor contra el poder del Estado y en favor del delincuente, es decir la opinión pública se vuelve contra el poder irracional del Estado..."*¹⁰⁴.

El maestro Castellanos Tena, nos dice que: *"...la prescripción de la Sanción se funda en que su tardía ejecución carecería de objeto; no colmaría los fines de la represión y ya tampoco resultaría útil para lograr la readaptación del delincuente..."*¹⁰⁵ Y como consecuencia de esto, la necesidad de la auto-limitación del Estado, se hace en pos del interés social que representa.

104 Ibiem. Pág.453.

105 CASTELLANOS Tena, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ob. Cit. Pág. 344.

4.11.2- Tipos de Prescripción

Ahora bien, como hemos venido señalando la **prescripción** puede ser de dos clases **de la prescripción de acción penal y prescripción de la pena**, las cuales son dos institutos distintos y se rigen por prevenciones legales diferentes. Para los efectos de la prescripción de la acción debe tomarse en cuenta la sanción abstracta fijada por el legislador al delito de que se trata y de ningún modo la específica señalada por el juzgador al delincuente, sea porque hubiese apreciado el hecho concurriendo alguna modificativa o por alguna otra circunstancia del caso concreto. En cuanto a la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la penalidad impuesta en el fallo y el transcurso de un término igual al que debía durar y una cuarta más pero que de ninguna manera excederá de quince años¹⁰⁶.

La Prescripción de la pena, que en el presente estudio es la que nos interesa, presupone, como es obvio, una sentencia ejecutoria que impone una condena. Ella empieza a correr desde que la resolución cause ejecutoria, a menos que como resulta de conjugar los artículos 103 y 113 del Código Penal Federal, tratándose de penas privativas o, restrictivas de la libertad el reo se sustraiga a la acción de la justicia, pues en tal caso el plazo de prescripción empieza a correr desde el día siguiente a este hecho.

Además también la ley es clara para la fijación de los plazos de la prescripción según la sanción o pena que se trate, ya que distingue entre la pena privativa de libertad, la pena de multa, las demás sanciones temporales, y finalmente, las que no tengan temporalidad. Las primeras prescriben en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más.¹⁰⁷ Además que hay que tomar siempre en cuenta que la prescripción nunca puede exceder de quince años, lo que significa que en todo caso concreto en el que la

106 Tesis jurisprudencial "Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena", Fuente, Amparo directo 459/61. Silvestre Barrientos. Resuelto el día 28 de junio de 1962, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Alberto R. Vela. Srio. Lic. José M. Ortega. la Sala. Informe 1962, página 59).

107 Por ejemplo, si la sentencia impusiere una pena privativa de libertad de ocho años, la prescripción sería de diez años, puesto que al total de la sanción (ocho) hay que adicionar una cuarta parte (dos) que es 10 que da el término total.

sentencia dictada más su cuarta parte arroje un total superior a quince años, se reduce automáticamente a esta última temporalidad.

Por lo que hace a la pena de multa, prescribe en un año; y las otras que temporalmente son indeterminadas prescriben en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; importa desde luego resaltar que, la prescripción penal tiene carácter personal; que sus plazos se duplican respecto de quienes se encuentran fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción. Además que se da una regla especial para el caso en que el reo haya extinguido una parte de la sanción impuesta, sin señalarse, sin embargo, la porción de la pena que ya ha cumplido. En tal caso el tiempo requerido para la prescripción es el del tiempo que falte de la condena, y una cuarta parte más, sin que pueda ser menor de un año.

La interrupción del tiempo para que opere la prescripción ocurre al aprehenderse al reo, aunque sea por otro delito diverso, tratándose de la pena privativa de libertad. Respecto de las demás penas, basta para la interrupción cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. En el entendido de que previo a todo ello la autoridad judicial ha resuelto en definitiva un caso concreto y determina imponer una sanción que implique la pérdida de la libertad del delincuente, el Juez estará obligado a tomar de oficio todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, órgano éste que, según antes se expuso, tiene la facultad legal de ejecutar las sanciones.¹⁰⁸

108 Esta puesta a disposición puede producir los siguientes casos. 1.- Que en forma casi automática se inicie la ejecución de la sentencia, lo que ocurre cuando el sentenciado se encuentra físicamente sometido a la jurisdicción; sólo significa un trámite formal consistente en la elaboración de la documentación pertinente, para quedar ahora sometido a la autoridad ejecutora de la sanción. 2.- Que al pretender la autoridad judicial poner a disposición de la ejecutiva al sentenciado se encuentre con la dificultad material resultante del hecho de que estando en libertad provisional previa el sentenciado, no se someta voluntariamente a la ejecución de la sanción impuesta. En esta hipótesis, que se da siempre que sobreviene el cambio de situación jurídica de procesado a sentenciado y el reo no acude espontáneamente al cumplimiento de la sanción que se le haya impuesto, el curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción empieza al día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad.

Ahora bien, al haber detallado este tema, se advierte de la importancia que tiene en el sustento de nuestra propuesta, ya que en primer lugar, la reincidencia invoca el término de la prescripción y además el presente estudio se basa en que los efectos de los antecedentes penales (todo registro penal) tenga una temporalidad en paridad con la reincidencia que a su vez invoca una prescripción, y así, poder precisar que exclusivamente durante ese tiempo sean penalmente relevantes dichos antecedentes penales, y en caso de una nueva sanción o infracción penal si se excedió durante el plazo de la vigencia de ese antecedente penal ya no se tome en perjuicio del sentenciado, y por ende no se podrán negar los sustitutivos de la pena de prisión en base a los antecedentes penales, lo que engendra mayor seguridad jurídica y se eliminan los tabúes legales acerca de considerar la peligrosidad de los sujetos al momento de dictar sentencia.

4.12.-- La Jurisprudencia

Antes de seguir, se debe precisar que la jurisprudencia es la interpretación de la ley, firme, reiterada y de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o por salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Así pues, se puede entender como *"el conjunto de tesis que constituyen valioso material de orientación y enseñanza, que señalan a los jueces la solución de la multiplicidad de cuestiones jurídicas que contemplan; que suplen las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo; que guían al legislador en el sendero de su obra futura"*¹⁰⁹

Visto lo anterior, podemos manifestar que los criterios jurisprudenciales, se mueven respecto de los diversos aspectos que nos interesan que, principalmente son tres: la individualización de la pena; la reincidencia y los antecedentes penales; y por último respecto a conceder o negar los sustitutivos de la pena de prisión, los cuales a continuación cito:

109 Diccionario Jurídico UNAM. Ob. Cit. "Jurisprudencia Judicial".

a).- *Individualización de la Pena.*

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. Lo estatuido por los artículos 51 y 52 del Código Penal del Distrito Federal, significa que la ley quiere que el juez individualice la pena en relación con el grado de peligrosidad que revele el reo".¹¹⁰

"PENAS, APLICACIÓN DE LAS. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. Una correcta interpretación de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal permite señalar que si bien para la aplicación de las sanciones se deben de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución del delito, así como las peculiares del delincuente, lo que implica analizar tanto la gravedad del ilícito como el "grado de culpabilidad" del agente, ello no significa que éste deba ser sancionado bajo dos ópticas diferentes, una por el grado de culpabilidad del sentenciado y, la otra, por la gravedad del ilícito cometido, pues para imponer una sanción justa y adecuada al delito consumado, el tribunal deberá examinar al unísono ambas cuestiones. Así, el juzgador al momento de aplicar la sanción al reo, de acuerdo con el ordinal señalado (artículo 52), debe realizar un estudio integral de todas y cada una de las circunstancias que rodearon al evento delictivo, para lo cual se atenderá a la gravedad del ilícito, misma que se obtiene analizando la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que éste hubiere sido expuesto, la naturaleza de la acción u omisión, y los medios empleados para ejecutarla, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado (fracciones I a III); pero también deberá analizar la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, su calidad y la de la víctima u ofendido; su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, sus usos y costumbres, según si pertenece a algún grupo étnico o indígena, su comportamiento posterior, así como las condiciones especiales y personales en que se encontraba al momento de la comisión del delito (fracciones IV a VII). Lo anterior no implica que el reo merezca una sanción

110 Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XCIII. Tesis: Página: 922. Tesis Aislada; Amparo penal directo 8874/46. Henaro Mora Armando. 25 de julio de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

especial por la gravedad del delito, con independencia del grado de culpabilidad (antes peligrosidad) que presenta la persona a sentenciar. Por ello, y en estricto cumplimiento al artículo 52 del Código Penal Federal reformado, el juzgador debe analizar todas y cada una de las circunstancias que se han señalado líneas arriba, de las cuales obtendrá el real grado de responsabilidad que presenta el reo, y con base en el cual será sancionado en forma justa y equitativa, acorde al ideal de justicia que impera en el derecho penal, incluido en dicho grado tanto las circunstancias peculiares del delincuente (grado de culpabilidad) como la gravedad del ilícito que se cometió, no como aspectos autónomos, sino complementarios".¹¹¹

Ahora bien, en cuanto a este apartado de la individualización de la pena, es importante que para llegar a una cuantificación justa y equitativa de la misma, se requiere saber la conducta precedente al hecho que se le enjuicia al sentenciado de mérito, por ello es importante citar en este momento las siguientes tesis, que a la letra dicen:

"INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. LOS INGRESOS CARCELARIOS DEL REO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA POR EL JUZGADOR COMO EVIDENCIA DE MALA CONDUCTA. Para los efectos de inclinación delictiva a antecedentes de mala conducta, es incorrecto el proceder del juzgador que, al momento de individualizar la pena al acusado, haya tomado en consideración los ingresos carcelarios con los que éste contaba, sin que de autos se adviertan las constancias de cada uno de los procesos que hubieren culminado con sentencia condenatoria; de lo contrario, se llegaría al absurdo de considerar, para esos efectos, algunos que pudieran culminar en sentido absolutorio, precisamente porque se ignora cuál sería la conclusión definitiva de esos procesos, lo cual contraviene la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado; no es óbice a lo anterior, el hecho de que la responsable, después de tomar en cuenta los requisitos que se establecen en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, exprese que dichos ingresos carcelarios no se toman en consideración como antecedentes penales, sino

111 Novena Epoca; Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XIV, Noviembre de 2001; Tesis: XIX.4o.4 P; Página: 525.

como evidencia de la inclinación delictiva del reo en perjuicio de la sociedad, porque ni el ordenamiento legal antes invocado ni alguna otra legislación federal facultan al juzgador a actuar en los términos antes indicados".¹¹²

"INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, NO SE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SI AL MOMENTO DE LA, EL JUZGADOR TOMA EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES DEL ACUSADO. Si bien el artículo 52 del Código Penal Federal, entre otros numerales, fue reformado en su fracción VI, conforme a la publicación del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se suprimió lo relativo a "la conducta anterior del activo", como parámetro para fijar las penas, también lo es que una interpretación armónica del actual precepto permite estimar que para la individualización de la punición, se deben tomar en consideración, entre otros datos, además del hecho imputado y su participación en la ejecución del mismo, los antecedentes del acusado, con la finalidad de establecer su grado de culpabilidad, sin que esto signifique que la individualización de la pena condigna se realice conforme al criterio de peligrosidad o temibilidad, el cual efectivamente, fue sustituido por el legislador en la citada reforma, por el de culpabilidad. Tal situación no involucra la prohibición de que el juzgador, al ubicar al acusado en determinado grado de culpabilidad, tome en cuenta los antecedentes penales de aquél, atento a que por una parte, dentro de los límites fijados por la ley, el Juez deberá considerar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, y por otra, resulta ilógico que a un primodelincuente se le valore de igual forma que a otro que tenga múltiples antecedentes, porque quien cuenta con antecedentes penales conoce con mayor precisión las consecuencias jurídicas que produce el ejecutar una conducta delictiva, además de revelar cierto desprecio hacia el orden jurídico establecido. Lo anterior, encuentra sustento en la propia exposición de motivos de la mencionada reforma, en donde la razón esencial consistió en que al momento de individualizar la pena, el juzgador tome en cuenta, preponderante mente, los aspectos objetivos del hecho delictuoso, lo cual no implica que se dejen de tomar en consideración los antecedentes

112 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena. Tomo XII, Octubre del 2000. Tesis: III.2o.P.66 P Página: 1301. Tesis Aislada.

penales anteriores del activo, pues de acuerdo al dictamen del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, emitido por las Comisiones Unidas de Gobernación, Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados (la cual fungió como Cámara de origen), se sostuvo el argumento de que existe una total concordancia entre la idea que motiva la reforma en mención y la que sugiere la modificación del artículo 65 del Código Penal Federal, que se refiere a la reincidencia, en el sentido de que en lugar de considerarse a ésta como una agravante de la pena, sea mejor un elemento a valorar en la individualización y no una agravante; de ahí que la intención del legislador no haya sido la de proscribir al juzgador que, para efectos de establecer las sanciones correspondientes, tome en cuenta los antecedentes del acusado, ya que si eso hubiera sido, habría derogado entonces lo relativo a la reincidencia, regulada en el artículo 65 del mencionado código, lo cual no aconteció, pues en las consideraciones del dictamen precitado, reiteró lo concerniente a la reincidencia, como un aspecto de valoración y no de agravación que debe tomarse en cuenta para la individualización judicial de la pena."¹¹³

Sin embargo, aún cuando en la legislación federal se haya sustituido el concepto de "peligrosidad" por el de "grado de culpabilidad", para el efecto de negar los substitutivos penales, por los antecedentes que el sujeto tiene en su cuenta personal, se observa que se sigue insistiendo en la peligrosidad o aquella probabilidad que existe que el sujeto vuelva a delinquir, por ello es importante que el juzgador determine correctamente el grado de peligrosidad en la sentencia, por ello al respecto nuestro Máximo Tribunal a dictado los siguientes criterios al respecto:

PELIGROSIDAD, GRADO DE, CIRCUNSTANCIAS PARA DETERMINAR

EL. El hecho de que el quejoso posea una escasa ilustración, que sus condiciones económicas sean precarias y la circunstancia de que haya confesado la forma en que sucedieron los hechos, no son factores determinantes para llegar a la conclusión de que posea un infimo grado de temibilidad, puesto que el delito por el que se le dictó sentencia

113 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Epoca. Tomo XI, Marzo del 2000. Tesis: III.2o.P.61 P Página: 996. Tesis Aislada; Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 16/2000, pendiente de resolver en la Primera Sala.

*es de los que ponen en peligro la salud pública (delito contra salud), además de que al momento de cometer el ilícito contaba con una edad que le permitía valorar el alcance y gravedad de sus actividades así como la circunstancia de que cuenta con antecedentes penales por un delito diverso en el cual se le impuso una penal corporal, todo lo cual excluye la posibilidad de que se le pueda considerar como de mínima peligrosidad.*¹¹⁴

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. LOS ANTECEDENTES PENALES NO SON INDISPENSABLES PARA DETERMINAR EL GRADO DE PELIGROSIDAD. *Los antecedentes penales revelan lo primario de un delincuente de tal suerte que si el juez natural al individualizar la pena no los tomó en consideración y el tribunal responsable en la apelación al examinar el grado de temibilidad sólo los mencionó, pero no los tuvo en cuenta porque conforme a otros datos ubicó al acusado en el mismo grado de peligrosidad del a quo y confirmó la sanción impuesta, ello no es violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica.*¹¹⁵

“PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. DELINCUENTES PRIMARIOS. *La ausencia de antecedentes penales no necesariamente obliga al juzgador a estimar en el acusado un grado de peligrosidad inferior al máximo; ya que pueden existir casos en los cuales, de acuerdo con el desarrollo de los acontecimientos, el activo demuestre un índice Mayor de temeridad que obviamente debe repercutir en la sanción a imponer.*”¹¹⁶

Criterios todos ellos, en donde la sanción se aumenta y todo privilegio se ausenta en base a la peligrosidad del individuo, y por ende es un sustento contrario al expuesto por el suscrito, ya que le otorgan gran importancia a los antecedentes penales, o inclusive conforme a la siguiente tesis jurisprudencial, aún y cuando sea *primo-delincuente*,

114 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo VIII-Noviembre. Tesis: Página: 259. Tesis Aislada; Amparo directo 59/91. José Mata Hernández. 27 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plascencia. Secretaria: Gloria Fuerte Cortés.

115 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 356. Tesis Aislada; Amparo directo 173/89. Aarón Montaña Cota. 9 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eliseo Gustavo Araujo Arriaga. Secretaria: Ana María Arce Becerra.

116 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo VII-Junio. Tesis: Página: 343. Tesis Aislada.

la peligrosidad es razón importante para aumentar la sanción, pero se estima que esto es contrario al alma misma de lo que pretende el ordenamiento Penal Federal, con la resocialización del delincuente e incluir en estas circunstancias tan importantes para cumplir su fin como la prevención general y especial.

b).- La Reincidencia y los Antecedentes Penales

En primer momento citare, que debe entenderse por los antecedentes penales, además que como hemos sustentado, que inexplicablemente estos registros no prescriben o desaparecen de los archivos personales del sujeto, lo que no debería de ser así, por lo que al respecto es importante saber el criterio de Nuestro Máximo Tribunal, que a la letra dice:

“ANTECEDENTES PENALES. QUE DEBE ENTENDERSE POR, PARA EFECTOS DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Por antecedentes penales deben entenderse aquellos registros que efectúa la autoridad administrativa o judicial, con el fin de llevar un control de los procesos que pudieran estar instruyéndose en contra de una persona, o bien de las condenas recaídas a dicha persona a fin de conocer si ha cometido algún delito anterior y ha sido condenada por alguno de ellos, de tal suerte que cuando con motivo de la realización de hechos considerados como delitos, se instruyan a una persona causas penales por delitos surgidos de los mismos hechos, ante el orden común y el orden federal dividiéndose la contienda de la causa, será violatoria de las garantías de exacta aplicación de la ley penal previstas por los artículos 14 y 16 constitucionales, la sentencia emitida por la autoridad judicial federal que al individualizar la pena en una de dichas causas considere que el inculcado contaba con antecedentes penales al tomar en cuenta para ese efecto la instrucción de la otra causa penal ante el fuero común, si como se dijo, se originaron ambas por los mismos hechos,

pues los antecedentes deben referirse a hechos distintos a los que motivan la instrucción de la causa actual de que se trate".¹¹⁷

"ANTECEDENTES PENALES. NO OPERA LA PRESCRIPCION RESPECTO DE ELLOS. *Para los efectos de la conmutación de la pena y de la condena condicional, no puede estimarse prescrito el antecedente que reporta una causa penal instruida al quejoso, porque la prescripción rige para la acción penal y la pena, mas no para los antecedentes penales, por no estar considerados al respecto en la ley".¹¹⁸*

Ahora bien, por lo que respecta a la figura legal de la reincidencia, aún cuando no aparece una definición dada por los Tribunales Federales, de lo que se debe entender por esta, existen numerosas tesis en cuanto a las pruebas idóneas para que el Juzgador pueda tener en cuenta los antecedentes penales y en su caso declarar la reincidencia, entre las que nos interesan citamos a continuación, las que a la letra dicen:

"REINCIDENCIA. EL INFORME DE ANTECEDENTES PENALES RENDIDO POR LA SECRETARIA DE GOBERNACION NO ES APTO PARA ACREDITARLA. *Si bien es cierto que el informe de antecedentes penales rendido por la Secretaría de Gobernación, alcanza el rango de documento público, también lo es, que no es apto ni suficiente para justificar la reincidencia del sentenciado, habida cuenta que el medio eficaz para acreditarla, lo constituye la copia autorizada de la sentencia anterior, así como el auto que la declare ejecutoriada, por ser los únicos testimonios apropiados para dilucidar si en el asunto sometido a juicio se cumple con las exigencias que hacen operante la figura jurídica de la reincidencia, en razón de que el artículo 20 del Código Penal Federal prevé que ésta existe cuando el condenado por sentencia ejecutoria comete un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena".¹¹⁹*

117 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena. Tomo I, Abril de 1995. Tesis: XV.1o.1 P Página: 122. Tesis Aislada.

118 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava. Tomo II, Parte TCC. Tesis: 405 Página: 231. Tesis de Jurisprudencia.

119 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena. Tomo II, Septiembre de 1995. Tesis: XX.32 P Página: 603. Tesis Aislada.

“ANTECEDENTE PENAL, NO LO CONSTITUYE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE PRIMERA INSTANCIA SI NO OBRA CONSTANCIA DE QUE CAUSO EJECUTORIA. Si para los efectos de la individualización de la pena la autoridad responsable sostiene que el sujeto activo del delito es reincidente, apoyándose para llegar a esta conclusión en la copia certificada de la sentencia de primera instancia en la cual se condenó al reo por diverso delito y sin que en ella se establezca que ha causado estado, tal determinación es errónea precisamente porque siendo esa sentencia susceptible de ser recurrida en apelación, no obra en el sumario constancia de que hubiera causado ejecutoria”.¹²⁰

“FICHAS SIGNALETICAS, FORMACION DE IDENTIFICACION ADMINISTRATIVA DE PROCESADOS. Es inexacto que el precepto de la ley procesal penal que establece la identificación administrativa de los procesados, a través de la formación de fichas señaléticas, entrañe violación de garantías, en tanto que constituyan actos de molestia “sin que se cumplan las formalidades del procedimiento”, dado que la identificación debe efectuarse hasta una vez que se dicte el auto de formal prisión, lo que presupone la existencia de una causa penal y, por tanto, de una serie de actos procesales, regidos por normas de derecho positivo en que tiene intervención el inculpado; es decir, que como la identificación deriva del auto de bien preso y éste a su vez resulta de una etapa del proceso penal, en la que el inculpado está en aptitud de aportar pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, de acuerdo con los trámites previamente establecidos en la ley de la materia, se concluye que, por lo mismo, no se violan garantías individuales; por otra parte, la formación de fichas señaléticas tampoco constituye una medida de carácter trascendental, puesto que no va más allá del procesado y ni siquiera tiene el carácter de pena, porque en materia penal por pena se considera, en términos generales, la sanción económica o privativa de libertad, publicación del fallo y otras que enumeran las leyes represivas que el órgano jurisdiccional competente impone a un individuo atendiendo a conductas activas u omisivas, previstas en la ley aplicable y, en cambio, la identificación del procesado no se decreta en la sentencia y es sólo una medida cuya ejecución aporta al

¹²⁰ Octava Epoca; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: IX, Junio de 1992; Página: 352

Juez del proceso, y de futuros procesos, más elementos de juicio para individualizar la pena que deba imponerse al que cometió uno o varios delitos".¹²¹

Por otra parte, en la legislación local del Estado de Sonora, sí existe ese lapso de tiempo en el cual se pueden tomar en cuenta los antecedentes penales, tal y como se estudio y que se sustenta en las siguientes tesis jurisprudenciales, que a la letra dicen:

"REINCIDENCIA, PRESCRIPCION DE LA, APLICACION RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL REO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). El artículo 17 del Código Procesal Penal del Estado de Sonora, reformado mediante Decreto publicado en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado, el seis de agosto de mil novecientos noventa, que entró en vigor quince días después de su publicación, establece que los antecedentes penales prescriben con todos sus efectos, si el condenado no incurre en un nuevo delito en un término igual al de la pena impuesta, que no será menor de tres ni mayor de quince años, y contará a partir del cumplimiento de la sanción o del otorgamiento de cualquier beneficio de libertad, por lo que dicha reforma sí resulta aplicable en forma retroactiva, pues es en beneficio del reo y no en su perjuicio".¹²²

"PRESCRIPCION DE LOS ANTECEDENTES PENALES, CUANDO OPERA LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). De conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 17 del Código Penal para el Estado de Sonora, reformado por Decreto publicado en el Boletín Oficial de seis de agosto de mil novecientos noventa, en vigor quince días después de su publicación, los antecedentes penales prescribirán, con todos sus efectos, si el condenado no incurre en un nuevo ilícito, en un término igual al de la pena impuesta, que no será menor de tres años ni mayor de quince, que se contará a partir del cumplimiento de la sanción o del otorgamiento de cualquier beneficio de libertad. En el caso, en la sentencia anterior, se

121 Séptima Epoca; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: 115-120 Primera Parte; Página: 59.

122 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo X-Septiembre. Tesis: Página: 351. Tesis Aislada; Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 44, Agosto de 1991, Tesis relacionada, número 13, página 42.

otorgó al hoy quejoso el beneficio de la suspensión condicional de la pena, el diez de abril de mil novecientos ochenta y cinco, fecha que resulta el punto de partida para el cómputo del término de la prescripción, ya que desde esa fecha el hoy quejoso quedó en libertad bajo un régimen de vigilancia del órgano ejecutor de sanciones. Por tanto, como desde esa fecha hasta el de la comisión de los nuevos hechos, transcurrió un término mayor al de tres años que como mínimo establece el citado precepto, para eventos como el presente en que se concedió el citado beneficio, es inconcuso que la sentencia reclamada, dictada cuando ya estaba en vigor la citada reforma, debió, en suplencia de la deficiencia de los agravios, conforme al artículo 309 del Código Adjetivo Penal Local, analizar y establecer, en beneficio del sentenciado, que en la especie se surtían los supuestos de la prescripción de los antecedentes penales.”¹²³

C).- Concesión y Negación de Los Sustitutivos de la Pena de Prisión.

Ahora bien, a continuación veremos algunos de los criterios jurisprudenciales en torno a la negativa de conceder alguno de los sustitutivos a la pena de prisión, que se relacionan con los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, en cuanto a las circunstancias que debe tomar el Juzgador para los efectos del artículo 70 de la misma ley antes anotada, por lo que es prudente señalar las siguientes tesis:

“SEMILIBERTAD, SUSTITUCION DE PRISION, ANTECEDENTES PENALES EN CASO DE TRATAMIENTO EN. *El artículo 74 del Código Penal Federal, no establece expresamente como requisito para la concesión de ese beneficio, la falta de antecedentes penales; sin embargo, los artículos 51 y 52, disponen que el juzgador al resolver ese aspecto, en uso de su facultad discrecional, deberá apreciar las circunstancias personales del inculpado, los móviles de su conducta y las consecuencias del hecho; por tanto, la negativa que se encuentra razonada y fundada, entre otros elementos, en la*

123 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo VIII-Julio. Tesis: Página: 191. Tesis Aislada.

existencia de antecedentes penales del acusado, no puede considerarse violatoria de garantías individuales en su perjuicio".¹²⁴

"PENA. NEGATIVA DE LA SUSPENSION CONDICIONAL POR MALA CONDUCTA. El hecho de que el artículo 17 del Código Penal para el Estado de Sonora, establezca que los antecedentes penales prescriben "con todos sus efectos" debe considerarse que se refiere a los efectos de los citados antecedentes penales, como son: el que se aumente la pena y el que se nieguen algunos beneficios liberatorios; pero la circunstancia de que con anterioridad el sentenciado observó mala conducta por la comisión de diversos hechos ilícitos, esa no se puede borrar con el solo transcurso del tiempo".¹²⁵

"PENA SUBSTITUCION DE LA. NO PROCEDE SI EL REO TIENE MALA CONDUCTA POR ANTECEDENTES PENALES. (CODIGO PENAL FEDERAL). Siendo exigencia expresa del artículo 70 último párrafo del Código Penal Federal que para que el juez otorgue la substitución de la pena, se deben satisfacer los requisitos del artículo 90 fracción I incisos b) y c) del mismo ordenamiento, que dice: "Artículo 90.- El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:... I.- El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción I de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones: b).- que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; c).- que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir"., es evidente que si en la causa penal quedó acreditado que el sentenciado cuenta con antecedentes penales, existe mala conducta anterior al evento y no se reúnen las exigencias de la segunda parte, que requiere que el reo haya evidenciado buena conducta anterior al hecho

124 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena. Tomo IV, Noviembre de 1996. Tesis: IX.2o.8 P Página: 517. Tesis Aislada.

125 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava Epoca. Tomo II, Parte TCC. Tesis: 644 Página: 401. Tesis de Jurisprudencia; NOTA: Tesis V.2o.J/72, Gaceta número 68, pág. 75; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII-Agosto, pág. 232.

*punible, y por ende no es violatoria de garantías la sentencia que le niega el beneficio de la substitución de la pena.*¹²⁶

4.13.-Otras legislaciones

Es importante, tener referencias de cómo, en otros países se sustituye la pena de prisión, por otras penas menos drásticas y con mayor efecto resocializador, más aún cuando es claro, que los sustitutivos de la pena, han estado ganando gran terreno, ya que aún cuando en la gran mayoría de legislaciones a nivel nación, se cuenta con la pena privativa de libertad como el principal medio de control o intimidación, por razones de matices de un menor grado de trasgresión de la pena al sujeto se recurre a ellos, lo cual ha estado tomando en consideración el Derecho Penal tiene incursión de la Política Criminal, y todas las demás materias auxiliares. Tomamos de referencia para el presente estudio de derecho comparado legislaciones que tradicionalmente han ido a la vanguardia como el caso de Alemania, así como de España por el gran parecido que nuestro Sistema de Derecho tiene con aquella y por último Argentina, que ha ido adquiriendo fuerza en Latinoamérica; así como diversas legislaciones en donde se encontró situaciones relevantes para el tema expuesto.

a).- Alemania.

Cuando se trata de una pena privativa de libertad, la ejecución de la pena abarca, en primer lugar, el procedimiento que va desde la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada hasta el comienzo de la pena y, además, la supervisión general de su cumplimiento. El derecho de ejecución penal (penitenciario) está regulado en la ley de ejecución penal del 16/3/1976 publicada en el Boletín Oficial Federal 581.

¹²⁶ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava. Tomo XII-Noviembre. Tesis: Página: 392. Tesis Aislada.

El tribunal conserva una serie de decisiones especialmente importantes en el ámbito de la ejecución de la pena. Pero para iniciar la ejecución de la pena se requiere la declaratoria judicial de la cosa juzgada formal, que deberá ser certificada por el actuario en una copia testimoniada de la parte resolutive de la sentencia, que sirve como fundamento de la ejecución. La ejecución debe ser dispuesta inmediatamente después de que la sentencia queda firme; sólo se puede autorizar un aplazamiento de la pena, de cuatro meses como máximo, para evitar perjuicios considerables, no compatibles con la finalidad de la pena. La ejecución de la pena privativa de libertad también puede ser aplazada o suspendida en caso de enfermedad o de embarazo y en caso de extradición y de expulsión del país hasta se puede prescindir por completo de ella.

Ahora bien, efectivamente, en Alemania existe una Agencia de Registro Central y Registro Central de Contravenciones en el Tránsito, en donde se inscriben todas las condenas firmes a través de las cuales un tribunal alemán ha condenado, ha ordenado una medida de seguridad y corrección, ha amonestado a alguien con reserva de pena, o ha determinado la culpabilidad de un menor o un adolescente, es decir toda persona puede aparecer en estos registros, siempre y cuando pese en su contra una condena.

Situación importante es que si bien toda persona mayor de 14 años, esa Central podrá otorgarle, cuando lo solicite, un certificado del contenido de la información del Registro Central referida a ella, el llamado certificado de conducta. También las autoridades pero no las personas privadas, pueden obtener un certificado de conducta de una persona cuando lo soliciten para el cumplimiento de sus tareas estatales y el requerimiento al afectado para que presente el certificado de conducta no responde a los hechos o no dio resultado. Ciertas condenas de relativamente poca importancia (especialmente en el ámbito de Derecho Penal de Menores) no pueden ser incluidas, de un principio, en el certificado de conducta, además que transcurrido un plazo de tres o cinco años, tampoco pueden aparecer ya otras condenas en el certificado de conducta.

Es decir, conforme a las últimas líneas se establece que los registros sobre condenas caducan al cabo de determinados plazos. Los plazos de caducidad son graduados

según la gravedad de la condena, como ya se dijo de cinco, diez o quince años. En caso de condena a pena privativa de libertad perpetua, la caducidad está excluida por obvedad. El Tribunal puede ordenar también, a petición o de oficio, la caducidad anticipada el registro en caso de que la ejecución ya se haya llevado a cabo y su orden no sea contraria al interés público. Si el requerimiento es rechazado, el solicitante tiene derecho a queja.

Si los registros han sido declarados caducos o reúnen ya las condiciones para ser declarados tales, el hecho y la condena ya no pueden ser opuestos al afectado en el tráfico jurídico y no pueden ser utilizados en su perjuicio. El Condenado puede calificarse asimismo como sin antecedentes penales y no necesita dar a conocer los hechos en los que se basa la condena, si la misma no está incluida en el certificado de conducta o si reúne ya las condiciones para ser declarada caduca.

“La importancia fundamental de un Registro Central, que no brinda informaciones al público en general, reside en que los tribunales y autoridades competentes, a través de un pedido de información al GBA (“Generalbundesanwalt”, Procurador General Federal), puede cerciorarse, en todo momento, sobre los antecedentes penales eventuales de un participante en el procedimiento que se lleva a cabo ante ellos. Por otra parte, el legislador ha intentado impedir la “estigmatización” constante del condenado, subsistente aún después del cumplimiento de la pena –algo que es perjudicial para una resocialización eficaz-, al haber acordado considerablemente los plazos para no incluir las condenas en el certificado de conducta y los plazos de caducidad, frente a la situación jurídica anterior...”¹²⁷

En Alemania, es impresionante el grado en que se ha ido sustituyendo la pena de prisión en penas cortas, por la de multa, ya que dicha pena ha llegado a ser una de las más aplicadas, alcanzando en ocasiones el ochenta por ciento de las condenas.

¹²⁷ ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25° ed. alemana de Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires Arg. Año 2000, pag. 506.

b).- España.

El Código Penal Español, tiene la posibilidad de que el Juez o Tribunal sustituya la pena de prisión señalada por la Ley que no se imponga por más de un año o excepcionalmente, dos años, por otra de arresto de fin de semana o multa (artículo 88, 1).

Este artículo textualmente refiere que: "88, 1.- Los jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales prevea estas penas para el delito que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejan, siempre que no se trate de delincuente habitual"

Además también la Ley española permite sustituir la pena de prisión que no exceda de dos años, a los reos no habituales; la sustitución de la pena se hará por arresto de fin de semana, por multa o trabajos a beneficio de la comunidad (artículos 88,2). Teniendo la prudencia la ley que de las circunstancias del hecho se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (artículo 88, 1, párrafo segundo).

Sin embargo, en caso de incumplimiento a las obligaciones de cada una de las penas sustituidas, al revocarse la pena, cumplirá la pena de prisión impuesta y además se le condenará por el delito de "quebrantamiento de condena".

En esta nación, la multa es el sustitutivo más común de la prisión, y le sigue la pena laboral. Lo que se consideró así frente a las fallas de la prisión, ya que la pena se transforma, cada día con mayor celeridad, en medida de seguridad y penas que no alteren la

convivencia ciudadana, pretendiendo dar el siguiente paso hacia las fórmulas más amplias de los substitutivos penales.

Y en los casos más graves se han hecho esfuerzos por implantar la pena de prisión en menor medida como lo es fraccionar la privación de la libertad con el objeto de no eliminar al individuo de su medio y los arrestos de fin de semana.

Obsérvese además cómo, en el derecho Español, para la sustitución de la pena privativa de libertad, efectivamente se requiere para negárselo que el sujeto haya delinquido anteriormente a ese hecho, pero que tenga la calidad de delincuente habitual, es decir, que anteriormente haya delinquido con reiteración, en ilícitos con la misma naturaleza.

En cuanto a las objeciones, los tratadistas españoles han alegado que la reincidencia, al ser aplicada por el juzgador, realiza infracción del principio de legalidad ante la ley al aplicarse penas diferentes a hechos iguales en función de condenas anteriores que en nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado.¹²⁸

El Código Penal Español igualmente manifiesta que transcurrido cierto tiempo no debe tenerse en cuenta la circunstancia de la reincidencia.

Es importante también la restricción del acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes ya que el artículo 82, su número 2 declara: *"si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una sección especial, separada y reservada de dicho registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces y Tribunales"*. Pero lo más importante es que si transcurre satisfactoriamente el plazo de suspensión condicional, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en el registro especial del registro Central de Penados y Rebeldes, este antecedente penal no se tendrá en cuenta para ningún efecto.

128 El Supremo Tribunal Judicial Español rechazó esta inconstitucionalidad en STC 150/1991 de 4 de julio.

c).- Argentina.

El código Penal Argentino en su numeral 50 (ley 23.057 equivalente al Código Penal), refiere que habrá *"reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por el tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena"*. De donde se requiere que para la reincidencia ya sea parcial o total de la pena impuesta, la pena privativa de libertad o de multas o cualquier otra o inclusive de si al sujeto en la anterior condena se le otorgó la condena condicional.

La reincidencia tiene como efectos impedir el beneficio de la libertad condicional y eventualmente dar fundamento a la pena accesoria de deportación en el caso de cuarta reincidencia. Además que declarar reincidente a un sujeto trae repercusión para efecto de una posterior posible concesión de sustitución que tienen como condición la calidad de delincuente primario.

*"En Argentina la agravación tendría lugar únicamente cuando el sujeto haya estado cumpliendo anteriormente una pena privativa de libertad... Los positivistas argentinos sostuvieron que nuestra reincidencia no se funda en la peligrosidad sino que se incluye entre las leyes obedientes a cánones de la escuela jurídica."*¹²⁹

En Argentina.- la pena sufrida no se tendrá en cuenta para los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco años. Y de esta manera conforme al artículo 51 Código Penal Argentino prohíbe expresamente comunicar las sentencias condenatorias una vez transcurrido el término de diez años, que como vimos es el máximo relevante a los efectos de la reincidencia. Lo que se implementó así, toda vez que anteriormente en el Código Penal Argentino en la Ley 23.057, la condena perseguía al condenado por el resto de su vida, La policía provincial, Federal y el

Registro Nacional de Reincidencia llevaba ficheros con anotaciones de condenas, privaciones de libertad de todo tipo (hasta administrativo). Esto significaba que no sólo las condenas perseguían al condenado, sino que cualquier habitante que en su momento, aunque fuera por error, entraba en esos registros y el cual podía perjudicarlo durante toda la vida. Sin embargo en la actualidad como principio general se prohíbe toda información acerca de detenciones que no obedezcan a condenas o procesos en curso, ya que todo ente oficial que lleve registros se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutaria.

Y conforme al artículo 41 se cancelan los registros definitivamente cuando cesan todos sus efectos, es decir a los diez años como máximo cuando es pena de prisión, o condena condicional, y a los cinco años cuando es pena de multa o inhabilitación. Teniendo la obligación el tribunal de comunicar a los organismos registrales de la fecha de caducidad.

d).- Otras Legislaciones en Latinoamérica.

En algunos Códigos Iberoamericanos, se ha admitido la prescripción de la reincidencia, así por ejemplo, en Bolivia no se concede la reincidencia sino cuando el reo delinquirió antes de dos años desde que cumplió la condena impuesta por el primer delito (artículo 89); en Paraguay se fija a contar del plazo de extinción de la pena, quince, diez, o tres años según la gravedad de la infracción anterior (artículo 49); en Panamá, Venezuela Colombia y Costa Rica se señala el plazo de diez años (artículos. 75,100,34 y 32 respectivamente); Perú y Uruguay, cinco años (111 y 48 respectivamente).

Prescripción con la cual ya no sigue teniendo efectos ese antecedente penal para los casos en que el sujeto vuelva a delinquir posterior a la prescripción, precisamente por el plazo o tiempo que ha transcurrido.

4.14.- Propuesta de Estructura y Redacción de la Reforma al Artículo 70 del Código Penal Federal, último Párrafo.

Sin duda, proponer una reforma a un artículo es una tarea compleja, ya que como sabemos se requiere toda una técnica y procedimiento legislativo, para poder modificar esa ley, sin embargo, el presente trabajo es una propuesta eminentemente académica, y por consecuencia desde ese punto de vista, abordaré el proyecto de estructuración y redacción del multicitado artículo 70 del Código Penal Federal, a efecto de que la condición para obtener los sustitutivos penales, de que el sujeto *“no haya sido condenado por sentencia ejecutoria, por delito doloso que se persiga de oficio”*, tenga una temporalidad, es decir que los efectos jurídicos de ese antecedente penal, que actualmente no tiene una vigencia específica, prescriban en determinado tiempo, para dar cumplimiento con los postulados y el espíritu de la ley, que pretende la reintegración del sujeto a la sociedad, así como aportar una mayor seguridad jurídica a los gobernados.

Por lo que cito el texto vigente del artículo 70 del Código Penal Federal, en su primera parte, que dice:

“... La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código.”

Por la propuesta hecha por el sustentante, para quedar como sigue:

“...La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y no hubiera transcurrido desde la imposición de

aquella pena el plazo de la prescripción de la misma.

Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código.”

Nótese cómo, únicamente la diferenciación en el texto consistente en incluir la prescripción de la sentencia ejecutoriada en el caso en que el enjuiciado tenga algún antecedente penal, y con ello nos conlleva a lo que hemos venido sustentando en cuanto a que los registros penales, deben tener una temporalidad para que surtan sus efectos y una vez pasado ese plazo no deben afectar más, dejando así de ser una carga para la persona que lo sufre, y lo cual se traduce en asumir y asimilar los efectos desfavorables de éstos durante toda la vida, además de que con ello los antecedentes penales no serían un estigma para la persona, cumpliendo tan sólo con una temporalidad, para que en base a ello, en caso de que vuelva a cometer un nuevo delito se proceda a aplicar un tratamiento resocializador adecuado al caso.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La importancia que tiene el derecho penal para el mantenimiento de la vida en sociedad, se pone de relieve al considerar y reflexionar sobre los efectos, alcances y logros de las penas y medidas de seguridad que el mismo derecho penal estatuye; y es a partir de tal reflexión que en el presente estudio se propone la necesidad de cuidar detalles, tanto dogmáticos como prácticos, que ayuden a tener una mejor cohesión social, no sólo presente, sino también con vista hacia el futuro, siendo este el caso de la reinserción del delincuente a una vida normal, desde el momento en que se le va a imponer una pena; resocialización que se alcanzará con mayor posibilidades de éxito, imponiendo en menor medida la pena de prisión.

SEGUNDA.- La pena siempre consiste en una privación o restricción legítima de bienes jurídicos, y al aplicarse al delincuente debe considerarse que entre la figura típica y la pena debe de existir una interrelación normativa fundamentada en las exigencias de justicia material. Pero además, la pena como remedio de castigar aquellas conductas que lesionan el trato social, deben estar en proporción directa no solo del hecho cometido, sino también de la trascendencia social, y que persiga fines determinados y concretos.

TERCERA.- La pena ha de perseguir siempre determinados fines; resaltando que en nuestra legislación penal mexicana prevalecen los fundamentos que postulan por la teoría mixta (preventiva) conforme al artículo 52 del Código Penal Federal; con lo que se

pretende que el común del ciudadano se inhiba de delinquir, así como el sujeto que ya lo hizo no lo vuelva a hacer y se integre en una vida normal en la comunidad.

CUARTA.- La importancia del fundamento adicional que representa la peligrosidad criminal, obliga a modificar la tradicional teoría de la unidad de la doble vía de consecuencias penales que representan las penas y las medidas de seguridad. Si una acción típica y antijurídica se realiza de forma culpable, la consecuencia jurídica será la pena. Si en la realización del injusto típico concurre sólo la peligrosidad del autor, también pueden ser consecuencias reales de la realización de estas acciones las medidas de seguridad .

QUINTA.- Las Penas y Medidas de Seguridad en la Legislación Mexicana por su postura preventivo general y especial, como lo indica el artículo 52 del Código Penal Federal, las penas se identifican como aquellas intimidatorias, correctivas y neutralizadoras, según el bien jurídico tutelado por la norma y la gravedad del injusto penal ejecutado. Pero como se observó, en la ley penal mexicana, el mayor número de penas corresponden a las de prisión.

SEXTA.- La pena de prisión no es el medio más idóneo que ofrezca y como asegure una prevención especial, y por ende, no cumple con los postulados de la ley penal, ya que pretende inhibir a toda la población de que se cometan conductas delictivas, y por otro lado, resocializar al sujeto que ya transgredió una norma penal; sin embargo, concretamente la pena de prisión tiene efectos disocializadores hacia los sujetos que se les aplica, ya que durante su aplicación, el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral, situación que detiene el curso normal de su vida; sin que en su estancia en la institución carcelaria tenga la atención debida para atender el problema concreto y así garantizar su reinserción a la sociedad.

SEPTIMA.- También, al imponerle la prisión se **perjudica al delincuente ocasional**, ya que en dicho establecimiento carcelario, va adquiriendo una "*cultura de prisionalización*" al convivir con todo tipo de delincuente. Además que se suma otra circunstancia no menos desdeñable, que el Estado eroga importante cantidad de presupuesto para sustentar este tipo de penas.

OCTAVA.- Se requieren alternativas menos lesivas para la humanidad y la sociedad en sí misma. Ya que bajo los principios penales de limitación de la violencia por carencia de elementalismos, determinó la necesidad de justificar y darle un fin racional no sólo a la pena, sino en general al derecho penal, y de ahí la importancia de la función del legislador, ya que desde el momento de recoger la realidad y llevarla a la abstracción normativa debe existir una conexión que permita resolver los problemas de fondo y no simplemente dar un matiz, con lo cual trate de desembarazarse de los conflictos con aparentes soluciones que, en realidad hace que los oculte.

NOVENA.- La mayor proyección de los sustitutivos de la pena de prisión lo son el tratamiento en libertad, semilibertad, multa o trabajo en favor de la comunidad, y con ello se pretende reducir la excesiva aplicación de la pena privativa de libertad y a su vez que el castigo no sea trascendental en la vida del delincuente, a la par que con ello el delincuente adquiera un compromiso con la sociedad, y a su vez quitarle ese sentido estigmatizante de que estuvo privado de su libertad en un establecimiento carcelario.

DECIMA.- Se reprocha enérgicamente, la condición para obtener los sustitutivos penales, de que el sujeto "*no haya sido condenado por sentencia ejecutoria, por delito doloso que se persiga de oficio*", ya que esta condición no marca temporalidad del antecedente penal, lo que nos conlleva a que durante toda la vida puede ser usado en su perjuicio, siendo que éste de ninguna manera debe de perjudicar con posterioridad al cumplimiento de su castigo penal impuesto, ya que de ser así no cumple con los postulados

del artículo 18 de la Constitución Política, en lo que respecta a la *readaptación social del delincuente*. Amén que los antecedentes penales no deben ser la medida para penar con mayor gravedad y negar los sustitutivos de la pena de prisión al sentenciado, ya que la función de éstos es para dar un mejor trato de prevención especial al delincuente, ya sea con medidas educativas, culturales, entre otras.

DECIMA PRIMERA.- Para efectos de la sustitución de la pena de prisión, se debe de tomar en cuenta únicamente a aquellos antecedentes en los que esté vigente el concepto jurídico de la prescripción, es decir, cuando legalmente se encuentre el sujeto en el supuesto de la reincidencia y de esta manera se impide que durante toda la vida, se tenga la marca del anterior hecho delictuoso, con lo cual se da cumplimiento al principio “non bis in idem” (no castigar dos veces por el mismo hecho), amén de que se hace objetiva la “seguridad jurídica” a favor del sentenciado, ya que ésta es el fundamento jurídico de la prescripción del antecedente penal.

DECIMA SEGUNDA.- Es incuestionable que para el otorgamiento de los sustitutivos deben atenderse criterios de prevención especial. Más no fijar el monto y la calidad de la reacción estatal por el delito cometido, sino como resultado de valorar la conveniencia de reemplazar la sanción escogida para que, de acuerdo a las características personales del delincuente, favorezca su reinserción social.

DECIMA TERCERA.- En tal virtud, de todo lo razonado en la presente Tesis, la propuesta puede resumirse en los siguientes términos: reformar el texto vigente, del último párrafo del artículo 70 del Código Penal Federal, que dice: “... *La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código.*”; para quedar como sigue: “**La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido**

condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y no hubiera transcurrido desde la imposición de aquella pena el plazo de la prescripción de la misma. *Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código.*”.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARANDA Díaz, Enrique; *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho.*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México. 2001, Pp. 103.
- 2.- AZZOLINI Bincaz, Alicia; B. *Culpabilidad y Punición*, Editado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Diciembre de 1997, Pp. 359.
- 3.- CANCIO Melia, Manuel; *Líneas Básicas de Teoría de la Imputación Objetiva*, Universidad Autónoma de Madrid, Angel Editor, México. 2001, Pág. 167.
- 4.- CARRANCA y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, ed.14º, Ed. Porrúa, México 1982, Pp. 758.
- 5.- CARRARA Francesco; *Derecho Penal*, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Vol. 1, Ed. Oxford, México 2001, Pág. 230.
- 6.- CARMONA Castillo, Gerardo A.: *La Imputabilidad Penal*, 2ºed. Ed. Porrúa, 1999. Pp. 46.
- 7.- CARNELUTTI Francesco; *Derecho Procesal Penal*, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Vol. 1, Ed. Oxford, México 2001, Pp. 217.
- 8.- CASTELLANOS Tena, Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 37ª ed., Ed. Porrúa, Méx. 1997.

9.- DIAZ De León, Marco Antonio; Código Penal Anotado Para el Distrito Federal Comentado, Ed. Porrúa, México 2001, Pp. 1209.

10.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ed. Porrúa, México.

11.- DONNA Edgardo Alberto; Teoría del Delito y de la Pena, Tomo I y II, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina. 1995.Pp. 267 y 408 respectivamente.

12.- GARCIA Máynez, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho, 17ª ed, Ed. Porrúa, México 1970.

13.- JAKOPS Günther; (traducción Manuel Cancio Meliá), La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Angel Editores, México. 2001, Pp. 99.

14.- JIMÉNEZ De Asúa, Luis Dir. del Instituto de Derecho Penal y Criminología, Estudio de Derecho Penal y Criminología, Tomo I, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires Argentina, 1963, Pp. 833.

15.- JIMÉNEZ de Asúa, Luis; Lecciones de Derecho Penal, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Vol. 3, Ed. Oxford, México 2001, Pág. 367.

16.- MARTINEZ Sánchez, Mauricio; ¿Que pasa en la Criminología Moderna?, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, Pp. 179.

17.- MIR Puig, Santiago; Derecho Penal Parte General, 4º ed, Ed. PPU S.A.

18.- MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA Arán, Mercedes; Derecho Penal Parte General, ed. 3º, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia España. 1998, Pp. 679.

19.- LONDOÑO Jiménez, Hernando; De la Captura a la Excarcelación, 2° ed, Ed. Temis, Bogota Colombia, 1983, Pp. 299.

20.- LOPEZ Betancourt, Eduardo; en Teoría del Delito, 4°ed. Ed. Porrúa, México. 1997, Pp. 237.

21.- ORELLANA Wiarco, Octavio A.; Teoría del Delito Sistema causalista, finalista y funcionalista, 11° ed., Ed. Porrúa, México. 2001, Pág. 217.

22.- OSORIO y Nieto, César Augusto, Síntesis de Derecho Penal (parte General, Ed. Trillas, México.

23.- OVALLE Favela, José; Teoría General del Proceso, Ed. Harla, México 1991, Pp. 386.

24.- PAVON Vasconcelos, Francisco; Derecho Penal Mexicano, 10° ed., Ed. Porrúa, México. 1991, Pág. 558.

25.- PEÑARANDA Ramos Enrique, Suárez González Carlos y Cancio Melia Manuel; Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jackobs, ed. AD-HOC., Buenos Aires Argentina, 1999, 121.

26.- PORRÚA Pérez, Francisco; Teoría del Estado, ed. 20°, Ed. Porrúa, México 1991, p. 553.

27.- POLAINAO Navarrete, Miguel; Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 2001.

28.- SANDOVAL Huertas, Emiro; Penología, Universidad Externado de Colombia, Méx. 1982, Pág. 177.

- 29.- SCHERER García, Julio; Cárceles, Ed. Alfaguara, México. 1998. Pp. 133.
- 30.- RODRÍGUEZ Manzanera, Penología, ed. 2º, Ed. Porrúa, México. 2000, Pp. 276.
- 31.- ROXIN Claus; Derecho Penal parte General, Tomo I, Traducción de la 2º versión alemana, Editorial Civitas, España 1997, Pp. 1070.
- 32.- ROXIN Claus; Política Criminal y Estructura del Delito, Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed PPU, Barcelona 1992., pág. 106.
- 33.- ROXIN Claus; Derecho Procesal Penal, traducción de la 25º ed. alemana de Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2000. Pp.601.
- 34.- VELA Treviño, Sergio; La Prescripción en Materia Penal, Ed. Trillas, México 1985, Pp. 572.
- 35.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; En Busca de las Penas Perdidas, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pág. 255.
- 36.- ZAFFARONI Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal Parte General, ed. 2ª Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, Pp. 857.

LEGISLACIONES.

- 1.-Código Penal Federal.
- 2.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- 3.- Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos.
- 4.- Ley General de Normas Mínimas.
- 5.- Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.
- 6.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

OTRAS FUENTES

- 1.-Internet: <http://webcom.com.mx/cronica/2000/jul/04/int08.html>
- 2.- *Sofwer: Ius 2003, CD. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*