



UNIVERSIDAD VILLA RICA

**ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO**

CAMPUS COATZACOALCOS

FACULTAD DE DERECHO

**“EL DERECHO PENAL PREVENTIVO, NO REPRESIVO.
UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE EL ESTUDIO DEL
DELITO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ARTURO MACHUCHO CARRASCO

DIRECTOR DE TESIS
Lic. Víctor Manuel Tiburcio Rosas

REVISOR DE TESIS
Lic. Ernesto Cruz Hernández

COATZACOALCOS, VER.

2006



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.

DEDICATORIA

A DIOS.- Por darme la oportunidad de vivir y colmarme de bendiciones todos los días, así como concederme incondicionalmente a las personas que citaré a continuación.

A MI PADRE.- Por todo el apoyo incondicional que me has brindado; mis triunfos también son los tuyos, sin ti no lo hubiera logrado nunca, gracias por estar ahí... siempre. Te amo papá.

A MI MAMÁ.- Gracias por darme la vida, quererme y cuidarme; por tener siempre ese plato caliente en la mesa cuando regresé de estudiar, por ser como eres. Te amo mamá.

A MI HERMANO.- Por todos esos momentos maravillosos que pasamos cuando niños y por los buenos tiempos venideros; gracias por ser mi segundo papá y un ejemplo a seguir.

A MI ESPOSA.- No tengo palabras para agradecerte todo el amor que me has brindado durante todos estos años; tu apoyo y confianza en mí se ven reflejados en este momento. Te amo preciosa.

A MI HIJO.- Por ser ese motor que me impulsa día a día, gracias por nacer, por alegrarme la vida con tu sonrisa, por ser el hijo que necesito, al que quiero y amaré por siempre.

A MI HIJA.- Aunque todavía estas creciendo dentro de tu mami, fuiste mi mejor inspiración para realizar este proyecto, tus pataditas me empujaron a sentarme en esta silla y terminar mi tesis, llegaste en el momento justo, te amo aun sin verte, sin tocarte, te esperaré impacientemente.

RECONOCIMIENTOS

Agradezco infinitamente al Lic. Ernesto Cruz Hernández, por su apoyo incondicional como catedrático, revisor de tesis, compañero y amigo, eres una fuente de inspiración para cualquier estudiante, pues existen pocos abogados tan íntegros como tú, gracias amigo.

Reconozco la colaboración incansable del Lic. Víctor Manuel Tiburcio Rosas, Director de nuestra facultad de Derecho, gracias por la paciencia, los consejos, la confianza que tiene en mí y por insistirme tanto en que empezara y terminara esta tesis. El aprecio es mutuo.

Tengo que hacer un reconocimiento especial a mi institución, la Universidad Villa Rica, que desde el inicio me cobijó amablemente, por todas las enseñanzas que en ella aprendí, por todas las personas maravillosas que conocí en el proceso, estoy hablando de personal administrativo, catedráticos, vicerectoría, servicios escolares y todos los que realizan una labor dentro de ella. Espero algún día poder regresarle un poco de todo lo que me dio.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.2 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.3 OBJETIVOS.....	7
1.3.1 Objetivo General.....	7
1.3.2 Objetivos Particulares.....	7
1.4 HIPÓTESIS.....	8
1.5 VARIABLES.....	8
1.5.1 Variable Independiente.....	8
1.5.2 Variable Dependiente.....	8
1.6 TIPO DE ESTUDIO.....	9
1.6.1 Investigación Documental.....	9
1.6.1.1 Bibliotecas Públicas.....	9
1.6.1.2 Bibliotecas Privadas.....	9
1.6.2 Técnicas Empleadas.....	10
1.6.2.1 Fichas Bibliográficas.....	10
1.6.2.2 Fichas de Trabajo.....	10

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 VENGANZA.....	14
2.1.1 Venganza privada.....	14
2.1.2 Venganza divina.	16
2.1.3 Venganza pública.....	17
2.2 PERIODO DE TENDENCIA HUMANITARIA.....	18
2.3 PERIODO O MOMENTO CIENTÍFICO.....	20
2.4 HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO PENAL.....	22
2.5 ESCUELAS JURÍDICOPENALES.....	26
2.5.1 Escuela clásica.....	27
2.5.2 Escuela positiva.....	28
2.5.3 Escuelas Ecléticas.....	30
2.6 ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.....	33
2.6.1 Reglamentación penal de pueblos precortesianos.....	33
2.6.2 Codificaciones penales de la época colonial.....	36
2.6.3 Legislaciones Penales Mexicanas después de México	
Independiente hasta nuestros días.....	40
2.7 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO PENAL.....	45
2.7.1 Características del derecho procesal penal.....	46
2.7.1.1. Sistema acusatorio.....	46
2.7.1.2. Sistema inquisitivo.....	47
2.7.1.3 Sistema mixto.....	49
2.8 PROCESO PENAL GRIEGO.....	51
2.9 PROCESO PENAL ROMANO.....	51
2.10 PROCESO CANÓNICO.....	53
2.11 PROCESO PENAL COMÚN O MIXTO.....	54
2.12 DERECHO PROCESAL DE LA COLONIA.....	54
2.13 EL DERECHO PROCESAL DEL MÉXICO INDEPENDIENTE.....	55

2.14 DIVERSAS LEYES MEXICANAS QUE APARECIERON DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA.....	56
2.15 PROCESO REFORMADO.....	56
2.16 CODIFICACIÓN MODERNA.....	57

CAPÍTULO III

LA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LAS CIENCIAS Y LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA EL CORRECTO ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

3.1 CIENCIAS AFINES QUE PUEDEN DESARROLLAR UN ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO DEL DELITO.....	58
3.1.1 Derecho Penal.....	58
3.1.2 Criminología.....	64
3.1.3 La Sociología.....	68
3.1.3 .1 Sociología criminal.....	69
3.1.4 La Psicología.....	71
3.1.4.1 Funciones de la psicología jurídica.....	72
3.1.4.2 Procedimientos, Técnicas e Instrumentos.....	73
3.2 EL DELITO.....	74
3.3 EL DELINCUENTE.....	77
3.4 EL CONTROL SOCIAL.....	79
3.5 LA VÍCTIMA.....	82
3.5.1 Clasificación de las víctimas.....	84
3.6 LA PENA.....	88
3.6.1 Noción de pena.....	89
3.6.2 Características de la pena.....	89
3.6.3 Fines de la pena.....	91
3.6.4 Clasificación de la pena.....	92
3.6.5 Individualización de la pena.....	94

3.6.6 Indeterminación de la pena.....	96
3.6.7 Conmutación de la pena.....	96
3.6.8 Ejecución de la pena.....	99
3.6.9 Medidas de seguridad.....	99
3.6.10 La vida en prisión.....	101
3.6.10.1 La utilización del tiempo y el espacio.....	103
3.6.10.2 El trabajo en la cárcel.....	104
3.6.10.2 Reinserción.....	105
3.7 PENAS ALTERNATIVAS DE PRISIÓN.....	105
3.7.1 Categorías de las penas alternativas de prisión.....	107
3.7.2 Instancias en el proceso de sustitución penal.....	110
3.7.3 Equilibrio de los intereses en conflicto.....	111
3.8 EL TRIANGULISMO JURÍDICO.....	112
3.9 POLÍTICA CRIMINAL.....	114
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	127

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. La Célula del Derecho Penal.....	63
Figura 2. El Tridimensionalismo Jurídico puro.....	112
Figura 3. El Tridimensionalismo Jurídico y su movilidad.....	122

INTRODUCCIÓN

Sin más, el derecho penal solo ha estudiado los siguientes aspectos: el delito, delincuente, pena y víctima, llegándose a robotizar en este sentido, inclusive al delito se le tiene por un problema socioeconómico, en otras palabras, los pobres roban y tienen que ir a la cárcel, mientras los ricos aunque también roben, tienen los medios suficientes y necesarios para argumentar una buena defensa, contratar los mejores abogados, comprar jueces, etc., mientras que el pobre que robó una cartera está recluido por no contar con una defensa apropiada.

De lo anterior se desprende que se piense que la conducta que va en contra de la sociedad, que daña a la misma, no debe volver a repetirse, por lo que hay que pensar la manera de evitarla y esto simple y llanamente es pensar en una represión en contra de dicha persona, por lo que hay que recluirla y alejarlo de la sociedad, para que este delincuente no vuelva a atentar en contra de la misma. Pero ¿quién es la persona indicada para medir el peligro del delincuente?, efectivamente es el Estado, quien con su brazo autoritario impone las penas necesarias a través de un legislador secundario, omnímodo. Por lo tanto el Estado juega un papel muy importante dentro del derecho penal y hay que abordarlo en muchos sentidos y no solo a través del ius puniendi.

El Estado indudablemente ha evolucionado y ha dejado atrás a aquél Estado-policía de los viejos tiempos y así abreviar el principio de legalidad, después posee los status de Estado Liberal, Estado Social y actualmente Estado Democrático de Derecho, reconociendo los valores superiores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Sin embargo a pesar de lo anterior

descrito, lo cual suena muy hermoso, sólo se puede describir a un Estado hacedor de leyes, omnímodo y titular exhaustivo del ius puniendi.

Por otra parte el derecho penal, solo ha observado el estudio del delito, del delincuente y la pena sólo desde el punto de vista jurídico, no social, lo cual lo ha llevado a montar el raciocinio del deber ser, lo que lo arrojó a una estructura normativista, llamada Dogmática Penal, de la cual adolecemos pues nuestro derecho penal se ha estigmatizado y no ha cumplido cabalmente su función principal, que es proteger los derechos fundamentales.

Hablar de criminalidad es hablar de sociedad. Son dos entes que van de la mano indisolublemente. Son dos figuras estrechamente ligadas que no pueden existir de forma separada, que se necesitan una a otra.

Lo social es lo que tenemos en constante experiencia. Es un ingrediente esencial de nuestra vida misma. Gran parte de la vida se halla rodeada de ingredientes sociales, esos ingredientes precisamente (sentimientos, estilos de conducta.) conducen en muchos casos a la comisión de actos criminales.

La sociedad tiende frecuentemente al acto criminal como su acompañante. Es la comisión de delitos, una constante en la sociedad, provocados por múltiples circunstancias de los aconteceres diarios.

Al hablar de la sociedad, la definición más común es la que se refiere a una unión de hombres o de animales que conviven y se relacionan siguiendo unas leyes comunes. Luego entonces, los hombres (hablando del género humano) conviven bajo un régimen legal que es precisamente el que determina las leyes y el que marca los límites de lo permitido y lo prohibido. Es lo que distingue el delito o el crimen de los actos normales de una sociedad en su conjunto. De manera que como la sociedad es el conjunto de unos especiales modos de conducta, de los modos de conducta del individuo que son influidos por otros seres humanos, cabe señalar que la realidad de lo social consiste en un variado conjunto de formas de

comportamiento, así como de una complicada red de interacciones. Pero ante las reglas sociales se anteponen las reglas del Derecho. Las normas jurídicas son preceptos dotados de coercitividad, que equivale a la posibilidad de forzar el cumplimiento.

Hoy por hoy, se sabe (aunque no todos lo saben) que la Supremacía Constitucional es la única y auténtica fuente para formular textos continentales de conductas infractoras, conminadas con pena y que sólo se le atribuye al puro quehacer omnímodo del legislador secundario. En la Constitución se encuentran plasmados nuestros derechos fundamentales y en ella se encuentran los bienes jurídicos que el legislador debe considerar antes de redactar una ley o disposición y no debe obedecer a intereses personales o, lamentablemente, exceso de brutalidad, pues nuestros legisladores no están capacitados ni preparados y cada día vemos a más doctores, actrices, amas de casa, etc. tratando de entender nuestras leyes y ellos son los que destruyen el sentido de las mismas.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Al realizar una investigación se pretende modificar algo establecido, algo, tal vez un supuesto que ya no se encuentra adecuado a los tiempos actuales, algo que si bien funcionó en algún momento ya no desempeña su labor correctamente, y esto simplemente se observa al percatarnos que la ciencia no es estática, sino que está en continuo movimiento, razón por la cual se plantea la siguiente investigación.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Es posible desarrollar mecanismos que prevengan la comisión del delito para así lograr que el Derecho Penal cumpla con su función principal que es proteger derechos fundamentales?

1.2 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El Derecho Penal debe prevenir la realización de conductas delictivas y mantener el orden y la paz social, sin alterar la percepción de las personas de estar sometidas a un régimen autoritario, esto sólo se puede lograr enfocando al delito

desde una nueva perspectiva, pero ¿Quiénes pueden darnos esta nueva perspectiva del delito?, definitivamente no son los legisladores aumentando penas y sanciones, sino que son los estudiosos del derecho y de las materias y ciencias afines, a los que se debe de tomar muy en cuenta sus opiniones, razonamientos, argumentos y propuestas. Por desgracia no son tomados en cuenta estos valiosos aportes, sino que están ahí en los libros, guardados y es necesario que se valoren dichas fuentes de conocimiento y sapiencia, pues es precisamente ahí donde se encuentran los elementos más valiosos para cambiar nuestra manera de percibir al derecho penal; de percibirlo como un derecho garantista, como un derecho preventivo, no represivo.

Las ciencias son celosas en su campo y todas creen que son las mejores y es inevitable contagiarse de esta enfermedad, este ego que se crea a partir de la envidia del conocimiento del hombre y hoy en día existen múltiples especializaciones en cada ciencia o área de conocimiento que llegas a saber un “todo de nada”. Para prevenir el delito debemos dejarnos de estas envidias, sería absurdo creer que un estudioso del derecho pueda elaborar un programa para la prevención del delito el sólo, pues existen una serie de factores ajenos a su campo de conocimiento, como son el medio social, el psicológico, entre otros, que no le permitirían abarcar en su totalidad la complejidad de dichos factores, es por eso que se debe elaborar un verdadero estudio interdisciplinario con las ciencias que son afines al derecho y sacar el mejor provecho de cada una de ellas y lograr así una postura para la prevención del delito que nos llevará posteriormente a un derecho penal preventivo con una visión garantista.

Como estudioso del derecho penal, es una obligación para el suscrito cambiar la reputación de tal derecho, puesto que se le ve como un derecho represivo, la gente lo ve con temor, lo primero que le viene a la mente es “prisión”, “cárcel”, “delitos”, “delincuentes”, etc. y demás adjetivos aversivos; los abogados litigantes lo ven como un derecho de fácil corruptela en el que no importan tanto los conocimientos que se tengan sobre la materia, sino que impera la cantidad

económica que vas a ofrecer como “mordida” para que al Agente del Ministerio Público o el Juez penal omita algún requisito de forma y puedas conseguir lo que te propongas como abogado litigante, es por eso que abundan los pseudo abogados denominados “coyotes”, lacras del derecho penal que ensucian cada vez más el prestigio de los verdaderos estudiosos del derecho. Si bien es cierto que al Derecho Penal se le define como “conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas”, también lo es que ésta definición ya es obsoleta pues hoy en día esta definición es inexacta, incorrecta e insuficiente para el campo que debe abarcar el derecho penal.

Ahora bien, es indudable que la represión del Derecho penal se da a través del Estado, quien con su brazo autoritario, permite a un legislador secundario crear las leyes en donde se encontrarán las penas y sanciones que se aplicarán de acuerdo a la peligrosidad de cada individuo.

Sólo el estado es titular del derecho penal. Definir los delitos, determinar las penas, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad suya, fuera del estado no hay verdadero derecho penal

Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del estado, sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución o la omisión de un determinado hecho.

Esta percepción errónea del Derecho Penal se ha logrado gracias a que nuestro país no cuenta con una real y verdadera política criminal, pues dichas políticas, si se les puede llamar así, sólo son sexenales, es decir, cada vez que se efectúa una rotación en el cambio de poder en nuestro país se afectan numerosos rubros del mismo, al que me tengo que apegar solamente es al derecho penal, desgraciadamente cada presidente y partidos políticos vienen con su ideología tratando de “arreglar” a un país mágicamente en seis años, crean, formulan e inclusive inventan programas y destruyen, mutilan o desaparecen otros, tal vez

buenos, tal vez no, sin embargo nunca lo sabremos. Es por eso que hay que trabajar en una política criminal a largo plazo y definitivamente seis años no son un largo plazo para lograr los objetivos que se tratan de plantear.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Cambiar la percepción del derecho penal represivo, por el de protector de derechos fundamentales, obteniendo de esta manera un derecho penal garantista.

1.3.2 Objetivos Particulares

- A. Analizar los sistemas de derecho penal que han surgido durante la historia y la evolución que han tenido hasta nuestros días.
- B. Detectar las fallas que presenta nuestro sistema penal en razón de imposición de penas y sanciones que se le otorgan a los delitos.
- C. Dar una nueva visión a la población en general y a los abogados litigantes del derecho penal.
- D. Enfocar el estudio del delito en cuanto a su prevención y proponer una teoría para la prevención de conductas delictivas.
- E. Sentar las bases para que se diseñe un verdadero estudio interdisciplinario entre los estudiosos del derecho y las ciencias afines.
- F. Crear una nueva definición de derecho penal a partir de los precedentes asentados en la teoría de la prevención de delitos.

G. Proponer la elaboración de una real y verdadera política criminal en nuestro país.

1.4 HIPÓTESIS

Es necesario que se cree un derecho penal preventivo, un derecho penal garantista de derechos fundamentales y sólo se puede lograr cambiando la perspectiva del estudio del delito, centrándonos en la prevención de conductas delictivas y no en su represión; para esto se debe realizar un estudio interdisciplinario de las ciencias y materias pertinentes, para que así, este estudio sea el precedente que establezca una política criminal activa y con una vigencia indefinida, aprobada y aplicada por los poderes políticos correspondientes de nuestro país.

1.5 VARIABLES

1.5.1 Variable Independiente

El Derecho Penal no cumple con su función principal, la cual es proteger derechos fundamentales, esto se da debido a que no existe una cultura para la prevención del delito, el legislador sólo se centra en su castigo, es por eso que no se cuenta con una política criminal en nuestro país.

1.5.2 Variable Dependiente

Sí se logra realizar un estudio interdisciplinario de los estudiosos del derecho y las ciencias y materias afines, se puede crear una cultura para la prevención del delito y tener las bases para la creación de una real y verdadera política criminal en nuestro país, logrando así impactar a nuestros poderes públicos para que adopten ésta ideología y cumplir con la función para el cual fue creado el Derecho Penal, ser un derecho garantista, protector de derechos fundamentales.

1.6 TIPO DE ESTUDIO

Descriptivo y teórico propositivo, teniendo como base a la investigación documental en razón de haberse realizado consultando diversas obras literarias y ordenamientos jurídicos.

1.6.1 Investigación Documental

La recopilación de información se obtuvo en los siguientes sitios de estudio.

1.6.1.1 Bibliotecas Públicas

Biblioteca de la Universidad Veracruzana (USBI), Campus Coatzacoalcos, Ubicada en la Av. Universidad Km. 6, Coatzacoalcos, Veracruz.

Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ubicada en Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, México, Distrito Federal. <http://www.bibliojuridica.org>

1.6.1.2 Bibliotecas Privadas

Biblioteca de la Universidad Autónoma de Veracruz, Campus Coatzacoalcos, Ubicada en la Av. Universidad Km. 8.5, Coatzacoalcos, Veracruz.

Biblioteca privada del Licenciado Ernesto Cruz Hernández, ubicada en Av. 18 de Marzo, número 110. Altos, Colonia Centro, Coatzacoalcos, Veracruz.

Biblioteca Personal, ubicada en la calle Felipe Carrillo Puerto, número 512, Colonia Vistalmar, Coatzacoalcos, Veracruz.

1.6.2 Técnicas Empleadas

Para la elaboración de este trabajo de investigación jurídica, se utilizaron fichas bibliográficas y fichas de trabajo.

1.6.2.1 Fichas Bibliográficas

Estas fichas registran los datos de la investigación a realizar en el siguiente orden:

- a) Nombre y apellido del autor;
- b) Título de la obra;
- c) Lugar de impresión;
- d) Editorial o imprenta;
- e) Año de publicación;
- f) Número reedición;
- g) Número de tomo.

1.6.2.2 Fichas de Trabajo

Sirven primordialmente para organizar el material seleccionado y conservarlo para fines posteriores de consulta de una manera ágil, los elementos que comprenden las fichas son:

- a) Fuente.- En la parte superior derecha se registran los datos bibliográficos respectivos;
- b) Asignación temática.- Consiste en titular el contenido.
- c) Contenido.- Es el registro de la información que se desea manejar.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad. El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, inclusive sin articular palabras el hombre ya desarrollaba conductas que afectaban a otro.

Como es bien sabido, para conocer y aprender mejor al Derecho Penal actual, es necesario estar enterado de su desarrollo a través de la historia, por ello, es imprescindible acudir al pensamiento de quienes nos precedieron e indagar el pasado histórico para verificar el comportamiento o las tendencias de los detentadores del poder, en lo relativo a reprimir o prevenir tanto los delitos de auténtico contenido ético-negativo, como los delitos artificiales creados por dichos detentadores, según las circunstancias prevalentes en su momento.

No se trata simplemente de hacer una descriptiva del pasado, sino de conjugarla con el manejo, a nivel disciplinas, que en su tiempo hicieron y actualmente siguen haciendo los dedicados a las ciencias penales ya que las escuelas penales son el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones.

La Historia del Derecho es una disciplina científica que permite establecer los sujetos que concurren a la formulación de la vida jurídica. Derecho e Historia se complementan y de alguna manera se complican, facilitando la labor de quienes no se conforman con el conocimiento de los efectos, sino que desean también conocer sus causas.

En toda sociedad se encuentra el fenómeno de la criminalidad, es decir, el hecho evidente constatado en todas las comunidades organizadas y en todos los grupos sociales, de que individuos de los mismos atentan contra los valores que la mayoría consideran fundamentales para mantener una convivencia armoniosa.

De lo anterior se puede decir, que desde que aparecieron las primeras agrupaciones humanas sedentarias, organizadas y con una estructura de vida en comunidad (hace aproximadamente 10,000 años a. C.), se conoce el fenómeno de la criminalidad como conjunto de delitos o crímenes, y como delincuentes o criminales a los autores de tales acciones, ya que como se mencionó tenían una estructura de forma de coexistir, por lo tanto, se habían establecido ya una serie de normas o pautas a seguir por todos los miembros de las tribus.

Como se ha venido mencionando, este fenómeno se hace presente en cada tipo de sociedad, hasta el punto de que hoy se considera la criminalidad como un fenómeno característico de toda sociedad, por ello, se han señalado como características del fenómeno criminal su permanencia, ya que es tan antiguo como el hombre, y en la actualidad, con el aumento vertiginoso en todos los países del mundo, hace que hoy la criminalidad haya dejado de ser un fenómeno residual para convertirse en un fenómeno político que los poderes públicos se esfuerzan en resolver.

Para nadie es desconocido que el derecho penal ha ido evolucionando con el transcurso de los años, ello obedeciendo a las necesidades históricas, tampoco es desconocido que ha seguido caminos opuestos, de tal manera que nació en el

ámbito privado para vengar los daños sufridos por los particulares y a medida que pasaron los años y aumentó el interés de los gobernantes fue adquiriendo carácter público. Sin embargo, el Estado se impuso de manera arbitraria sin que le interesaran los particulares, no los justiciables, ni las víctimas de los delitos, hasta que preocupados los interesados por la impartición de la justicia y del derecho, lucharon por el reconocimiento de los derechos de los inculpados, sin que se hayan preocupado por los ofendidos, toda vez que consideraron que al violarse la ley penal, no se ofendía a nadie en particular sino a la sociedad en general, hasta que actualmente parece que se está por llegar al punto medio, lo deseable es que esa evolución permita alcanzar la verdadera justicia que todos anhelamos.

Conocer la evolución del fundamento filosófico del derecho penal y la de la facultad del estado para sancionar a quienes alteran el orden social violando normas de orden público, es muy importante porque nos permite conocer plenamente el derecho penal actual y las tendencias futuras, tan es así que José Arturo González Quintanilla, en su libro *“derecho penal Mexicano”* publicado por editorial porrúa en 1993, escribió:

“Quien sienta deseos de conocer el Derecho Penal actual, debe indudablemente estar enterado de su desarrollo pretérito. Por ello, al indagar el pasado histórico, para verificar el comportamiento de las tendencias de los detentadores del poder en lo relativo a reprimir o prevenir tanto los delitos de auténtico contenido ético negativo, como los delitos artificiales creados por dichos detentadores, según las circunstancias prevalentes en su momento. Por este motivo mayormente el ius penalista debe saber los trazos dejados en el pasado que significan la huella anterior y pueden darnos la explicación del por qué nuestro derecho penal actual es como es.”¹

¹ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1993.

En este mismo orden de ideas, la historia del derecho penal nos permite conocer los antecedentes, la evolución y el desarrollo de las ideas penales y ello nos confirma la convicción de que las leyes penales, como todas las que se ponen en vigor, en un momento dado, tienen como objetivo garantizar el orden y la seguridad social y la convivencia pacífica y armónica de quienes forman parte de ella y que para lograrlo es necesario que dichas leyes evolucionen atendiendo a las necesidades de la misma sociedad.

Los tratadistas explican que han existido a través de la historia, tres etapas en la que se desarrolló la facultad de castigar del poder del Estado, mismas que las consideran como los antecedentes del Derecho Penal actual, mismas etapas que son: La venganza (Privada, Divina y Pública), Periodo Humanitario y etapa Científica.

2.1 VENGANZA

La venganza significa que el hombre, ante una agresión recibida obtiene la satisfacción mediante un acto violento. En esta fase, cabe distinguir tres subfases²: venganza privada, venganza divina y venganza pública.

2.1.1 Venganza privada

Esta etapa aparece en la época primitiva, en la cual la conducta humana se da más como una reacción de la naturaleza del ser humano debido a que no existía protección de ninguna autoridad debidamente organizada, y menos suficientemente fuerte que tomara por su cuenta el castigo culpable, ni el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz social, de tal manera que cada persona, cada familia, o cada grupo tenía que protegerse para subsistir obedeciendo a sus impulsos y a su propia fuerza de tal manera que cada uno se hacía justicia por su propia mano. A esta época también se le conoce con el nombre de venganza de sangre, debido a que los homicidios y las lesiones,

² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. Edit. Harla. México 1998.

llamados delitos de sangre, eran los más comunes, por ello es que los germanos le llamaron biutrache.

Más tarde, debido a que en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores a los recibidos, para acabar con esos excesos se estableció el límite de la venganza, lo que dio origen a la Ley del Talión, que se sintetiza con la fórmula "Ojo por ojo y diente por diente", mediante la cual el ofendido adquiere el derecho de solamente causar un mal igual al recibido, lo anterior hace suponer, a su vez, la existencia de un poder moderador, debe destacarse que en esta época primitiva quien tiene la acción de vengarse y hacer justicia corresponde al ofendido o a sus descendientes, como complemento de lo ya expresado, se deduce que con el tiempo el ofensor adquiere el derecho de comparar al ofendido o a sus familiares ese derecho de venganza, a esta operación se le conoce con el nombre de composiciones.

Eran los tiempos de la venganza privada cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos; existía la Ley del Talión que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido. Pero aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se podía aplicar la Ley del Talión, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de lascivia. La Ley del Talión era la similitud de la venganza, a fin de que una persona sufra lo que le hizo a otra.

En Grecia en el siglo XII A.C., Dracon optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindió de la Ley del Talión, pero un siglo después Solón la volvió a restablecer.

En Roma se volvió a restablecer la Ley del Talión pero con un sentido más jurídico: si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto; con esto la fórmula queda subordinada a la composición o arreglo de las partes.

El Tali3n representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporci3n del castigo a la materialidad de la ofensa. La segunda limitaci3n objetiva de la venganza era la composici3n. 3sta es una indemnizaci3n que, como pena pecuniaria, est3 obligado a aceptar el ofendido.

2.1.2 Venganza divina.

A medida que la cultura avanza y se desarrolla entre los pueblos, el principio teocr3tico, la participaci3n de la v3ctima, se sustituye y los problemas se proyectan hacia la divinidad, a tal grado que ella se convierte en el eje de la constituci3n misma del Estado, lo que da lugar a la llamada venganza divina, en la que ya no se castiga al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que el hechor exp3e la ofensa causada a Dios por el delito que comet3.

Durante esta etapa, se considera el delito como una de las causas del descontento de los dioses y los jueces proceden en contra de los enjuiciados, no a nombre de la v3ctima, sino de la divinidad que es la que resulta ofendida y pronuncian decisiones y reimponen penas para satisfacer la ira de la divinidad, por ser la forma adecuada para lograr el desistimiento de su indignaci3n.

Es precisamente en esta 3poca cuando surge la idea de aquello que se identifica con lo prohibido en grado supremo, que no es otra cosa que el v3nculo con el derecho penal y que se conoce como tab3.

Al respecto, el autor Sebasti3n Soler en su obra *Derecho penal Argentino* nos indica que esta idea se muestra en la prehistoria constantemente vinculada a un sistema sumamente extendido y complejo, en el cual lo prohibido se confunde en un solo principio m3gico, profundamente religiosos, al cual modernamente se le ha dado el nombre de sistema de prohibiciones o tab3, tom3ndose esta palabra de diversos dial3cticos polinesios.

Así mismo, señala que las características de religiosidad conocida como magia, sí se considera en su forma positiva porque se hace algo para que ocurra un suceso deseado; pero que el hechizo, es cuando se hace algo y se produce una desgracia, es entonces cuando adquiere forma negativa que se denomina tabú.

Del mismo modo nos dice este autor que esas observaciones caracterizan al derecho penal primitivo, en el que las sanciones adquieren una marcada imagen de expiación, religioso y fatal, toda vez que la violación del tabú trae consigo una desgracia, evitable ricamente mediante las Ordalías, que en sí, son procedimientos purificadores o de expiación, motivados por hacer algo prohibido sin que importe que la violación se haya realizado consciente o inconscientemente; los juicios se realizaban en forma tal que sirvieran de ejemplo para los demás, mediante el miedo, lo que motivó que se hicieran a la vista de todos, es así como fueron adquiriendo carácter público, de esta característica surge una nueva etapa, que es precisamente esa, la de venganza pública.

2.1.3 Venganza publica.

Es un acto de venganza, ejercida por un representante del poder público, aquí se traslada la ejecución justiciera a alguien que representa los intereses de la comunidad en su manifestación más primitiva. El interés primordial es castigar con severidad a quien causa un daño.

En éste periodo, el motivo para prohibir o para castigar no fue ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad, sino la ofensa a la majestad soberana, y la voluntad soberana que imponía el castigo, al tornarse autócrata, encontró su razón en sí misma, mediante un círculo vicioso. Las penas no tuvieron otra medida que el capricho o el temor de los gobernantes, o la necesidad de consolidar con sangre un cetro empleado como azote a la nación.

2.2 PERIODO DE TENDENCIA HUMANITARIA

Como respuesta a la fase anterior, surge una reacción humanista en materia penal, de manera que se pretende dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo.

A medida que pasa el tiempo, los Estados adquieren solidez y fuerza, es entonces cuando se forman órganos que enjuician en nombre de la colectividad, que se caracterizan por los procesos arbitrarios que realizan, en los que nada se respeta, ni para los enjuiciados ni para las víctimas. Se imponen penas cruentas e inhumanas, los jueces poseen facultades ilimitadas, pueden incriminar a las personas por delitos que sólo existen en sus mentes, dando lugar a un sin número de injusticias entre los gobernados, con el único objetivo de conseguir de los súbditos por medio del terror o de la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. Es en este periodo, que predomina hasta el siglo XVIII, cuando se crean aparatos e instrumentos que tienen por objeto obtener mediante la tortura las confesiones que después daban camino a los calabozos en condiciones infrahumanas en los que las personas eran olvidadas sin que mediara juicio y así pasaban el resto de sus vidas, si es que antes no eran ejecutadas cruelmente. Ante tantos sufrimientos y situaciones tan injustas se van presentando reacciones a favor de un trato más humano y justo que dio lugar a una nueva etapa conocida como periodo humanitario, en el que se pugna por la exclusión de los suplicios y crueldades innecesarios, también se propone la certeza en contra de las atrocidades de las penas, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, para su desarrollo es trascendental la intervención de ilustres personajes como Voltaire, Rosseau, D'alembert, Montesquieu, Condillac, que con sus pensamientos influyeron decisivamente en la transformación de las ideas políticas y aportaron innovaciones acerca del Estado, del gobierno, de la limitación de los poderes y de la participación del pueblo en la cosa pública, en materia penal sobresale Cesar Bonnesana, el Marqués de

Beccaria que nació en Milán, escribió un libro titulado *Dei delittle delle pene*³, que en muy corto tiempo se tradujo a 22 idiomas.

Es sumamente importante destacar que el autor no se conforma con criticar los sistemas empleados hasta entonces, sino que propone nuevos conceptos y prácticas, sobre todo pugna por la legalidad de los delitos y de las penas, por la utilidad de las penas, estima que el derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

Señala que las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes que deben ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas y que además las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles, además de que no deben ser atroces.

El pensamiento de este penalista es verdaderamente innovador pues da pauta a procedimientos legales y justos y sirve de fundamento para la siguiente época; sin embrago, en su afán de destacar los derechos del inculpado, se olvida de señalar los derechos de quién sufrió las consecuencias del delito, es decir, del sujeto pasivo, convirtiéndose así en víctima del estado por no reconocerle ningún derecho.

Grandes pensadores, filósofos y humanistas, con sus obras e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines. Además de Cesar Beccaria, otro gran ilustre fue John Howard, quien con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trató de devolver al hombre el respeto a su dignidad.⁴

En su libro, ya mencionado, tratado de delitos y penas, Beccaria destaca diversos aspectos, tales como procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener confesiones; se refiere a la tortura y rompe con ancestrales creencias relacionadas

³ JAÉN VALLEJO, Manuel. Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002. p.36

⁴ Ibidem, nota 3, p.48

con la eficacia de la pena. César Beccaria y John Howard con la manifestación de principios humanitarios, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad.

Estas ideas, expresadas en 1764, se encuentran vigentes, al igual que los principios emanados de la Revolución Francesa, con la cual surge la contemplación y tutela de los derechos del hombre.

Es una reacción humanista en materia penal y trata de dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo.

2.3 PERIODO O MOMENTO CIENTÍFICO

En esta etapa, se profundiza científicamente, respecto al delincuente se considera que el castigo no basta por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima, es indispensable el conocer el porque del crimen, saber cual es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En esta etapa se estima que el delito y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencia de factores de índole diversa (Interna y Externa).

Si bien el Marqués de Beccaria es el iniciador de la etapa científica, su máximo exponente es Francisco Carrara, a quien llamaron padre de la escuela clásica, por darle una sistematización impecable, sostiene que el derecho es connatural al hombre, que Dios lo dio al hombre para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La ciencia del derecho criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas y concibe al delito como un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo, estima que la pena es un mal que inflige al culpable, que no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica, porque si excede deja de ser una protección del derecho para convertirse en una violación del mismo.

Este autor tampoco se ocupa de los derechos de la víctima del delito, ni de su participación en el desarrollo del proceso.

Ante este panorama ausente de derechos mínimos, se consideró afortunado el momento en el que los penalistas lucharon por juicios, tratos y procedimientos que permitieran descubrir a los verdaderamente culpables de los delitos; porque se reconociera un mínimo de derechos para los inculpados que les facultara para defenderse y probar sus argumentos y, de resultar culpables, fuesen condenados a sanciones justas, y humanas cuyo objetivo sería que el delincuente al cumplir con las penas se reintegrara a la sociedad.

Las Garantías y los principios del Derecho Penal surgen y con el transcurso del tiempo son adoptados por los estados, sin embargo, acerca de los derechos de los ofendidos y de las víctimas, no se reconocen, tal vez la respuesta la obtenemos si consideramos que el derecho penal se conceptúa como norma del derecho público, en el interés estricto en perseguir los delitos y en la naturaleza de este fenómeno social, ya que se estimó que el delito causa un daño profundo a la sociedad y por ende el daño sufrido por la víctima es de mínima importancia, lo que no es correcto, porque no hay que olvidar que ante todo el derecho tiene por objetivo fundamental la justicia, el derecho es el medio para lograrla y por consecuencia en tanto que la víctima del delito permanezca olvidada y no le sean reconocidos sus derechos no debe aceptarse la existencia de una verdadera justicia.

Actualmente, pese a los esfuerzos de los estudiosos e interesados en estos aspectos, no se ha resuelto el delicado problema de la delincuencia.

En resumen se podría decir que en esta etapa se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto del delincuente. Considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el porque del crimen, saber cual es el tratamiento

adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En la pena estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa interna y externa. Esto a la fecha no ha resuelto el problema tan delicado que representa la delincuencia.

2.4 HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO PENAL

A manera de resumen se citarán las fechas y códigos más importantes en el contexto histórico del derecho penal universal,⁵ para de esta manera facilitar y ubicar las etapas y su evolución, lo que nos ayudará a vislumbrar el momento que estamos viviendo.

CÓDIGO HAMMURABI (Babilonia, s. XXIII a. de J.C.) Contenía a la venganza privada con la limitación del *talión* (*talis*: lo mismo o semejante), carácter sacerdotal de la punición, distinguió entre dolo, culpa y caso fortuito.

CINCO PENAS (China, se remonta a tiempos inmemoriales) Penas de carácter sagrado que se cumplían en lo terreno y seguían después de la muerte, predominaron la venganza y el talión que podía ser simbólico. Se aplicaba la pena de muerte con fines de purificación y ejemplaridad.

LEYES MOSAICAS (Israel, s. XIV a. de J. C.) De influencia babilónica. Consideraba a la Justicia como el brazo de Yahvé que castiga, premia y sobre todo, libera. La ley es sinónimo de justicia aunque se reconoce la existencia de legalidades injustas y opresoras. La ley es vinculatoria para todos. El delincuente merece respeto pues no ha perdido la calidad de hombre, merecedor de respeto y amor por ser imagen de Dios. La sanción debe aplacar a la divinidad ofendida, purificar al delincuente y reinsertarlo en la vida.

⁵ MARQUEZ PIÑERO Rafael, Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, cuarta edición, México 2001.p.56

LEYES DE MANU (India, s. XI a. de J. C.) No reconoció al talión como consecuencia del delito, pero conservó la venganza divina, pues consideraban que el derecho de castigar proviene de Brama y lo ejecuta el rey. La pena tenía efectos vindicatorios pero la ley no era aplicada por igual por la existencia de las castas.

ZEND AVESTA (Persia, s. XI a. de J. C.) Terminó posiblemente con la primera etapa del Derecho Penal persa, en que se aplicaban brutales penas como la crucifixión y el *scaffismo* (muerte cruel y muy lenta). Distinguió la intención, la negligencia y el caso fortuito. Consideraba que la pena tenía fines expiatorios.

LEGISLACION DE LICURGO (Esparta, s. IX u XVIII a de J. C.) De espíritu heroico, imponía penas severas a los soldados, sancionaba el celibato y la piedad para el esclavo, se ordenaba la muerte a los neonatos deformes, y consideraba a la destreza en el hurto como causa de impunidad.

LEYES DRACONIANAS (Atenas, s. VII a de J. C.) De excesiva severidad en la pena que sólo era la de muerte para todos los delitos, los que distinguió ya entre públicos y privados.

LEYES DE ZALEUCO (Locris, Crotona y Sibaris, s. VII a. de J. C.) La pena era de carácter simbólico y se relacionaba con el motivo que originó al delito.

LEGISLACIÓN DE SOLÓN (Atenas, s. VI a. de J. C.) De ideas totalmente laicas dio gran relevancia al Estado. Estableció benignidad para los delitos privados aboliendo las leyes de Dragón, salvo en lo tocante al homicidio. Se reconoció la facultad a los jueces para juzgar por acciones no tipificadas, con base en la equidad.

DERECHO PENAL ROMANO (Imperio romano) El delito (*delictum*) era considerado principalmente como una forma de surgimiento de obligaciones, de las cuales sólo podían sustraerse los locos durante el ataque de locura, los infantes, y

los *infantiae proximi*. En las *XII Tablas* (s. V a. de J. C.) se consideraba la venganza privada, el tali3n y la compensaci3n. Se distingui3 entre delitos p3blicos (*cimina*), como los que atentaban contra el orden p3blico, la organizaci3n pol3tico administrativa o la seguridad del Estado, estos se perseguían en tribunales especiales u otros 3rganos como el Senado, y la pena era generalmente la muerte (*supplitium*) y la multa (*damnum*); y los delitos privados (*delicta* o *maleficia*), que consistían en una ofensa al particular lesionado y se perseguía como un derecho de 3ste y no del Estado, aunque a este le correspondi3 despu3s fijar el monto de las compensaciones y las funciones de perseguir y castigar el delito. Los contenidos penales se hallaban en los *terribile libri* del *Digesto* (530 a. de J. C.) que contenían legislaci3n penal sustantiva y adjetiva. Es en el Derecho Romano que se desarrollan muchos principios del Derecho Penal, como lo relativo a la tentativa, legítima defensa, locos e incapaces. Tambi3n durante este periódo surgieron conceptos de uso universal actual: *delictum*, *poena*, *carcer*, *crimen*, *supplitium*, *injuria*, *damnum*.

DERECHO PENAL GERMÁNICO. Al apartarse del car3cter religioso, dio preeminencia al Estado y termin3 con la venganza privada. Dio m3s importancia al daño causado que a la intenci3n. Distingui3 delitos voluntarios e involuntarios y estableci3 la composici3n en tres formas: pago a la v3ctima como reparaci3n del daño (*wergeld*), a la familia como rescate del derecho de venganza (*buse*) y a la comunidad, como pena adicional a la primera (*friedegel*). La prueba se finc3 en el juramento a trav3s del “juicio de agua” (sumergimiento en agua bendita), el “juicio por el hierro al rojo” (valoraci3n de la quemadura causada por un hierro), y por las “ordalías” (lucha entre acusado y acusador).

DERECHO CAN3NICO (desde 1140 d. de J. C.) Se humaniz3 la justicia penal que fue orientada a la reforma moral del delincuente, se cambi3 la venganza por el perd3n y se estableci3 la posibilidad de la redenci3n por medio de la penitencia, la caridad y la fraternidad. El delito fue concebido como un pecado que ofendía a Dios por lo que tuvo gran relieve la venganza divina con excesivas formas de expiaci3n

y penitencia. Sin embargo, el procedimiento pasó de acusatorio a inquisitivo y el poder de la Iglesia como brazo ejecutor de la voluntad divina en lo temporal y lo trascendental alcanzó niveles brutales en las penas que en la actualidad, con el *Codex Iuris Canonici* de Pío X en 1904 en su Libro V donde se establecen los delitos (arts. 2195-2213) y las penas (arts. 2214-2313); sólo incumben a lo espiritual.

DERECHO EUROPEO MEDIEVAL Durante el largo período en que consistió la edad media, se dio en el Derecho Penal una mezcla de elementos romanos, canónicos y bárbaros. Coexistieron los Derechos particulares por su dura práctica y ancestral origen, con el Derecho romano. Se dio una lucha en contra de la venganza, pero subsiste la composición y la dureza en las penas, caracterizándose con la de muerte, con el procedimiento inquisitivo. La pena tenía un papel fundamentalmente infamante e intimidatorio; aguzando el ingenio se crearon las más crueles penas: la tortura era la forma de extraer la confesión, surgieron los calabozos, las jaulas de hierro o madera, la horca, los azotes, la rueda (allí se colocaba al reo luego de romperle los huesos), las galeras, la picota (se sujetaba en un pilar de manos y cabeza a un sujeto de pie), el descuartizamiento por caballos, la marca infamante con hierro candente. Se sancionaba a capricho de los monarcas, y estas situaciones no cambiaron al terminar la edad media sino que siguieron durante una parte del renacimiento, hasta el surgimiento del iluminismo.

DERECHO PENAL ILUMINISTA (De origen europeo con repercusiones en todo el mundo, s. XVIII) Filosóficamente las ideas de los enciclopedistas (Hobbes, Spinoza, Locke, Bacon, Rousseau, Diderot, D’Alambert, Voltaire) trajeron nuevas ideas sobre el ser humano y las instituciones políticas, que repercutieron en las ideas jurídicas (Grocio, Pufendorf, Montesquieu), y en particular en lo penal con el surgimiento de *Dei delitti e delle pene* (Tratado de los delitos y de las penas, publicado en 1764) de Cesare Bonnesana marqués de Beccaria, libro en que denunció el arbitrario ejercicio del poder mal dirigido que representaba ejemplos de “fría atrocidad”; ideas que se llevaron a Rusia, la Toscana, las Sicilias, Prusia y

Austria, para finalmente consagrarse la cancelación de los abusos medievales, en Francia, con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en que se limita la posibilidad de tipificar a sólo aquellas acciones nocivas para la sociedad (art. 5), sólo las penas necesarias (art. 8), la irretroactividad de las leyes por cuanto a las penas (art. 8), y el principio de igualdad ante la ley (art. 6); En Inglaterra fue John Howard quien dio gran impulso al cambio de condiciones en las cárceles, originando la Escuela Clásica Penitenciaria con su *State Of Prisons*, movimiento nutrido por el estupor y la vergüenza que provocaba la situación de las prisiones en Inglaterra, Gales y, en general, Europa.

LA CODIFICACIÓN (s. XIX) Tres son los troncos comunes de donde surge la codificación penal en Europa y el resto del mundo: el Código Penal francés (1810), llevado a todos los países conquistados por Napoleón, tuvo la virtud de poner orden en las caóticas legislaciones dominadas; el código penal de Feuerbach (1813), que siguieron los países enemigos de Bonaparte, de mejores técnica y estructura, introduce el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que a pesar de constituir una adelantada garantía, no suavizó las penas, y , finalmente, el código de Toscana (1853), mucho más benigno provocado por el humanismo de lo que luego se llamaría *escuela clásica*.

2.5 ESCUELAS JURÍDICOPENALES.

Este tema ofrece un panorama referente a la concepción que diversas corrientes tuvieron respecto a los problemas fundamentales que plantea el derecho penal, cuyo conocimiento es vital para entender las figuras actuales e instituciones juridicopenales.⁶

⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit., nota 2, p. 7

2.5.1 Escuela clásica

Es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver al derecho penal.

Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son: Francisco Romagnosi, Hegel, Rossi y Carminagni. Sus postulados son los siguientes:

- a) Libre albedrío.- Este postulado establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contrataría lo hace a su libre elección; además niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.
- b) Igualdad de derechos.- Se deduce que el hombre nace en igualdad en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe de aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.
- c) Responsabilidad moral.- Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.
- d) El delito como eje y como entidad jurídica.- El punto de partida de la problemática penal, lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.
- e) Método empleado.- El objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo(ir de lo general a lo particular).

También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

Como el derecho penal es una ciencia normativa, perteneciente al mundo del debe ser, no era, según los clásicos, posible emplear el método seguido por las ciencias naturales en las que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre.

f) Pena proporcional al delito.- La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la Ley (Carrara habla tanto de moderación de las penas, como de la humanización y seguridad).

g) Clasificación de los delitos.- Esta escuela elabora diversas clasificaciones de delitos.

2.5.2 Escuela positiva

Como reacción contraria a la escuela clásica, surge esta corriente, la cual se fundamenta en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Sus seguidores son: Enrico Ferri, Rafael Garófalo y Cesar Lombroso.

Los postulados de la escuela positiva constituyen la negación de los señalados por la clásica y son los siguientes:⁷

a) Niega el libre albedrío.- Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consiente el mal sobre el bien; dado que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no

⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit., nota 2, p. 8

puede elegir. Al respecto, cabe destacar la influencia de Cesar Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato.

b) Responsabilidad social.- manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. la colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujeto, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse.

c) Delincuente, punto central.- El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es solo la consecuencia.

d) Método empleado.- Los positivistas utilizaron el método inductivo (ir de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

e) Pena proporcional al estado peligroso.- En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito, y se asegura que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y gravedad del delito.

f) Prevención.- De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de su represión. Los positivistas creen que, al igual que la medicina, es mas conveniente prevenir que curar.

g) La medida de la seguridad es mas importante que la pena.- En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos

criterios, y se afirma que debe aplicarse la mas adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.

h) Clasificación de delincuentes.- A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de los delitos, como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales, y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.

i) Sustitutivos penales.- Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces a las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etcétera.

2.5.3 Escuelas Ecléticas

Las escuelas ecléticas aceptan y niegan postulados, tanto de la escuela clásica como de la positivista y excepcionalmente aportan algo propio y significativo. Las principales son: la tercera escuela, la escuela sociológica y la escuela técnico-jurídica.⁸

A) La Tercera Escuela.- Es la principal surge en Italia (terza scuola), cuyos principales representantes son Alminea y Carnevale. En Alemania hubo una tercera escuela, que coincide con los postulados de la italiana.

La tercera escuela sustenta los siguientes postulados:

a) Negación del libre albedrío

b) El delito es un hecho individual y social

⁸ MARQUEZ PIÑERO Rafael. Op. Cit., nota 5, p. 12

- c) Se interesa por el delincuente, mas que por el delito
- d) Señala las ventajas del método inductivo
- e) Adopta la investigación científica del delincuente
- f) Considera la responsabilidad moral
- g) Distingue entre imputables e inimputables
- h) Plantea la reforma social como deber del Estado.

B) Escuela Sociológica.- Surge en Alemania. También se conoció como la joven escuela, cuyo principal representante es Franz Von Liszt. Sus postulados son:

- a) La pena tiene como fin conservar el orden jurídico
- b) Emplea los métodos jurídico y experimental
- c) Concibe al delito como fenómeno jurídico y natural
- d) Considera que los factores criminógenos son individuales, físicos, sociales y económicos
- e) Afirma que la pena es una necesidad
- f) Estima la imputabilidad y peligrosidad del delincuente
- g) Deben existir penas y medidas de seguridad

- h) Eleva a primer grado el derecho positivo
- i) Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios
- j) Al derecho penal le debe interesar el conocimiento científico de los delitos y las penas
- k) La pena funciona para prevenir y readaptar
- l) La responsabilidad penal debe basar en la capacidad para entender y querer
- m) Rechaza el planteamiento de problemas filosóficos

C) Escuela Técnico – Jurídica.- Sus principales representantes son Rocco, Manzini, Massari, Battagliani, Delitalia, Vannini, Pannain, Antolisei. Sus postulados son los siguientes:

- a) Revaloriza el método lógico abstracto.
- b) El delito es un ente eminentemente jurídico que genera un vínculo entre los gobernados y el Estado.
- c) Para determinar la imputabilidad hace a un lado el libre albedrío.
- d) Distingue a los sujetos imputables y los inimputables.
- e) Reconoce como consecuencias jurídicas del delito a las penas y las medidas de seguridad.

En la actualidad, la legislación penal mexicana conserva rasgos de la escuela clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque puede

precisarse que el Código de 1871 manifestó una fuerte influencia de la clásica, el de 1929 de la positiva y el de 1931 (vigente) adopta mas una postura ecléctica.

2.6 ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

Un factor que interviene desde un principio en el desarrollo histórico del Derecho Penal, es sin duda el de que los hombres renuevan diariamente su propia vida, comienzan al mismo tiempo a crear a otros hombres, a procrear. La reacción defensiva elemental tiene su origen en la lucha por la existencia, que es inicialmente incoercible y está integrada por dos elementos psicológicos, el resentimiento que produce el daño sufrido, con el correlativo deseo de vengarlo, y una preocupación de índole preventiva.

De enorme interés es el estudio del Derecho Penal en diversos países, pero en atención al carácter elemental de esta memoria, nos hemos conformado con bosquejar en este tema, la evolución ideológica penal en general, sin aludir a pueblo alguno en concreto, para ocuparnos brevemente a continuación, únicamente de la Historia del Derecho Penal en México, lo cual nos servirá de base para el mejor entendimiento de lo que es nuestro Derecho Penal actual.

La trayectoria que ha seguido esta ciencia jurídica en México es similar a la ocurrida en cualquier otro país: se inicia con el castigo más cruel, hasta llegar paulatinamente a una fase más humanizada e incluso científica, destacando los siguientes puntos.⁹

2.6.1 Reglamentación penal de pueblos precortesianos.

Al hablar de la historia del Derecho Penal en nuestro México, podemos afirmar que existen muy pocos datos a cerca del derecho penal anterior a la llegada de los conquistadores, indudablemente los distintos reinos y señoríos

⁹ CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del derecho mexicano. Edit. Harla. México 1999. p. 14.

pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal.

En base a su educación severa, el crimen era un fenómeno poco común, ya que el castigo era severo. Había diversas culturas y variedad de costumbres y contemplaciones jurídicas. Se preparaba a la juventud en la religión y la milicia. Los delitos principales fueron el adulterio, la violación, el estupro, las deudas, el homicidio, el incendio, la traición a la patria, la sodomía, etc.

Entre las penas más importantes figuraban la muerte por horno ardiente, el estacamiento, la extracción de vísceras por el ombligo, los flechazos, el devoramiento por fieras, la esclavitud, las corporales, las infamantes y la indemnización entre otras.

Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América, mismos que son el pueblo maya, el tarasco y el azteca.

a) Los mayas.- Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los hatabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas, la segunda para los ladrones, si el autor del robo era un señor principal, se labraba el rostro, desde la barba hasta la frente. En el pueblo maya no se usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se le encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles, mismas sentencias eran inapelables.

b) Los tarascos.- Del pueblo tarasco, se sabe muy poco acerca de sus leyes penales con respecto a los otros núcleos, mas se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adultero, sino trascendía a toda su familia, los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacia despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

c) Los aztecas.- De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los Aztecas, aún cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo no sólo fue el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo el Instituto Indigenista Interamericano, los nahoas alcanzaron metas insospechadas en materia penal.

Dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa, el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacia depender de si, con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

El Derecho Penal Azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano, las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Según algunos investigadores, los delitos en el pueblo azteca pueden calificarse en la siguiente forma: contra la seguridad del imperio, contra la moral pública, contra el orden de las familias, cometidos por funcionarios, cometidos en estado de guerra, contra la libertad y seguridad de las personas, usurpación de funciones y uso indebido de insignias, contra la vida y la integridad corporal, sexuales y contra las personas en su patrimonio.

2.6.2 Codificaciones penales de la época colonial.

En la época de la colonia, los antecedentes de las legislaciones de los grupos indígenas, en nada influyeron en la aplicación del Derecho Penal, ya que el mismo que se aplicó en la época fue netamente europeo.

En la colonia se puso en vigor la legislación de Castilla conocido con el nombre de las Leyes de Toro, estas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, así como la de Minería, la de Intendentes y la de Gremios.

La legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles los azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer, sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga; los delitos cometidos contra los indios debían ser castigados con mayor severidad que en otros casos.

Se abolieron la costumbre y manifestaciones de la cultura prehispánica y sometieron al pueblo los conquistadores. Su principal cuerpo de leyes fueron:

- a. Las Leyes de Indias.
- b. Las Ordenanzas Reales de Castilla.
- c. La legislación de Castilla.(Leyes de Toro).
- d. Las Ordenanzas Reales de Bilbao.
- e. El Fuero Juzgo.
- f. Las Partidas.
- g. Los Autos acordados.
- h. La Nueva y Novísima recopilación.
- i. Se crearon leyes para el nuevo territorio colonizado como:
- j. Las Ordenanzas de Minería.
- k. La de Intendentes.
- l. Los Gremios.

Se introdujeron las leyes penales españolas a los nuevos territorios americanos: fue Derecho vigente durante toda la época virreinal el Derecho Indiano como principal, y el Derecho de Castilla supletoriamente. Hubo diversas recopilaciones de leyes, de las que fue el cuerpo principal la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, adicionada con los *Autos Acordados* hasta Carlos III (1759), monarca con quien comenzó una legislación más especializada. Dentro de los nueve libros que componen la recopilación existe diseminada y en desorden, la regulación penal, pero es el libro VII el especializado en materia penal: en su título primero se regula la figura de los “pesquisidores”, encargados de la función investigadora hasta la aprehensión de los presuntos responsables; y los “jueces de comisión”, designados por audiencias y gobernadores para casos extraordinarios y urgentes. El título segundo regulaba lo relacionado a juegos y jugadores. El tercero sólo era incidentalmente penal pues, tratando de “casados y desposados en España e Indias” disponía la prisión para los que debían volver a la metrópoli para reunirse con sus cónyuges. El título cuarto establecía la expulsión para vagabundos y gitanos. Disponía en su título quinto un cruel sistema intimidatorio contra mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios, constituido por tributos al rey, prohibición de portar armas y transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo minas y azotes, penas impuestas en procedimientos sumarios. Y un atisbo de ciencia penitenciaria se hallaba en sus títulos sexto y séptimo, sobre cárceles, carcelarios y visitas carcelarias. En su último título VIII se fijaban los delitos, las penas y su aplicación, y por cuanto a los indios establecía para los delitos graves la sustitución de la pena de azotes y las pecuniarias, con trabajos personales en conventos o ministerios de la República, y cuando el delito era leve la pena debía adecuarse procurando dejar al reo en su oficio y con su mujer; sólo se les podía entregar a sus acreedores para pagarles con sus servicios, y si eran mayores de 18 años se les empleaba en donde no hubiera caminos o bestias de carga. Los delitos cometidos contra indios merecían pena mayor que en otros casos.

Se permitía el sistema de composición de manera excepcional y las penas eran distintas según la casta a que se perteneciera.

Contenían disposiciones penales especiales las “Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal”, de 1783, sancionando el hurto de metales y equiparando a esto el ocultamiento malicioso que del metal hicieren los barreteros, cuando el delito era grave las diputaciones formaban la sumaria y la remitían a la Sala del Crimen de la Audiencia, para que impusiera cualquier pena *corporis afflictiva*, entre ellas la mutilación. Igualmente las “Ordenanzas de Gremios de la Nueva España”, imponían a los infractores de las prohibiciones que establecía, las penas de multa, azotes, impedimento para trabajar en el oficio de que se tratara, entre otras, fijando mayor rigor en la pena si el infractor era indio u otra casta o raza diversa del español.

De aplicación supletoria, ya se ha anotado, fue el Derecho castellano: el *Fuero Real* (1255), *Las Partidas* (1265), el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484), las *Leyes de Toro* (1505), la *Nueva Recopilación* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805). Conviene de ellas resaltar a las Partidas, en cuya Setena, dedicada casi exclusivamente a la materia penal, estableció las acusaciones por delitos las facultades de los jueces; sancionó las traiciones, los retos, lides y acciones deshonorosas; las infamias, falsedades y deshonras; los homicidios, violencias, desafíos, treguas; robos, hurtos, daños; timos y engaños; adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomías, truhanería, herejía, blasfemia, suicidio y a los judíos o moros. Establece la prisión preventiva (tít. XXIX), los tormentos y las penas, y dio facultades para imponer pena *según albedrío del juez*. Estableció penas distintas según la condición social de los reos y las circunstancias de tiempo y ejecución del delito.

De luminosa importancia en la historia del Derecho Penal mexicano, se erige la figura del tlaxcalteca Manuel de Lardizábal y Uribe, abogado oidor de la Cancillería de Granada, fiscal de la Sala de Alcaldes de la Corte y del Supremo Consejo de Castilla, quien formulara un Proyecto de *Nuevo Código Criminal*, primer código penal como tal en el mundo, pero que no fuera promulgado. Sin embargo su obra capital es *Discurso sobre las penas contraídas o las leyes criminales de España*, publicado en 1782, donde hace un verdadero tratado penología a la par de la obra de Beccaria.

2.6.3 Legislaciones Penales Mexicanas después de México Independiente hasta nuestros días.

En la época del México independiente, apenas iniciado el movimiento independentista por Don Miguel Hidalgo y Costilla en 1810, el 17 de noviembre del mismo año Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatlillo, la abolición de la esclavitud, confirmando así el anterior Decreto expedido en Valladolid por el Cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

Posteriormente en 1938, se dispuso para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Se empiezan a promulgar leyes mexicanas pero con la influencia de la legislación colonial, a veces aun aplicables a falta de leyes nuevas.

La Constitución de 1824 adopta el sistema federal. Y la expedición de los códigos penales fue lo mas sobresaliente:

- a) Código Penal para el Estado de Veracruz. Vigente desde 1869.
- b) Código Penal de 1871 (Código de Martínez de Castro) vigente hasta 1929 y con influencia de la escuela clásica.
- c) Código Penal de 1929 (Código de Almaraz) vigente hasta 1931 con influencia de la escuela positiva.
- d) Código penal de 1931, vigente y aplicable en el D. F. En materia común, así como en toda la Republica en materia Federal. La comisión redactora la integraron: Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ángel Ceniceros entre otros y mantiene una postura ecléctica. Ha tenido innumerables reformas para adecuarlo.

A pesar de que la preocupación primordial por cuanto a regulación se refiere durante los primeros años de nuestra nación, fueran cuestiones constitucionales y administrativas, no se pudo abstraer de reglamentar lo relativo a armas de fuego, bebidas alcoholizadas, vagos y mendigos y la organización policial. Se facultó al ejecutivo para indultar, conmutar, dispensar total o parcialmente las penas y para decretar el destierro (1824). Se reguló la sustanciación de causas, se determinaron competencias y se encomendó al ejecutivo la ejecución de sentencias; las cárceles (1814, 1820 y 1826), haciendo un ensayo de colonización penal (1833).

Sin embargo fue escasa la legislación penal, y al establecer el federalismo como forma de Estado, cada Estado federado tuvo la facultad de legislar penalmente en sus regímenes interiores, y fue Veracruz en 1835 el que publicó el primer Código Penal mexicano, tomando como modelo el español de 1822.

La falta de regulación penal llevó a las autoridades independientes, a declarar la continuación de la vigencia de todas las leyes que hubieran regido en el país en todo lo que no se opusiera a al nuevo sistema y siempre que la nueva legislación no la hubiere derogado. Se aplicaron, en primer lugar, las *leyes de los Congresos de los estados* y las *leyes generales*, los *Decretos de las Cortes de España* y *Reales Cédulas*, pasando por las *Ordenanzas*, las *Leyes de Indias*, la *Novísima* y *Nueva Recopilación*, las *Leyes de Toro*, *Ordenanzas Reales de*

Castilla, el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, e incluso el Derecho Canónico y el Derecho Romano.

Ya los constituyentes de 1857 y los legisladores de XII-4-1860 y XII-14-1864, sentaron las bases de nuestro Derecho Penal. De nuevo fue Veracruz el Estado que pusiera en vigor sus códigos penal, civil y procedimental el 5-V-1869.

CÓDIGO MARTÍNEZ DE CASTRO (1871) Al recuperar la capital de la República, luego del fugaz imperio de Maximiliano en que Lares proyectara un Código Penal que no alcanzó la vigencia; Juárez encomendó la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro, quien formó y presidió una comisión redactora para el primer código penal de la República, integrándola junto a los licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona. Proyecto enviado a la Cámara de Diputados, aprobado y promulgado el 7-XII-1871 y vigente desde el 1-IV-1872 hasta 1929. Con 1151 muy bien redactados artículos, inspirado en el código penal español de 1870, que a su vez tenían por ejemplo los de 1850 y 1848, doctrinalmente se guió por Ortolán en su parte general (libros I y II) y por Chauveau y Hélie en la especial (libro III), responde al clasicismo penal con claros caracteres correccionalistas. Como novedades introduce el “delito intentado” (si el delito no se consuma llegando al último acto de ejecución, por tratarse de un delito irrealizable por imposible o por evidente inadecuación de los medios, art. 25) que ubica entre el conato y el delito frustrado; y la “libertad preparatoria”, que luego habría de recoger Stoos en su proyecto suizo (1892).

Conjugó la justicia absoluta con la utilidad social; la base de la responsabilidad penal era la moral fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; cataloga atenuantes y agravantes con valor progresivo matemático; reconoce de manera limitada el arbitrio judicial; la pena tiene caracteres aflictivos y retributivos, se acepta la pena de muerte, igualmente algunas medidas preventivas y correccionales. Este código intentó ser integralmente reformado, respetando sus

principios y sistema, sólo para introducir nuevas y benignas instituciones que exigía el estado social del país en 1912, con un proyecto creado por comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, proyecto que no vio la luz por la convulsa situación que provocaba la Revolución.

CÓDIGO ALMARAZ (1929) Comenzando los trabajos redactores en 1925, el presidente Portes Gil lo expidió, en uso de las facultades que le otorgó el Congreso de la Unión, el 30-IX-1929. de 1233 artículos, con graves deficiencias de redacción y estructura, constantes reenvíos, duplicidad de conceptos y hasta contradicciones flagrantes; en gran parte inspirados por el proyecto del Estado de Veracruz. Aunque la comisión redactora declaró inspirarse en la escuela positiva, el delito siguió siendo considerado un hecho objetivo y el estado peligroso no fue más que la acción u omisión que la propia ley sancionaba; incluso se recogió la cuestión del discernimiento de puro sabor clásico; estableció los grados del delito y de la responsabilidad, catalogó atenuantes y agravantes y a pesar de que dio la facultad a los jueces de señalar otras nuevas o valorar las legales, el arbitrio judicial fue muy limitado, se estableció la prisión celular y, como novedades: sustituye a la responsabilidad con la social como fundamento de la pena cuando se trataba de enfermos mentales; suprimió la pena de muerte; estableció la multa basada en la “utilidad diaria” del delincuente; la condena condicional; la reparación del daño exigible de oficio; así como las granjas escuelas y los navíos escuelas, que no se realizaron por causa de la pobreza del erario.

CÓDIGO DE 1931. Por lo desafortunado del código de 1929, el propio licenciado Portes Gil designó una comisión revisora que redactó el nuevo y hasta hoy vigente Código Penal, bajo la presidencia de comisión del licenciado Alfonso Teja Zabre. Promulgado el 13-VIII-1931 por decreto del Presidente Ortiz Rubio, constaba, antes de las profusas reformas que ha sufrido, de 404 artículos de tendencia ecléctica y pragmática. Considera que el delito tiene causas múltiples, como resultado de fuerzas antisociales; a la pena como un mal necesario que se justifica por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad

de evitar la venganza privada y, fundamentalmente para conservar el orden social. Mantiene abolida la pena de muerte e introduce como novedades la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de el establecimiento de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones, además fija reglas adecuadas para el uso de dicho arbitrio, reglas que apuntan en la justicia penal una orientación antrosocial. Perfecciona a su vez la condena condicional, la tentativa, el encubrimiento, la participación delictiva, algunas excluyentes y se dio carácter de pena pública a la multa y la reparación del daño. Es un código realista, pues su contenido se basa en la realidad que recoge, organiza y equilibra.

LOS ANTEPROYECTOS (1949, 1963) A causa de las muchas reformas que por su número e importancia han causado la pérdida de la unidad y estilo legislativo del Código de 1931, por lo que el gobierno de la República designó una comisión redactora que durante más de un año prepararon un proyecto de Código Penal. La comisión tuvo como presidente al doctor Luis Garrido y estuvo formada además por los licenciados Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles, Gilberto Suárez Arvisu y el doctor Raúl Carrancá y Trujillo. El anteproyecto se publicó en 1949 y lo aprobó la Secretaría de Gobernación, pero no fue enviado por el ejecutivo a las Cámaras para su discusión.

Otro anteproyecto fue preparado en 1963, como consecuencia del II Congreso Nacional de Procuradores, en el que se concluyó, entre otros puntos, que era recomendable la uniformidad de las leyes penales del país para lo que se recomendaba la creación de un Código Penal Tipo, pero los 365 artículos del anteproyecto, por responder a propósitos más interesados e inmediatos que político criminales y científicos; peca, a decir del doctor Carrancá y Trujillo, “de precipitación en su factura y de desajuste en su articulación, así como de desacierto en general, en sus innovaciones”.

2.7 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO PENAL.

El Derecho Procesal Penal tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia, posee contenido técnico jurídico donde se determinan las reglas para poder llegar a la verdad discutida y dictar un derecho justamente. Es el camino que hay que seguir, un ordenamiento preestablecido de carácter técnico. Garantiza, además la defensa contra las demás personas e inclusive contra el propio Estado.¹⁰

El Derecho Procesal Penal tiene sus propias características que permiten diferenciarlo de otras ramas del Derecho.

Cuando mencionamos las características del Derecho Procesal Penal durante su evolución podríamos citar muchos autores que clasifican con algunas diferencias unos de otros al Derecho Procesal Penal, pero en muchos de los casos, esas clasificaciones corresponden a un Derecho Procesal Penal más evolucionado y en el que la clasificación de sus características se ha realizado analizando los actuales conceptos y principios fundamentales que rigen esta rama del Derecho.

Por tanto es necesario que se realice un análisis de las características de aquella evolución que se da a través de los tiempos antes de poder analizar las modernas definiciones existentes sobre las características actuales del Derecho Procesal Penal y, además se tendría que conocer de manera indispensable acerca de las dos funciones históricas, de las cuales resultan formas universalmente conocidas como sistema acusatorio y sistema inquisitorio.¹¹

¹⁰ SILVA SILVA Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Oxford, México 1999. p. 25.

¹¹ Idem, nota 10, p. 28.

2.7.1 Características del derecho procesal penal

Dentro de estas características hay que estudiar a los siguientes sistemas:
El sistema acusatorio, inquisitivo y mixto

2.7.1.1. Sistema acusatorio

La primitiva concepción del Juicio Criminal exigía un acusador, prevalecía el interés privado, el del ofendido; posteriormente evoluciona y esta persona era cualquiera del pueblo, procedimiento que a su vez evoluciona por introducir la publicidad y la oralidad.

La decadencia de este sistema radica básicamente en que para que funcione se requiere que se dé en un pueblo eminentemente educado en las virtudes ciudadanas y que en la realidad este sistema no consulta los intereses de la defensa social y el inadecuado ritmo de la vida contemporánea corrompida por la baja política y donde están ausentas las virtudes cívicas.

Características del proceso acusatorio

1. El juez no es un representante del Estado ni un juez elegido por el pueblo. El juez es el pueblo mismo, o una parte de él, si este es muy numeroso para intervenir en el juicio. La acción corresponde a la sociedad, mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano.
2. El juez no funda su sentencia. Se limita a pronunciar un sí o no. El juez por tanto, no da justificación ni motiva sus fallos, debido a su poder soberano no tenía porque rendir cuentas ante nadie y por otro lado por su falta de capacidad intelectual y técnica para motivar sentencias.

3. Los fallos eran inapelables. El veredicto sólo es susceptible de recurso de casación por un tribunal que únicamente tiene facultad de examinar si se han observado las normas de rito o si la ley ha sido aplicada.
4. Es como un duelo entre el acusador y el acusado en que el juez permanece inactivo. La etapa contradictoria del juicio se realiza con igualdad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado.
5. Si no existe acusación no podía haber juicio, es decir, en estos casos no había acusaciones de oficio.
6. En el proceso se juzga el valor formal de la prueba, la cual incumbe al acusador y el juez sólo evalúa la forma y en ello se basa para expedir su resolución. La presentación de las pruebas constituye una carga exclusiva de las partes.
7. La libertad personal del acusado es respetada hasta el instante en que se dicte la sentencia condenatoria.
8. La libertad personal del acusado es respetada
9. El veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.

2.7.1.2. Sistema inquisitivo

El tipo inquisitorio nace desde el momento en que aparecen las primeras pesquisas de oficio y esto ocurre cuando desaparece la venganza y cuando el Estado, velando por su conservación, comprende la necesidad de reprimir poco a poco ciertos delitos y así es como nació en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII, lo cual origina el desuso del sistema acusatorio que se practicó hasta el siglo XIII.

Bajo la influencia de la Inquisición recibió el proceso penal hondas modificaciones que lo transformaron por completo. Es así que en algunos países como España, el sistema inquisitivo floreció gracias al compromiso de algunos reyes con la iglesia católica, como sucedió con la instalación del tribunal de la Santa Inquisición.

En este sistema el Juez, es el que por denuncia, por quejas, por rumores, inicia el procedimiento de oficio, se dedica a buscar las pruebas, examina a los testigos, todo lo guarda en secreto. No hay acusado, la persona es detenida y colocada en un calabozo. Dura hasta la aparición de la Revolución Francesa, cuya influencia se extiende por todo Europa, con el espíritu renovador de los libertarios, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal. El nuevo modelo proponía en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad en los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento de los jurados, lo cual generó la extinción de este sistema netamente inquisitorio para aparecer el denominado sistema inquisitivo reformado o sistema mixto.

Características del sistema inquisitivo

1. En este sistema el juzgador es un técnico.
2. Durante el curso del proceso, el acusado es segregado de la sociedad, mediante la institución denominada prisión preventiva.
3. El juzgador es un funcionario designado por autoridad pública
4. El juzgador representa al Estado y es superior a las partes.
5. Aunque el ofendido se desistiera, el proceso debe continuar hasta su término.

6. El juez tiene iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar. La prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración, es facultad exclusiva del juez.
7. Se otorga un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas.
8. El juez no llega a una condena si no ha obtenido una completa confesión, la cual más de una vez se cumplió utilizando los métodos de la tortura.
9. No existe conflicto entre las partes, sino que obedece a una indagación técnica por lo que esta decisión es susceptible de apelación.
10. Todos los actos eran secretos y escritos.
11. El acusado no conoce el proceso hasta que la investigación no este afinada
12. El juez no esta sujeto a recusación de las partes.
13. La decisión no se adopta sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales.

2.7.1.3 Sistema mixto

Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorios e inquisitorio y a modo de una combinación entre ambos ha nacido la forma mixta. Tuvo su origen en Francia.

La Asamblea Constituyente ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía el oral.

Esta forma cobra realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales.

El proceso mixto comprende dos períodos, en el primero tiene una mayor influencia inquisitoria y el segundo cuando aparece el con el decreto de envío.

Características del sistema mixto

a) primer periodo

1. Instrucción escrita.
2. Absoluto secreto.
3. Encarcelación preventiva y segregación del inculgado
4. Dirección de la investigación al arbitrio del juez, con mayor o menor subordinación al Ministerio Público.
5. Intervalo arbitrario entre los actos.
6. Procedimiento siempre analítico.
7. Decisión secreta o sin defensa o con defensa escrita, en lo relacionado del envío del procesado al juicio o sobre su excarcelación provisoria.

b) segundo periodo

1. Desde aquél momento nace la publicidad.
2. Se emite por el Ministerio Público el libelo de acusación contra el reo, quien de "inquisito" pasó a ser "acusato".
3. Cesa el análisis y comienza la síntesis.
4. Se intima un juicio que debía hacerse a la vista del público.
5. Se da libre comunicación al justiciable y al defensor.
6. Se da noticia de los testimonios de los cuales se valdrá la acusación en el nuevo proceso.

7. El proceso entero se repite en audiencia pública y los actos del proceso escrito no son valederos si no se producen en el proceso oral. En otras palabras, el proceso tiene dos fases: una que comienza con la fase preparatoria o de instrucción, le sigue el juicio o procedimiento principal, cuyo eje central es el debate y la intermediación entre el tribunal y el acusado.

8. Siempre en la audiencia pública, en presencia del pueblo del acusado y de su defensor, el acusador debe reproducir y sostener la acusación; el acusado sus descargos y el defensor exponer sus razones.

9. Debe leerse la sentencia en público. Todo debe seguirse sin interrupción, esto es, sin desviación a otros actos.

2.8 PROCESO PENAL GRIEGO

En el derecho griego, el Rey, el consejo de ancianos y la asamblea del pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres. "El ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas". El acusado se defendía a sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas.¹²

2.9 PROCESO PENAL ROMANO

Alcanza un alto grado de desarrollo y elabora elementos, algunos de los cuales todavía forman parte del proceso penal. Basta con recordar la materia de las pruebas en algunas de las cuales el proceso romano es considerado como un modelo insuperable.¹³

¹² SIRVENT G. Consuelo, et al. Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Editorial Oxford, México 1999.p. 38.

¹³ Idem, nota 12, p.42

Los romanos fueron poco a poco adoptando las instituciones del derecho griego y con el tiempo las transformaron, otorgándoles características muy peculiares que, más tarde, se emplearían a manera de molde clásico, para establecer el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las "legis acciones", la actividad del Estado se manifestaba en el proceso penal público y en el privado. En proceso el privado, el Estado era una especie de árbitro, que escuchaba a las partes y basándose en lo que éstas exponían, resolvía el caso.

Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo que se adoptó el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que eran una amenaza para el orden y la integridad política.

Más tarde durante la monarquía se cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aun a los testigos; juzgaban los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.

El proceso penal público revestía dos formas fundamentales: la Cognitio que era realizada por los órganos del Estado, y la Accusatio, que en ocasiones estaba a cargo de algún ciudadano.

La Cognitio, era considerada la forma más antigua, en la cual el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para conocer la verdad de los hechos, y no se tomaba en consideración al procesado, pues solamente se le daba injerencia después de que se había pronunciado el fallo, para solicitarle al pueblo se le anulara la sentencia.

"La accusatio surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un accusator representante de la sociedad, cuyas funciones no eran propiamente oficiales; la declaración del derecho era competencia de los comicios, de las cuestiones y de un magistrado".

Al principio de la época imperial, el Senado y los emperadores eran quienes administraban justicia; además de los tribunales penales, correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el imperio, el sistema acusatorio no se adaptó a las nuevas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario para que los magistrados, al no existir la acusación privada, obligatoriamente lo llevaran a cabo.

2.10 PROCESO CANÓNICO

La Iglesia, que elaboró un cuerpo propio de derecho penal, construye también un tipo especial de proceso que, primeramente se basaba en los elementos básicos del proceso romano, y después adquiere características propias. Fue la Iglesia quien construyó y fijó el tipo de proceso inquisitorio, e introduce los principios, que llegaron a ser fundamentales, de la inquisitio ex officio y de la independencia del juez para la investigación de la verdad.

"En el Derecho Canónico, el procedimiento era inquisitivo; fue instaurado en España, por los Visigodos y generalizado después hasta la revolución francesa".

Entre las características del sistema procesal inquisitivo se encuentra que en éste era común el uso del tormento para obtener la confesión del acusado, quien se encontraba incomunicado y tenía una defensa nula, pues en la persona del juzgador se reunían las funciones de acusación, defensa y decisión.

Se instituyeron los comisarios, quienes eran los encargados de practicar las pesquisas para hacer saber al tribunal del Santo Oficio la conducta de los particulares, en relación a las imposiciones de la propia Iglesia. Cuando se reglamentó el funcionamiento de la Inquisición Episcopal, le fue encomendada a dos personas laicas la pesquisa y la denuncia de los herejes; y los actos y funciones procesales les fueron atribuidos a los inquisidores.

2.11 PROCESO PENAL COMÚN O MIXTO

Tomando en cuenta los elementos romanos y canónicos fue como nace y se desenvuelve en Italia el proceso penal común (siglo XII), debido principalmente a la labor de los jurisconsultos boloñeses. Este proceso se difundió rápidamente fuera de Italia y dominó hasta la reforma. Este proceso era primordialmente inquisitivo.

El procedimiento penal mixto o común; se implantó en Alemania en el año de 1532 y en Francia en la Ordenanza Criminal de Luis XIV de 1670.

Sus características son las siguientes:

1. Durante el sumario se observaban las formas del sistema inquisitivo (secreto y escrito),
2. Para el plenario, se observaban la publicidad y la oralidad,
3. Para valorar las pruebas, el juez gozaba de libertad absoluta; salvo casos especiales en los que regía el sistema legal o tasado.

2.12 DERECHO PROCESAL DE LA COLONIA

La organización jurídica de la Colonia, fue una copia de la de España¹⁴. El Estado Español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a las de la España. Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales del Derecho Español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades desplazaron al sistema jurídico azteca, maya, etc. En materia procesal, la legislación española tuvo vigencia en el México colonial; en los primeros tiempos fue la fuente directa y, posteriormente tuvo un carácter supletorio para llenar las lagunas del derecho dictado para los territorios americanos sometidos a la corona española.

¹⁴ SILVA SILVA Jorge Alberto, Op. Cit., nota 10, p. 38.

El derecho colonial estaba formado por: Las leyes españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España, por las dictadas especialmente para las colonias de América (y que tuvieron vigor en la Nueva España) y por las expedidas directamente para ésta.

Pero a medida que la vida colonial fue desarrollándose, se presentaron diversos problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular, se pretendía que las Leyes de Indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, los problemas se acumulaban, fue entonces que el rey Felipe II en el año de 1578 recomendó a obispos y corregidores se limitaran estrictamente a cumplir con su cargo y a respetar las normas jurídicas de los indígenas, su forma de gobierno, costumbres, siempre y cuando no contravinieran al Derecho Español.

Durante la colonia, fue indispensable adoptar diversas medidas para frenar las conductas que afectarían la estabilidad de la comunidad y los intereses de la corona española. Es por esta razón que, distintos tribunales, apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos pretendieron regular la conducta de indígenas y españoles. Para la persecución del delito, en sus distintas formas de manifestación, y para la aplicación de las sanciones pertinentes se implantaron: El Tribunal del Santo Oficio, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, Tribunales Especiales para juzgar a los vagos y muchos más, cada uno con sus propias características y organización.

2.13 EL DERECHO PROCESAL DEL MÉXICO INDEPENDIENTE

La proclamación de la independencia no surtió el efecto inmediato de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo después de la independencia la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Feron Real, el Feron Juzgo, el Código de las Partidas, y aplicándose las leyes nacionales.

La influencia de la legislación española siguió haciéndose notar en las legislaciones de México, y las diversas leyes dadas en la República seguían la orientación de España.

En resumen, la proclamarse la independencia nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, con sus respectivos sistemas procedimentales, hasta la publicación del Decreto Español de 1812.

2.14 DIVERSAS LEYES MEXICANAS QUE APARECIERON DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA

1. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana del 22 de Octubre de 1814.
2. Siete Leyes Constitucionales de 1836.
3. Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.
4. Constitución de 1857.
5. Ley de Jurados Criminales de 1869.
6. Código Penal de 1871.
7. Código de Procedimientos Penales de 1880.
8. Código de Procedimientos Penales de 1894.
9. Código de Procedimientos Penales en Materia Federal de 1908.
10. Código de Procedimientos Penales de 1929 y de 1931 para el Distrito y Federal de 1934.

2.15 PROCESO REFORMADO

Se dice que las reformas del proceso penal y las instituciones políticas vienen unidas históricamente, y ello explica que, al surgir la filosofía racionalista y manifestarse los impulsos de libertad que tomaron cuerpo en la segunda mitad del siglo XVIII, surgieron aspiraciones de reforma del proceso penal, que ya resultaba

inadecuado a las nuevas exigencias y a la tutela de los derechos humanos que fueron reivindicados.

Este movimiento de reforma quedó plasmado en las leyes procesales promulgadas durante la Revolución Francesa (1789-1791) y años más tarde en el proceso reformado alemán (1848).

2.16 CODIFICACIÓN MODERNA

El proceso penal en los pueblos civilizados, actualmente, se encuentra regulado por códigos especiales, de los cuales algunos han ejercido en los otros una influencia decisiva y hasta les han servido de modelo.

La Codificación procesal penal moderna está dominada por tres códigos fundamentales:

- 1) El code d'instruction criminelle francés (1808),
- 2) El reglamento de procedimiento penal austriaco (1847) y
- 3) El reglamento de procedimiento penal alemán (1877).

CAPÍTULO III

LA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LAS CIENCIAS Y LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA EL CORRECTO ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

3.1 CIENCIAS AFINES QUE PUEDEN DESARROLLAR UN ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO DEL DELITO

A nuestro parecer el estudio interdisciplinario del delito es fundamental para llegar a comprenderlo en su total extensión; no basta observarlo desde el punto de vista jurídico, pues seríamos egoístas y engreídos al pretender que los juristas poseen conocimientos ilimitados acerca del delito, pues no se trata sólo de un problema jurídico, también se trata de un problema social, en ocasiones de un problema psicológico – individual, que puede llegar a generalizarse, es por tal cuestión que se pretende que para el estudio del delito se compagine el derecho penal con ciencias afines, como lo son la sociología, la criminología y la psicología.

3.1.1 Derecho Penal

El Derecho penal se miró, se estudió, se consideró finalmente como un orden jurídico represivo.¹

¹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ciencia Jurídico Penal, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003. p.391

Basta revisar algunas de las definiciones clásicas entre nosotros de Derecho penal:

Carrancá y Trujillo:

“El conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.”²

Pavón Vasconcelos:

“Es el conjunto de Normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”³

Castellanos Tena:

“Es el conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad y que pueden imponerse a su destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.”⁴

Porte Petit:

“El conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de sanción.”⁵

Cuello Calón:

“EL conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas.”⁶

² GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo. Op. Cit, nota 1, p. 17

³ Idem., nota 1, p. 17

⁴ CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Cuadragésima Edición, Editorial Porrúa, México, 1999. p. 3.

⁵ PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Edit. Jurídica Mexicana, México, 1969, p. 6

⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, tomo I. Edit. Bosch, España, 1968, p.7.

Soler:

“La parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que este acarrea, ello es, generalmente, la pena.”⁷

Jiménez de Asúa:

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”⁸

Von Liszt:

“Es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian crimen, como hecho y pena, como legítima consecuencia.”⁹

Sauer:

“El tratamiento jurídico y ético social del delito.”¹⁰

Fontán Palestra:

“Es la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.”¹¹

Welzel:

“Es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.”¹²

⁷ SOLER. Derecho penal argentino, t I., Edit. TEA, Argentina, 1953, p. 21.

⁸ JIMENEZ DE ASÚA. La ley y el delito, Edit. Hermes, Argentina, 1963, p.18.

⁹ VON LISZT. Tratado de derecho penal, Edit. Reus, España, 1926, p.5.

¹⁰ SAUER. Derecho penal, Edit. Reus, España, 1926, p.5.

¹¹ FONTAN PALESTRA. Derecho penal, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1964, p.30

¹² WELZEL. Derecho penal, Edit., Desalma, Argentina, 1956, p.1.

Maurach:

“Es el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica a un hecho cometido.”¹³

Jescheck:

Conjunto de normas cuya misión es la protección de la convivencia humana en la comunidad.”¹⁴

Mezger:

“Es el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido.”¹⁵

De lo anterior se desprenden características del derecho penal al decirse que es público porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre delincuente y el particular ofendido. Se manifiesta que es interno por que se aplica dentro de los límites jurisdiccionales del Estado.

Así, podríamos seguir invocando definiciones de los más importantes tratadistas del Derecho penal hasta el cansancio; lo importante de este ejercicio es destacar que durante el siglo anterior el derecho penal tuvo por misión la represión sin origen cierto de naturaleza jurídica y siempre un tono amenazante.

Un Derecho objetivo volcado a definir delitos – omnímodamente – y a proferir las amenazas consecuentes de pena, esto es, un conjunto normativo con vocación mortificante y dirigido, vaciado al delincuente, al infractor y a los

¹³ MAURACH. Tratado de derecho penal, t. I, Edit., Ariel, España, 1962, p.3.

¹⁴ JESCHECK. Tratado de derecho penal, Edit. Comares, España 1993, p.1.

¹⁵ MEZGER. Derecho Penal, Edit. Bibliográfica, Argentina 1995, p.27.

potenciales infractores. Eso tuvo por supuesto, sus consecuencias: la más grave y notoria, el desbordamiento del Derecho penal, ante una sociedad cambiante y muy dinámica que exigió, demandó sentida, airadamente, endurecimientos con los violadores de sus bienes y derechos.

Finalmente, si el derecho penal no era sino un conjunto normativo, desde lo objetivo dedicado a definir delitos y conminar con pena su comisión y nada más, y desde el puntote mira subjetivo, no era más que la regulación del ius puniendi a través de las complejas reglas de la llamada parte general de los ordenamientos, el objeto de estudio que ocupó las más claras inteligencias fue necesariamente el delito como instituto jurídico – formal, capaz de lesionar o poner en riesgo un bien jurídico. Los tratamientos doctrinario en torno a pena, delincuente y víctima, debiendo haber mantenido una jerarquía similar a la del delito, fueron sin embargo objetos de estudio secundarios y postergados.

Estamos, como inercia del pasado más inmediato aún bajo el concepto de un derecho penal represivo montado en los rejugos de las filias y fobias políticas y en el mejor de los casos en los productos de la democracia que permite a través de representatividad popular, legislaciones surgidas del ingenio de quienes tienen y mantienen el poder, la atribución de “hacer leyes”. Legisladores omnímodos que pueden definir, sin más, establecer entre nosotros los mexicanos, según la lamentable y novedosa expresión vigente desde 1996, en la fracción XXI del artículo 73 constitucional, , “los delitos y fijar las penas”.

Entendido de todo lo anterior descrito se podría sintetizar que el derecho penal se observa de la siguiente manera: Conjunto de normas jurídico - positivas reguladoras del poder punitivo del estado que definen como delitos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad.

Lo mal logrado y concebido que se tiene del derecho penal nos conlleva a una reflexión ¿no es acaso encargado el Derecho penal ser el encargado de los derechos fundamentales? ¿Acaso no debería ser precisamente el Derecho penal quien regule y proteja nuestras normas de convivencia?. Actualmente se cataloga al Derecho penal como un derecho público y le da la misma categoría a este que a un derecho administrativo, fiscal, constitucional y lo pone a la par también con los derechos denominados privados, como lo son el derecho mercantil y el civil. De acuerdo al estudio que se pretende realizar y a los conocimientos que se quieren transmitir en la presente tesis, se tendría que observar al derecho penal ubicado y estructurado de la siguiente forma (semejando a una célula) , para el correcto entendimiento hay que remitirse a la siguiente figura:

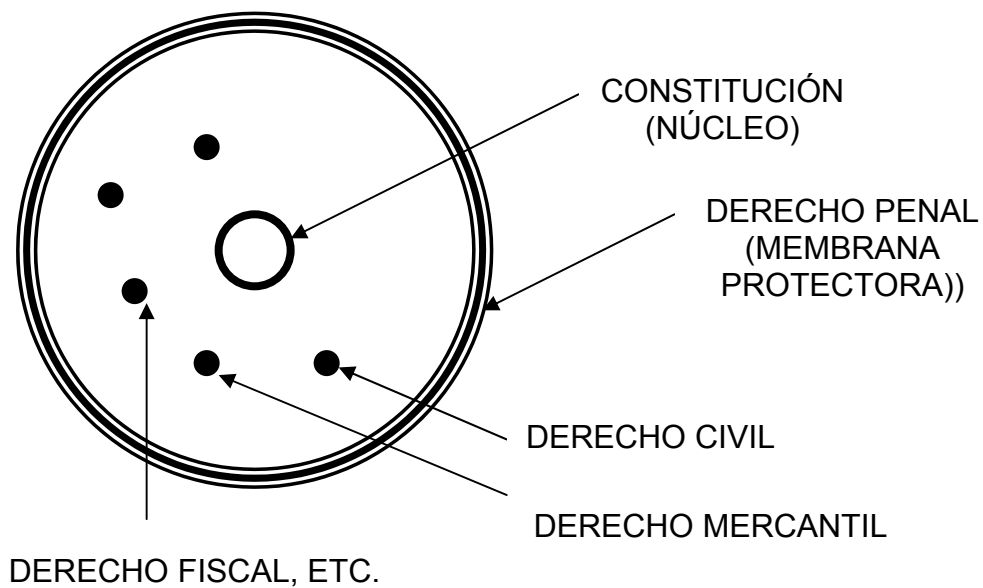


FIGURA 1. . La Célula del Derecho Penal

De esta manera se estaría ubicando a la Constitución, como norma suprema que es, en el centro de nuestra célula, es decir el núcleo, lo más importante, y como no serlo si es en ella en donde se encuentran plasmados nuestros derechos fundamentales más valiosos. Después se localizan el derecho civil, mercantil, fiscal, administrativo, etc., como un conjunto, un sistema que

interactúa entre sí y da vida a la célula. Como ultima ratio encontramos al Derecho penal, como una membrana protectora, gruesa, fuerte, que protege a todos los elementos de la célula y al núcleo, por ende a los derechos fundamentales.

Precisamente es el derecho penal quien va a prevenir y a defender que nada lastime a la célula y a su núcleo.

Una vez analizado todos los conceptos multicitados del Derecho penal, sería incongruente e ilógico que no se llegara a elaborar un concepto propio, por lo cual se considera desde un particular punto de vista con la siguiente acepción:

“Ciencia que estudia los derechos fundamentales emanados de la Constitución para proteger y preservar el bien jurídico inherente a cada persona”. Estos es, el derecho penal es más que un “Conjunto de normas” pues nos estaríamos reflejando como normativistas, el derecho penal requiere un estudio a profundidad, que va más allá de códigos y leyes.

3.1.2 Criminología

La criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado.¹⁶

En Alemania el criminólogo, Kaiser la define como: El conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente desviado y sobre los controles de esta conducta. Los alemanes no contemplan la figura de la víctima.

¹⁶ ROMO MEDINA, Miguel. Criminología y Derecho. 2ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1989. p. 6.

La criminología aporta un conjunto de conocimientos verificables, comprobables por el método y técnicas se trata de una ciencia empírica (se basa en la observación) e interdisciplinaria. El objetivo es el delito, el delincuente, la víctima y el control social.

En una acepción restrictiva se podría decir que la criminología se limita a la investigación empírica del delito, personalidad del autor y la ejecución de la pena. Esto produce la catalogación de los delincuentes. Esta acepción restrictiva se centra en el estudio del delincuente sin entrar en el control social.

En una acepción extensiva, se tiene en cuenta las transformaciones del concepto de delito, la criminalización y el control del comportamiento desviado.

La criminología nace de la antropología, pero también nace de la psicología, de la biología y de la sociología. A partir de aquí se crea un núcleo de términos sólidos, será la ciencia que aglutinará el conocimiento de todas estas ciencias. Es una ciencia que tiene un objeto claro (el crimen, del delincuente, de la víctima y del control social). Basándose en el método inductivo fue el que adoctrinó la criminología.

No hay ninguna supremacía de una ciencia sobre las otras en criminología. Siempre se ha englobado dentro del derecho.

Con el movimiento de la colectividad, es decir, de la sociedad nos vemos reflejados y afectados todos los integrantes de una u otra manera, así también el delito y los crímenes cometidos por los actores de esta cambiante sociedad, así tenemos los conceptos de hipercriminalización y descriminalización.

Se hace necesario regular/criminalizar (nuevas conductas se convierten en delito). En el nuevo Código Penal aparecen nuevos delitos como los de manipulación genética, lesiones al feto o delitos contra la ordenación del territorio.

Se incide en la complejidad del sistema, sobretudo en los crímenes económicos (de cuello blanco). Esto es lo que se conoce como hipercriminalización.¹⁷

Frente al proceso de hipercriminalización asistimos a una descriminalización,¹⁸ es una consecuencia lógica de la hipercriminalización, ya que se entiende que si aumentan el número de conductas tipificadas como delito, se aumentan los gestores de control del delito (jueces, policía...) estos se verán desbordados. De la misma manera que la sociedad exige que ciertos delitos se tipifiquen, la sociedad exige que ciertos crímenes dejen de serlo.

La Criminología aborda el tema criminal desde un punto de vista distinto a la del Derecho Penal. La función del jurista es analizar esa conducta y decidir si es asesinato, homicidio; La labor del criminólogo es el análisis de la realidad circundante que rodea al delito, le interesa el hecho global, la personalidad del autor, dejando en un segundo plano la tipificación jurista. El penalista califica y el criminólogo analiza.

Se puede afirmar que existe un ámbito específicamente criminológico en la realidad criminal. También existe un campo previo al crimen, un delincuente recibe el estigma penal cuando vulnera una Ley, la Criminología se adelanta a la comisión del delito. No sólo actúa a priori son que también lo hace a posteriori e incluso después del cumplimiento de la pena. El Derecho Penal tiene un enfoque normativo, la criminología estudia la personalidad del autor y los círculos sociales próximos al crimen. Para la Criminología, el crimen es un hecho colectivo, la Criminología tiene un ámbito internacional, en el sentido de que estudia el fenómeno criminal más allá de las fronteras, no queda encorsetada por la legislación de cada país.

¹⁷ Ibidem., nota 30, p. 13.

¹⁸ Ibidem., nota 31, p.14.

Una de las primeras funciones de la Criminología es el conocimiento científico del hecho criminal. El objetivo es aportar conocimientos sobre el fenómeno criminal, estos conocimientos deben de tener la etiqueta de conocimientos científicos, será el equivalente a conocimiento certero / fiable.¹⁹

Es a través del método de la Criminología (método interdisciplinario, técnicas empíricas) como se puede reducir el subjetivismo en este caso. La Criminología aportará un diagnóstico cualificado, fiable del hecho criminal.

No sólo debe ser una aportación de conocimientos, sino que ha de ser un conjunto de saberes sistematizado no aislado. El conocimiento es mucho más que una suma o acumulación de datos, la Criminología es el conjunto ordenado, sistematizado de saberes sobre el delito, delincuente, víctima y control social.

Una de sus funciones es ser una central de informaciones, con la aportación de la informática, nadie puede poner en duda de que la criminología puede convertirse en una gran central de información. Así podrá aportar datos relevantes para el legislador y ciencias penales.

Pero su objetivo no es la recogida de datos, su función será analizar e interpretar esos datos con arreglo a una teoría. Hay que procurar tener un cuerpo de conocimientos que se sustente en una teoría.

Aparece también como una ciencia práctica, ha de aportar soluciones a problemas concretos, de ahí que se considere una ciencia práctica que aporta soluciones útiles a los fines de la policía, legislador, ciencia penal y ciencia penitenciaria.

¹⁹ ARROYO JUÁREZ, Mario. Apuntes del maestro de la cátedra de criminología, Universidad Villa Rica, Boca del Río, Veracruz, México 2004.

Se ha mantenido que la Criminología debe centrarse en la lucha o control de la criminalidad, no corresponde a la criminología esa lucha o control que corresponde a los poderes públicos. Su función es el saber criminológico, aportando datos para combatir el crimen.

Otra de las funciones es la legitimación o crítica del control social, en este sentido la Criminología nunca adopta una postura neutral, la Criminología o bien defiende un status establecido (Criminología conservadora) o adopta una postura crítica del orden social, el teórico de la Criminología o bien está a favor de la sociedad estatalmente organizada u opta por defender a las minorías. Aquí se plantean dos corrientes, la positivista que mantiene que el sistema social es bueno y el delincuente es malo, opinan que la pena es benefactora o parten de la idea de que el que falla es el sistema imperante, el orden social el delincuente no es más que una víctima del orden social, la delincuencia es una consecuencia de lo anterior, el fin de la pena ha de ser resocializar o reeducar, esta corriente es la llamada del etiquetamiento.

Lo que se mantiene con esto es que no se puede ser neutral. O se es partidario de una teoría o de la otra.

3.1.3 La Sociología

Son muchas las definiciones que se han ensayado con el objeto de delimitar el concepto de Sociología: Littré, la define como la “ciencia del desarrollo de las sociedades humanas”.²⁰

Max Weber, como una ciencia que se propone entender el obrar social interpretando su sentido. Bouman la define como la “ciencia de la vida humana tal como se desarrolla en grupos u otras referencias sociales”; otros autores la

²⁰ ROMO MEDINA, Miguel. Op. Cit., nota 30, p. 64

denominan sencillamente “ciencia de la sociedad” o “ciencia de las sociedades”. Augusto Comte, su creador, la ideó a la manera de una “física social”, que se encarga del estudio de las entidades sociales, de las sociedades humanas tal y como son, pero no como debieran ser, esto es, prescindiendo de todo juicio de índole normativo o axiológico, a la manera de las ciencias naturales, causales explicativas, que se caracterizan por el empleo del método denominado “positivo”. Se quiere decir con esto que la Sociología no pretende encauzar en forma alguna la vida de las sociedades, sino realizar el estudio ordenado, sistemático, científico, de los fenómenos sociales - de los cuales el delito es sin duda el más grave e inquietante - de la misma manera que la física se encarga de estudiar la mecánica de los cuerpos, y la química las combinaciones y reacciones de las sustancias.

3.1.3 .1 Sociología criminal

Según su fundador, Enrico Ferri, la sociología criminal es una ciencia de observación positiva que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética de los delitos y las penas.²¹

La sociología criminal no estudia el problema de la criminalidad más que en uno de sus muchos aspectos. Se ocupa sólo de la relación que existe entre el autor del delito, como sujeto activo, con la sociedad. Estudia el acto delictuoso como un acto puramente objetivo. Las condiciones internas que motivan el hecho, y la manifestación de la voluntad, son del resorte de otra ciencia, la Psicología Criminal, importante auxiliar de las demás ciencias que con el problema que venimos estudiando se relacionan.

²¹ Ibidem., nota 30, p. 66.

La sociología criminal se diferencia de la sociología general en que, mientras la primera se ocupa únicamente del fenómeno de la criminalidad, la segunda estudia todos los fenómenos en general que influyen y modifican el desarrollo y progreso evolutivo del organismo social.

La sociología criminal se auxilia de las siguientes ciencias para poder cumplir bien su cometido: de la Antropología Criminal, Etnografía, Psicología Criminal, Psiquiatría, Neurología; en fin, de la Estadística Criminal, base ordinaria y eficaz de todas las observaciones sociológicas.

La noción de la criminalidad de un acto, depende del juicio que se haya formado la mayoría de los miembros del grupo social, acerca del acto que se ha reputado como criminoso; la opinión de la mayoría es un término medio y corresponde a las ideas y sentimientos aceptados por la mayor parte de los ciudadanos. Toda idea o acto contrario a esa opinión son considerados como punibles y, por consiguiente, criminales. Pero todo depende de haberse expresado la idea o cumplido el acto. La concepción de la criminalidad es esencialmente relativa, y su realidad está en relación con cada una de las sociedades existentes y con el grado de evolución de las mismas.

La criminalidad, entendiéndolo por tal concepto la infracción de la ley penal, se nos revela como un fenómeno de la naturaleza social, en el sentido de ser el fruto de la vida en sociedad, pues el hombre en el estado de aislamiento absoluto, no podría llegar a ser un criminal, pues el individuo en estas condiciones gozará de derechos absolutos sin deberes correlativos, y su conducta no podría ser considerada ni social ni antisocial. La voluntad del individuo criminal pierde el sentimiento de la solidaridad y se coloca en franca rebeldía contra esa voluntad colectiva expresada por medio de una ley, un hábito o una costumbre.

¿Estando en el más completo aislamiento, puede el peor de los criminales cometer un asesinato? Seguramente que no, pues para que exista el delito es menester la presencia de un agresor y una víctima.

Por todo lo hasta aquí expuesto, es un hecho innegable que el crimen, social en su origen, se torna antisocial en sus consecuencias.

En la criminalidad podemos observar un verdadero conflicto de voluntades: de un lado, la voluntad perversa del hombre delincuente, siempre dispuesto a atentar contra la vida, honra y bienes de sus conciudadanos, y de otro lado, la voluntad de la colectividad, siempre alerta a defender no sólo el patrimonio económico sino también el patrimonio moral de todos los elementos que la constituyen. La infracción es, pues, el producto de dos factores: factor individuo y factor sociedad. Cada uno de estos factores tiene una acción propia y caracterizada en la evolución y producción del fenómeno sociológico y criminal.

3.1.4 La Psicología

La Psicología Jurídica es un área de trabajo e investigación psicológica especializada cuyo objeto es el estudio del comportamiento de los actores jurídicos en el ámbito del Derecho, la Ley y la Justicia.²²

Esta área está reconocida por Asociaciones y Organizaciones de nivel nacional e internacional de Psicología Jurídica y/o Forense.

El campo de la Psicología Jurídica que estamos intentado definir según va consolidando sus tareas de forma específica debe establecer sus límites y sus estados fronterizos con otras áreas psicológicas con las cuáles colabora interdisciplinariamente.

²² ROMO MEDINA, Miguel. Op. Cit., nota 30, p. 75.

3.1.4.1 Funciones de la psicología jurídica

Las funciones del Psicólogo Jurídico en el ejercicio de su Rol Profesional incluye entre otras, las siguientes funciones:

1. Evaluación y diagnóstico.

En relación a las condiciones psicológicas de los actores jurídicos.

2. Asesoramiento.

Orientar y/o asesorar como experto a los órganos judiciales en cuestiones propias de su disciplina.

3. Intervención.

Diseño y realización de Programas para la prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los actores jurídicos bien en la comunidad, bien en el medio penitenciario, tanto a nivel individual como colectivo.

4. Formación y educación.

Entrenar y/o seleccionar a profesionales del sistema legal (jueces y fiscales, policías, abogados, personal de penitenciarías, etc.) en contenidos y técnicas psicológicas útiles en su trabajo.

5. Campañas de prevención social ante la criminalidad y medios de comunicación.

Elaboración y asesoramiento de campañas de información social para la población en general y de riesgo.

6. Investigación.

Estudio e investigación de la problemática de la Psicología Jurídica.

7. Victimología.

Investigar y contribuir a mejorar la situación de la víctima y su interacción con el sistema legal.

8. Mediación.

Propiciar soluciones negociadas a los conflictos jurídicos, a través de una intervención mediadora que contribuya a paliar y prevenir el daño emocional, social, y presentar una alternativa a la vía legal, donde los implicados tienen un papel predominante.

3.1.4.2 Procedimientos, Técnicas e Instrumentos

El Psicólogo Jurídico utiliza en su trabajo técnicas de evaluación psicológica al uso, esforzándose en desarrollar instrumentos de evaluación adecuados al contexto de aplicación.

Una tarea básica de los Psicólogos Forenses es el diagnóstico y evaluación de personas implicadas en procesos penales que servirá de asesoramiento a los Jueces y Tribunales, para determinar las circunstancias que puedan modificar la responsabilidad criminal, daño moral, secuelas psíquicas, etc.

Existen algunos profesionales que trabajan en las clínicas forenses a disposición de Juzgados y Tribunales; fundamentalmente estos psicólogos están haciendo diagnóstico-pericial de presuntos delincuentes y de víctimas.

Sus funciones son:

- Emitir informes sobre psicología del Testimonio.
- Emitir informes para Jueces y Tribunal de acusados y víctimas.
- Seleccionar y dinamizar los Jurados.
- Asesorar y mediar en asuntos de Vigilancia Penitenciaria.

En el ámbito Privado:

- Perito.
- Asesor del Abogado.
- Colaborador con el Abogado (trabajo interdisciplinar en todo el procedimiento).
- Mediador.

3.2 EL DELITO

El Delito es todo aquello que va contra las normas, según el principio de ofensividad, cuando una conducta dañosa socialmente es susceptible a ser delito. En un delito hay una lesión de un valor o de un bien jurídico. El código penal protege los intereses o bienes jurídicos mediante sanciones²³. Existen dos conceptos dentro del término infracción:

- Faltas, ataques a bienes jurídicos no importantes.
- Delitos, ataques a bienes jurídicos muy importantes
- Ilícitos civiles, ataques no importantes

Se puede decir entonces que el delito es consecuencia de factores sociales. Desde la antigüedad a determinadas conductas se les atribuye el término delito, con ello asistimos a una evolución en el concepto de delito. Lo que sí es obvio es que la tipificación de una conducta como delito, ha servido a la sociedad para controlar dichos delitos. Así se puede delimitar, describir y reprimir formas de conducta criminal. Los destinatarios de estos tipos de conductas han sido las capas más bajas de la sociedad. El concepto tradicional de delito ha sido un concepto para la disciplina de esas clases.

El concepto de delito en criminología es muy discutido, ya que lo que hoy es delito, mañana puede no serlo. El Derecho Penal se ocupa del delito desde el punto de vista de las normas.

¿Existe un concepto criminológico de delito? ¿El concepto de delito, en Criminología está supeditado al concepto de delito en Derecho Penal?

²³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1990. p. 129.

En Criminología cuando se configura el concepto de delito, este concepto viene de manos de la ciencia del Derecho Penal, es quien establece el concepto de delito. La Criminología no puede hablar de delito si no está recogido en el Código Penal. Si tratamos de sustituir el concepto jurídico, tendríamos que acudir a otros conceptos. Una conducta se convierte en delictiva cuando está tipificada en el Código Penal como delito.

Ni una conducta desviada es delito, ni todo delito es considerado como comportamiento desviado.

El delito se puede definir desde distintos puntos de vista, ya sea de una manera coloquial, sociológico, criminalístico, doctrinal, legal, etc, sin embargo, para lo que interesa, el apuntamiento sobre la noción del delito será desde el aspecto jurídico penal.

Este se visualiza desde dos ángulos: jurídico formal y jurídico sustancial:²⁴

a) Concepto jurídico-formal del delito. El delito desde el punto de vista jurídico formal se remite a las conductas típicas que traen como consecuencia una penalidad. Es decir, que la propia ley amenaza imponiendo alguna pena a la acción u omisión llevada a cabo por el individuo, siempre y cuando con esa conducta se violenten los valores jurídicos protegidos por la propia ley, confiriéndoles así la forma de delitos.

El artículo 7º del Código Penal Federal sigue este concepto al enunciarlo así: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”

b) Concepto jurídico-sustancial del delito. El delito desde el punto de vista jurídico sustancial, contrariamente a lo que sucede en la noción jurídico-formal,

²⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel. Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002., nota 3, p. 56.

aquí el delito se constriñe al número de componentes de que consta. De esta guisa se desprenden dos corrientes: *unitaria o totalizadora* y *atomizadora o analítica*.

Conforme a la corriente *unitaria o totalizadora*²⁵, Fernando Castellanos Tena nos dice al respecto, “El delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico”. Edmundo Mezger por su parte, construye una definición jurídico-sustancial,²⁶ señalando que el *delito es la acción típicamente antijurídica y culpable*.

Cuello Calón, en su libro de Derecho Penal, Dice que el *delito es la acción humana antijurídica, típica culpable y punible*.

Por su parte, Pavón Vasconcelos, define el delito como *la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible*.²⁷

De lo anterior se colige que conforme a esta corriente, el delito es un módulo que no permite segmentaciones.

Desde el punto de vista de la corriente *atomizadora o analítica*, el delito es la deducción de diversos componentes que en su generalidad lo componen y le dan existencia al delito. Es decir, que sin rehusar la unidad del delito es menester su estudio por razón de su separación.

Los partidarios de esta corriente no se ponen de acuerdo, mientras unos expertos imprimen un número, otros lo conforman con más elementos, y así surgen las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómica, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc.

²⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit., nota 18, p. 129.

²⁶ MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal,t.I, Madrid 1955, pag. 156,

²⁷ PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, quinta edición, Edit. Porrúa, pág. 159,

Por ejemplo, si el delito está compuesto por la *conducta típica*, entonces es una corriente bitómica. Si está compuesto por la *conducta, tipicidad y antijuridicidad*, se dice que es una corriente tritómica. Sería tetratómica, si consta de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Es corriente heptatómica, si el número de elementos consta de *conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad*. Es hexatómica si los elementos lo conforman la *conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad*. Es corriente heptatómica si los elementos son, la conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condiciones objetivas.

3.3 EL DELINCUENTE

El delincuente es la persona física que lleva a cabo la conducta delictiva. Al delincuente, también se le llama agente o criminal, independientemente de su edad, sexo o nacionalidad.²⁸

En la terminología jurídico penal, también se conoce al delincuente como sujeto activo o agente; en la criminología también se le llama criminal o antisocial, e incluso desviado; en el derecho procesal puede conocerse como indiciado, presunto responsable, inculcado, procesado, sentenciado y reo.²⁹

La distinción entre cada uno de estos últimos términos, atiende a cada fase del proceso penal, o sea, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena.

Como ya se estableció, el derecho penal gira en torno a la ley, al delito, al delincuente y a la pena. No se podrá pasar en alto al protagonista del crimen, sería absurdo no tratar de analizar que existe, a causa del sujeto activo, por ésta razón la criminología y el derecho penal tratan de analizar a fondo al crimen desde varios

²⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit., nota 2, p. 98

²⁹ PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. Op Cit., nota 41, p. 99.

enfoques, para saber porqué las conductas de estas personas, he aquí la importancia a la que se debe poner más atención (Teoría del Delincuente).

El crimen nace con el hombre, cuando no existía un orden jurídico ni una sociedad organizada.

El hombre aún no articulaba palabras, pero sin duda alguna, ya desarrollaba conductas y actos que afectaban a la sociedad, de ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica por medio del surgimiento del derecho penal.

La personalidad del delincuente siempre ha sido objeto de investigación. Son los factores de la personalidad los factores fundamentales en la génesis del delito, hace que la psicología tenga una función importante.

La Criminología reconoce al delincuente y dice cómo se le combate. Todos los estudios se han centrado en la figura del delincuente, se ha tratado siempre de buscar la justificación de la delincuencia en caracteres patológicos, se ha buscado algo que distinguiese al criminal del que no lo es.

En 1961 se descubre una malformación cromosómica (cromosoma XYY) se cree haber encontrado la causa de la criminalidad, sin dejar de tener en cuenta las estructuras psicopatológicas de la criminalidad.

Del delincuente se ha hablado mucho, se ha tratado de retratar al delincuente físicamente, también sus características psíquicas, así se afirmará que tiene un grado de neuroticismo, predisposición al riesgo, agresividad espontánea, impulsivos, etc...

Después de la II Guerra Mundial, se potencia la idea de que la criminalidad no sólo responde a la idea de delincuente, éste deja de ser el epicentro del estudio.

Empiezan a observarse las características sociales como elementos determinantes del fenómeno criminal, se sigue observando al delincuente pero dentro del ámbito social como causa predominante. Se va a observar el comportamiento socialmente negativo de los marginados, se diferencia la delincuencia de la clase alta y clase baja, diferencias entre criminales jóvenes y criminales adultos y se incide en la criminalidad femenina.

Si todos los estudios se habían concentrado en el delincuente, hoy en día se estudia al delincuente dentro de un sistema.

3.4 EL CONTROL SOCIAL

Es el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales, que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. El control social es importante ya que en toda sociedad hay una lucha entre el individuo y la sociedad. La sociedad necesita ejercer su dominio sobre el individuo, así despliega una gama de mecanismos que aseguren la conformidad del individuo a las normas sociales.³⁰

Hay dos tipos de control social uno de ellos informal³¹ que viene constituido por la familia, escuela, trabajo, amigos, etc... y a su vez un control social formal³² constituido por policía, la justicia, por la administración penitenciaria...

El control social informal pretende, a través de sus agentes, condicionar la conducta del individuo a las normas sociales, pretende que el individuo interiorice unas pautas de comportamiento que son aprendidas y transmitidas de generación en generación, es cuando un individuo no aprende estas normas cuando entra el control social formal a través de la coacción.

³⁰ ROMO MEDINA, Miguel. Op. Cit., nota 30, p. 106

³¹ Idem., nota 30, p.108

³² Idem., nota 30, p. 110

El control social informal:

A) LA FAMILIA

Desde un punto de vista cultural, la familia constituye un grupo mínimo fuertemente organizado, está constituido por los cónyuges y los descendientes. Se dan aquí dos tipos de relación, una relación entre cónyuges y una relación paternofamiliar, en la cual la figura del padre simboliza la autoridad y la dominación. Esta dominación y superioridad, se traslada al dominio de las actividades económicas, junto con la relación conyugal, está la relación de los padres con los hijos, la madre es el elemento fundamental de las relaciones afectivas, el padre define el status familiar dentro de la sociedad, la madre como centro educativo y disciplinario. Para que este núcleo funcione uno de los dos miembros tiene que dedicarse a la organización. El hombre desempeña una gran función, de esta manera atrae a la mujer y se reafirma su valor personal y su confianza en sí mismo. La madre es el modelo de disciplina, quiere que sus hijos se conviertan en ciudadanos tolerantes que se adapten al mundo adulto. La madre tiene un gran problema, la niña, aprende directamente sus ocupaciones futuras, pero el niño no encuentra en el padre el modelo, el niño se da cuenta de la valoración interior de la mujer, descubre que se le está criando como mujer, eso explica que ante el hecho de que el niño observe los patrones de conducta de la mujer reaccione de manera violenta contra la disciplina de la madre. El padre ha perdido la capacidad de figura a imitar, aparecen otras instancias paralelas a la del padre (colegio, barrio, t.v., amigos...). El padre llega a ser una figura abstracta de autoridad que para mantener su status se ha de convertir en un "superpadre", eso conlleva que el hijo acepte fácilmente toda forma de autoridad mientras sea presentada con fuerza. La madre pasa de ser un ente amoroso, a planificar la educación de los hijos, racionaliza sus actitudes y el cariño que ha de dar a los hijos.

No es de extrañar que en el siglo XX el papel principal de la familia se centre en la función ideológica, en la transmisión de modelos de autoridad. La familia en el siglo XX ha formado para la sociedad una serie de individuos que desde la infancia

están sometidos a la autoridad familiar, que en la época adulta valorarán la autoridad, la rigidez. Su visión de la sociedad se regirá con la convencionalidad, se valorará todo lo masculino, el poder y el poder de la propiedad.

Se produce la intolerancia hacia todos aquellos que no son igualmente fuertes y poderosos, se rechaza todo lo que es diferente, la mujer, las emociones, la pobreza, se rechaza la falta de conocimientos. De esta manera la fuerza del padre se realza.

B) LA ESCUELA

Sería la segunda instancia de control social informal, reproduce la misma función autoritaria, el maestro exige una serie de actitudes que han de ser aceptadas in que el alumno pueda emitir ningún juicio de desaprobación, si lo hace será rebelde y esto es peligroso para los demás.

C) PLANO LABORAL

Sigue estando marcado por la autoridad, trascendencia que supone para el trabajador su empleo (salario, posibles ascensos...). Se juntan dos puntos, que el trabajador se sienta útil y la posibilidad de recibir un salario. En el mundo laboral se dan criterios de autoridad, los intereses de las instancias productoras y los intereses del estado van paralelos. Cualquier exigencia laboral, pasa a ser un ataque al orden social, será en realidad una acción criminal.

Las mayores garantías de éxito, no pasan por un endurecimiento del control social formal, pasan sobretodo mediante una adecuada conjunción de las dos instancias del control social, no ha de haber una supremacía de una sobre la otra.

3.5 LA VÍCTIMA

La victimología se ha definido en el simposio, en Jerusalén 1973. En este simposio se definió a la victimología como el estudio científico de la víctima.

Gulotta, 1976, entiende que la victimología es la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, sus relaciones con el delincuente y e papel que ha desempeñado en la génesis del delito.

La víctima siempre ha sido la gran olvidada, la Criminología siempre se ha centrado en estudiar al delincuente, la etología del crimen, la profilaxis del mismo, pero en ningún caso a la víctima hasta 1973. Incluso el Derecho Penal, todo el proceso penal gira alrededor del delincuente, pero la víctima aparece desprotegida cuando ésta necesita resocialización y reinserción.³³

A partir de la II Guerra Mundial, se produce la autoafirmación de la victimología. Esa desconsideración hacia la víctima tiene su razón de ser. La víctima había sido neutralizada ya que en momentos históricos la justicia punitiva se realizaba por la víctima, esta situación se ve superada a partir del S. XVIII, cuando aparece el "Ius Puniendi" (derecho de castigar) por parte del estado. Esto supuso el enjuiciamiento de los delitos desde el punto de vista de la colectividad, es cuando la víctima cae en el olvido.

El delincuente despierta sentimientos de curiosidad, "ninguna víctima ha pasado a la historia".

³³ COLÓN MORÁN, José. Los Derechos de la Víctima del Delito y del Abuso del poder en el derecho penal mexicano, 1ª Edición, Editorial Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México 2003.p. 3.

Los orígenes de este movimiento se deben a dos autores, Von Henting (alemán) y Mendelsohn (Israelita). El mérito de Von Henting, es haber explicado de una manera clara la relación existente entre la víctima y el agresor, habla de “pareja criminal”. Es a partir de este concepto que se baraja la idea de que el hecho criminal no es más que una interacción entre el agresor y la víctima, hizo clasificaciones de las víctimas, también hizo un estudio psicológico de éstas.

Mendelsohn hizo también una clasificación y acuñó el término Criminología, divide a las víctimas en 5 grupos.

- Víctimas totalmente inocentes, son aquellas víctimas que no han hecho nada para desencadenar la acción criminal, son totalmente ajenas a la actividad del delincuente.
- Víctima provocadora, incita con su conducta al hecho criminal.
- Víctima por ignorancia, es aquella que da facilidades para su propia victimización sin saberlo.
- Víctima voluntaria, pone de manifiesto una colaboración con el delincuente (eutanasia).
- Víctima agresora, hay dos tipos. Simuladora, es aquella que acusa falsamente. Víctima imaginaria, inventa su propia condición de víctima cuando no se ha producido ninguna infracción.

El interés por la victimología viene dado por tres factores:

1) Se perfeccionan y proliferan las encuestas de victimización (encuestas que se realizan entre la población general). En el año 70 hay una proliferación de estas encuestas, permiten obtener datos reales sobre la población victimizada. Así disminuye la cifra negra de los delitos.

2) Feministas llaman la atención sobre la violencia que se dirigía hacia la mujer.

3) Se debe a las aportaciones de la psicología social, que elaborará un conjunto de teorías que serán utilizadas para explicar determinados comportamientos y resultados victimológicos. Toda esta fase de consolidación terminará con el primer Simposio internacional sobre victimología en 1973. En 1976 se edita "Victimología", ciencia especializada. En 1980 es cuando se crea la sociedad internacional de victimología.

La victimología se preocupará por las indemnizaciones a las víctimas, elaborar y ejecutar programas de ayuda a las víctimas, realizará estudios para dar una mayor comprensión del fenómeno criminal, centrándose en la predisposición victimaria de determinadas personas, con el fin de elaborar programas de prevención.

3.5.1 Clasificación de las víctimas³⁴

A) VICTIMIZACIÓN PRIMARIA

Es una experiencia individual, directa de la víctima en el delito, esta experiencia supondrá diversas consecuencias en la víctima, de índole física, psíquica, económica, social, etc.

Tras la comisión del delito, los daños que pueda sufrir la víctima, no sólo pueden ser daños físicos, sino que también un severo impacto psicológico. Tras una agresión la víctima se siente impotente con miedo a que la agresión se repita (ansiedad, angustia o abatimiento), e incluso sentimientos de culpabilidad con relación a los hechos.

³⁴ COLÓN MORÁN, José. Op. Cit., nota 47, p. 18.

La respuesta de la sociedad no siempre es solidaria, en el mejor de los casos compasión.

B) VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

No es la relación víctima agresor, sino la relación de la víctima con el sistema jurídico penal.

Eso supone una segunda experiencia, puede ser más cruel que la victimización primaria, porque el contacto de la víctima con la administración de justicia, despierta sentimientos de índole variada (perder el tiempo, malgastar el dinero, ser incomprendida, no se le escucha...). En muchas ocasiones las víctimas tienen el sentimiento de convertirse en acusada (delitos de violación).

La victimización secundaria es más perniciosa que la primaria, es el propio sistema el que victimiza a quien solicita ayuda, justicia, protección.

C) VICTIMIZACIÓN TERCIARIA

Es una victimización del delincuente, en ocasiones el delincuente puede convertirse en una víctima institucional, en determinadas situaciones se le puede considerar víctima de unas estructuras injustas, circunstancias que le llevarán a la comisión del delito. Esta marginación social es debida al interés de determinados grupos dominantes, con ello quieren seguir con esa posición de privilegio. Es con estos delincuentes con los que el estado utilizará toda su fuerza.

Al hablar de victimización terciaria, se puede pensar que se produce una primera victimización debido a esas estructuras injustas, pero una vez que se entra en la prisión se produce la victimización penitenciaria, se produce fundamentalmente por el hacinamiento, sobrepoblación de los centros penitenciarios.

Al claro factor criminógeno de la cárcel, habría que añadir que también es un claro factor victimógeno. Al condenar a un individuo se le condena no sólo a la privación de libertad, sino que también se le condena a su propia victimización.

La victimización carcelaria, destaca por su crueldad, tratos vejatorios, dificultad laboral, la consecuencia es la ociosidad - el recluso tiene demasiado tiempo dedicado a la inactividad. Pero también hay agresiones sexuales... Ley del terror y Ley del silencio, existencia de mafias carcelarias, circulación de drogas... Ante esta situación no es de extrañar que el recluso recurra al suicidio o supuestos de anorexia. Hay una pérdida de interés, de iniciativa, de cualquier valor. No es de extrañar que los individuos estén dispuestos a matar, llegados a esta situación existe una responsabilidad de la administración.

Los reglamentos de los centros de "readaptación social" nos dicen que la administración deberá velar por la vida e integridad física de los internos.

En el aspecto meramente sexual, la agresión no supone la liberación de tensiones sexuales, la agresión sexual no es más que la conquista y degradación de la persona. La introducción de la visita íntima sólo puede minimizar el problema sexual, pero no anularlo. Las víctimas de este tipo de agresiones sexuales tienen un bajo prestigio dentro del mundo carcelario, las víctimas aparecerán como individuos leves, como individuos que no han sabido resistir como hombres las agresiones sexuales de sus compañeros. Estas violaciones no son en gran mayoría denunciadas.

Una derivación de victimización terciaria es la victimización postpenitenciaria. El condenado que haya cumplido su pena debe ser plenamente reintegrado como ciudadano con todos sus derechos. La realidad es muy distinta, la victimización carcelaria concluye cuando el individuo es puesto en libertad en una sociedad hostil, el individuo encontrará dificultades para reinsertarse en una

sociedad despiadada e insolidaria. No debe extrañar que exista reincidencia, el delincuente víctima se ve forzada a desempeñar un papel de victimario.

Para la victimología, en el homicidio hay algo más que el acto violento de matar a una persona, la victimología ha puesto de manifiesto la importancia de explorar los rincones de la mente del asesino, hay un gran interés a la hora de estudiar las relaciones entre homicida y víctima, tiene ciertamente interés estudiar ese vínculo, ha aportado también la necesidad de incluir una nueva disciplina, la victimología comprensiva, una disciplina que abarcase todos los aspectos de la relación entre criminología y victimología.

El problema victimológico se ha discutido desde diferentes enfoques, social y legal. Las discusiones se han planteado desde un enfoque económico, las indemnizaciones a las víctimas, pero esto es un aspecto parcial de esa relación compleja, más importante que hablar de aspecto económico, sería analizar ese vínculo entre los protagonistas del delito.

El foco central del estudio sería explicar la forma de cómo la propia víctima contribuye a su victimización, el observar como en numerosas ocasiones los papeles entre criminal y víctima se invierten, el criminal se convierte en su propia víctima.

Las aportaciones de la psiquiatría americana han sido muy provechosas “no hay criminales de nacimiento” el fenómeno criminal se desarrolla hasta que se produce un hecho que hará que se materialice el instinto criminal, vemos un papel provocador por parte de la víctima.

Si poco se sabe del homicida, menos se sabe de la víctima, ya que ambos actúan inconscientemente, el criminal moldea a la víctima y la víctima al criminal.

La Ley juzga desde un punto de vista objetivo la relación entre el sujeto pasivo y el sujeto activo, hay una clara separación entre ambos sujetos, realmente hay una relación emocional muy estrecha entre ambos.

3.6 LA PENA

La imposición de las penas y medidas de seguridad durante la larga trayectoria de la vida humana, ha tenido diversidad de aplicaciones, en los tiempos primitivos se imponían con tanta barbarie, recordemos que esta se inicia con la venganza privada, después la ley del Tali3n, posteriormente en el periodo humanitario, encontramos que se trata de eliminar a la dureza de la pena, tratando de hacer un estudio del delincuente para saber el porque del crimen y de esta forma llevarlo a su readaptaci3n.

Ahora bien no basta con tener un estudio pormenorizado sobre las circunstancias que llevaron al sujeto a delinquir tambi3n es preponderante que el juzgador haga una justa y adecuada valoraci3n de las pruebas, al momento de individualizar la pena, para que la medida de seguridad o pena que se imponga sea la m3s acorde al caso concreto.

No pueden existir penas indeterminadas toda vez que el juez, debe de precisar la duraci3n de la misma. La pena tiene diversas caracter3sticas que permiten a la sociedad vivir en armon3a, segregando a los delincuentes en penitenciarias y reformatorios.

Las penas y medidas de seguridad se extinguen con el transcurso del tiempo, es decir cesa el ejercicio de la acci3n penal o la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad. La readaptaci3n del delincuente es sin duda, la finalidad 3ltima de la aplicaci3n de la norma, para que el delincuente, pueda reincorporarse de nueva cuenta a la sociedad.

La pena es la consecuencia última de todo delito. A este respecto es necesario hacer la aclaración que existen excepciones, en virtud de que en algunos casos, cuando se ha cometido una conducta delictiva y los delitos son de querrela o a petición de parte, no se llega a esta última consecuencia ya que puede ser de que se extinga el ejercicio de la acción penal con el perdón del ofendido antes de que se llegue a esta etapa procesal.

3.6.1 Noción de pena

Pena es el castigo que el estado impone, con fundamento en la ley al responsable de un delito.

Para Castellanos Tena la pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

Para Villalobos la pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico.

3.6.2 Características de la pena

La pena tiene las siguientes características:³⁵

1) INTIMIDATORIA, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación.

2) AFLICTIVA, la aflicción penal debe recaer especialmente sobre la libertad, lo cual explica la gran difusión de las penas privativas y restrictivas de la libertad en los códigos que se inspiran en este principio.

³⁵ MENDOZA BREMAUNTZ Emma, Derecho Penitenciario, Editorial Mc Graw Hill, México 1998.p. 18.

3) EJEMPLAR, al servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal. Evitar la delincuencia por el temor de su aplicación.

4) LEGAL, porque debe encontrarse establecida en la ley y aplicarse con arreglo a sus prescripciones.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y que a letra establece: "nadie podrá ser penado por una acción u omisión que no estén expresamente previstas como delito en la ley vigente al tiempo en que se cometieron, o si la pena no se encuentra establecida en ella."

Esta legalidad se limita al dogma, "nullum crimen, nulla poena sine lege", de aquí de cómo dice Soler, no se puede castigar un hecho no prohibido, por su semejanza con uno prohibido; ni admitir una agravación específica no enumerada, por su semejanza con una enumerada, ni imponer una pena extra legal por su analogía con otra legal.

5) CORRECTIVA, porque debe producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia.

6) JUSTA, la pena no debe ser la mayor ni la menor sino la que el caso amerita, no debiendo ser excesiva en dureza o duración, ni menor sino la justa.

El juez deberá tomar conocimiento directo del procesado, de la víctima u ofendido y de las circunstancias de los hechos en lo posible y en la medida requerida para cada caso, impondrá la punición que estime justa y procedente, dentro de los límites de punibilidad del delito.

3.6.3 Fines de la pena

La pena debe servir para determinados fines:³⁶

A) DE CORRECCIÓN, la pena para quien se aplica debe ser para corregirlo, es por ello que los centros penitenciarios deben de proporcionar la readaptación de los delincuentes para que estos no vuelvan a delinquir.

Esta finalidad en muy pocas se ocasiones se logra complementar en virtud de que nuestros centros penitenciarios que se encuentran en la nación en muy contadas ocasiones cuentan con el material humano y material para readaptar a los delincuentes que en ellos se encuentran reclusos, razón por la que cuando son liberados e incluidos de nueva cuenta a la sociedad para su convivencia, estos vuelven en su mayoría a delinquir.

B) DE PROTECCIÓN, porque debe encaminarse a la protección de la sociedad, al mantener el orden social y jurídico. Bien las leyes penales tienden a proteger a los integrantes de la colectividad, en razón a los demás fines que lleva implícita la propia pena, es decir si tenemos conocimiento de que al cometer un delito se nos impondrá la pena correspondiente ello sirve para que los integrantes de ese grupo social se intimiden ante el temor de que la pena señalada para esa conducta o hecho se le pueda aplicar manteniendo así el orden social, y en caso de que una de las personas integrantes de esta colectividad sobrepasara esta esfera, realizando el acto que la ley contempla como delito, será menester para mantener el orden jurídico, aplicarle la pena con que se sancione el mismo.

C) DE INTIMIDACIÓN, debe cumplir una función de amenaza hacia los demás integrantes de la sociedad, con el objetivo de que no delinquir. Obrar no solo sobre el delincuente, sino también sobre los demás ciudadanos pacíficos mostrándoles

³⁶ Ibidem, nota 49, p.26.

mediante su conminación y ejecución, las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así sus sentimientos de respeto a la ley y creando en los hombres el sentido moral escaso, por razones de propia convivencia, motivos de inhibición para el porvenir.

D) EJEMPLAR, la pena debe servir de ejemplo tanto a quien la sufre, como a la colectividad.

3.6.4 Clasificación de la pena

Existen varios criterios a través de los cuales podemos clasificar a la pena:³⁷

1) POR SUS CONSECUENCIAS:

- Reversible, el efecto dura el tiempo que dure la pena, después de ello el sujeto, recobra su situación anterior, y las cosas vuelven al estado en el cual se encontraban. En este ámbito de ideas, debemos entender que la pena no afecta la integridad física del delincuente.
- Irreversible, esto es lo contrario de lo anterior, porque su efecto impide que las cosas vuelvan al estado en el cual se encontraban anteriormente, aquí podemos citar la pena corporal o bien la pena de muerte.

2) POR SU APLICACIÓN:

- Principal, es la que resulta del juzgador en consecuencia a una sentencia, también se le denomina pena fundamental.

En esta consecuencia la finalidad primordial es el segregamiento del delincuente o bien aplicarle un castigo por su acción.

³⁷ Ibidem, nota 50, p.30.

Las penas principales que se pueden aplicar a las personas físicas son la pena de prisión y la pena de multa. La primera referida consiste en la privación de la libertad física con la posibilidad de imposición de trabajo obligatorio, los límites de su duración serán de tres meses a cuarenta años salvo el caso que se trate de concurso real o material de delitos y su suma exceda del límite antes mencionado entonces podrá aplicarse una punición hasta por cincuenta años de prisión y la segunda consiste en el pago de una cantidad de dinero al estado que se fijara por días multa, los cuales no podrán excederse de 500 días multa salvo los casos que la ley prevea.

- Accesorias, es la que resulta a consecuencia de la directa y es necesaria de la principal.

En esta consecuencia podemos citar como ejemplo: en un asunto en el cual se haya condenado al activo del delito a la reparación del daño, cuyo objetivo es la restitución de la cosa obtenida por el delito con sus frutos y acciones cuando fuere posible y si no fuere posible el pago del precio correspondiente.

Refiramos el delito de despojo, en donde se condena al delincuente a entregar el bien inmueble del cual despojo al pasivo del delito, o bien cuando se siguió un proceso por el delito de daño en la propiedad y se le condena al pago de los daños que se cuantificaron en ese asunto o proceso.

Bien, no en todos los casos se tiene la presencia de este principio ya que mucho tiene que ver la comparecencia e interés que el ofendido tenga en el juicio para el efecto de que acredite la reparación de daños y perjuicios con medios probatorios idóneos, ya que la reparación de daños y perjuicios será fijada por el juzgador de acuerdo con las pruebas obtenidas en el procedimiento para su cuantificación, tratándose del daño moral se considera la capacidad económica del obligado a pagarla.

- Complementaria, esta viene aparejada con la pena principal y también se encuentra contemplada en la ley. Esta consecuencia extingue la pena para todos sus efectos en virtud de que se puede aplicar una medida de seguridad como pena complementaria o bien conmutarse la propia pena principal.

3) POR LA FINALIDAD QUE PERSIGUE:

- Correctiva, trata de readaptar al sujeto activo mediante un tratamiento. Vemos que este es el sentido humanitario que le dan a la pena, becaria y sobre todo Howard, al hacer su estudio sobre los centros penitenciarios de Europa, en donde se dio cuenta del estado inhumano en que se encontraban las prisiones en esa época.
- Intimidatoria o preventiva como ya se dijo a través de la pena se trata de que los integrantes de la sociedad no delinca al ver que por sus actos se imponen sanciones que se encuentran previstas en la ley.

3.6.5 Individualización de la pena

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto, para que la pena se ajuste al individuo y sea eficaz.

El juez al dictar una sentencia condenatoria, impondrá la punición que estime justa y procedente, dentro de los límites de punibilidad para cada delito y en su caso habiéndosele considerado los aumentos o reducciones que resulten de la aplicación, de acuerdo al grado de reprochabilidad de la conducta del sentenciado, para lo cual deberá tomar en consideración:

- 1) La magnitud del daño causado al bien jurídicamente tutelado o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- 2) Las circunstancias de tiempo, lugar, u ocasión de la comisión del delito y las demás circunstancias especiales que determinen la gravedad del hecho punible;
- 3) La forma y grado de responsabilidad del acusado en su caso, los motivos determinantes de su conducta;
- 4) Las particulares de la víctima u ofendido;
- 5) La culpabilidad del sujeto y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba al momento de cometer el delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Cuando el inculpado perteneciere a un grupo étnico indígena, también se tomaran en cuenta sus usos, costumbres y tradiciones.

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

La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no solo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos las sanciones que al agente del delito deben de ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado mas o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

3.6.6 Indeterminación de la pena

En las escuelas positivista y ecléctica decían que era necesario que la pena fuera indeterminada, entendida esta, como la ignorancia por parte del delincuente a la duración que debiera tener ésta.

Decían que la pena debía durar el tiempo necesario para que el delincuente se readaptara.

Siendo congruente pensar que la pena debía ser indeterminada, ya que se debería equiparar a la medicina en la que el tratamiento debe durar el tiempo que fuese necesario para lograr la cura del paciente

Nuestra legislación contempla únicamente penas determinadas, ya que el sujeto sabe desde cuando empieza a cumplirlas y cuando terminara de hacerlo.

La indeterminación de las penas descansa sobre la idea de que la sanción debe adaptarse mas que al delito cometido, a la temibilidad o perversidad del delincuente que lo ejecuta, pues una vez dictada la sentencia por el juez hay necesidad de aumentar o disminuir la pena en armonía con los progresos o retrocesos de la voluntad injusta del reo que se trata.

3.6.7 Conmutación de la pena

La conmutación de la pena consiste en que una pena impuesta como resultado de una sentencia definitiva, podrá modificarse por otra, lo cual aplica el ejecutivo del estado.

La pena de prisión podrá ser conmutada a juicio del juzgador en los términos siguientes:

- A) Cuando no exceda de un año por tratamiento en libertad, multa o trabajo a favor de la comunidad;
- B) Cuando exceda de tres años por tratamiento en libertad, semilibertad, multa o trabajo a favor de la comunidad; y
- C) Cuando no exceda de cuatro años, por semilibertad o trabajo a favor de la comunidad.

En estos casos, la conmutación se hará tomando en cuenta hasta el equivalente de la pena impuesta en días que resulten, sin que el mínimo sea inferior a una cuarta parte de dicha pena.

La multa que resulte de la conmutación de la pena es independiente de la señala, en su caso, como pena. Esta deberá pagarse o garantizarse para que proceda la conmutación. La multa impuesta como pena alternativa o substitutiva, podrá ser conmutada por trabajo a favor de la comunidad.

Para los efectos de la conmutación se requerirá que el reo sea delincuente primario, pague o garantice la multa y reparación de daños y perjuicios causados y el juez estime la conveniencia de este medio en atenciones personales del sujeto para lo cual deberán practicarse los estudios correspondientes.

Cuando se acredite que el sentenciado no pueda pagar la multa, o solo puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación de trabajo a favor de la comunidad.

El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones para el disfrute de la conmutación de la pena y por inadvertencia de su parte o del juzgador no le hubiera sido otorgada, podrá promover ante este que se le conceda, abriendo el incidente respectivo.

Las penas sustitutivas que el juez puede conceder atendiendo las consecuencias personales de cada sujeto son: tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad. La sustitución de la pena es sustituir una sanción por otra.

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. Su duración no podrá excederse de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

Semilibertad implica alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicara según las circunstancias del caso pudiendo ser: externación durante los días de jornada de trabajo o educativa, con reclusión en los días de descanso; salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de esta o salida diurna, con reclusión nocturna o viceversa.

El trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones publicas, de asistencia social o privadas asistenciales.

Este trabajo se llevara a cabo dentro de periodos distintos al horario de labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, en su caso, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. Se acularan los días de descanso obligatorio. Cada día de trabajo será sustituido por una jornada de trabajo a favor de la comunidad.

3.6.8 Ejecución de la pena

No se ejecutara pena o medida de seguridad sino después de que la sentencia que la imponga haya causado ejecutoria. El ejecutivo del estado a través de la dependencia que establezca la ley (dirección de prevención y readaptación social en el estado), tendrá a su cargo la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

Es obligación del Ministerio Público, vigilar y promover lo conducente, a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas, para tal efecto, gestionara ante las autoridades administrativas correspondientes lo que legalmente proceda.

El sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad se organizara sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación del delincuente y la prevención del delito.

3.6.9 Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad intentan evitar la comisión de nuevos delitos, en tanto que las penas llevan en si mismas la idea de la expiación y en forma de retribución.

No deben confundirse las medidas de seguridad con los medios de prevención de la delincuencia: las primeras se aplican a las personas determinadas que han cometido alguna infracción a las leyes penales, en tanto que los medios de prevención se aplican en general.

Las medidas de seguridad que pueden aplicarse a las personas físicas son:

- 1) Tratamiento en internamiento o en libertad de inimputables o imputables disminuidos;

- 2) Tratamiento de deshabitualización o de desintoxicación;
- 3) Confinamiento, prohibición de ir a una circunscripción territorial determinada o de residir en ella;
- 4) Aseguramiento, decomiso, destrucción y pérdida de objetos, instrumentos y productos del delito;
- 5) Apercibimiento;
- 6) Caución;
- 7) Vigilancia de la autoridad; y
- 8) Las demás que prevengan las leyes.

En el caso enumerado con el 1), cuando un inimputable requiere el tratamiento, el juzgador dispondrá el que sea aplicable, en internamiento o en libertad, previo el procedimiento respectivo. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento, durante el tiempo que sea necesario para su curación sin que se exceda de la pena aplicable para el delito.

Cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito que obedezca a la inclinación o al abuso de bebidas alcohólicas, de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, se le aplicara, independientemente de la pena que corresponda, un tratamiento de deshabitualización o desintoxicación, según el caso, que no podrá exceder del termino de la pena impuesta por el delito cometido.

Cuando se trate de penas no privativas o restrictivas de la libertad, el tratamiento no excederá de seis meses.

El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El juez hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública y las necesidades del ofendido y del inculcado.

Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes relacionados con el hecho delictuoso o antijurídico, durante la averiguación previa o en el proceso. Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán solamente cuando el delito sea doloso o preterintencional.

El apercibimiento consiste en la conminación que la autoridad hace a una persona cuando se teme con fundamento que esta en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas, de que en caso de cometer este se hará acreedor a una pena. Si no fuere suficiente el apercibimiento podrá exigirse además una caución de no ofender u otra garantía.

La caución consiste en la garantía sobre la libertad provisional, la posesión de la cosa y para no ofender.

3.6.10 La vida en prisión

El ingreso de una persona en prisión supone su aislamiento afectivo y social, conlleva la pérdida de sus roles sexuales, familiares y sociales, y produce un deterioro de su propia identidad y de su autoestima. Su comportamiento es supervisado continuamente por los funcionarios de la prisión y corregido predominantemente por un sistema de normas formales que le exigen una subordinación que llega a lo servil y que invaden su intimidad. Como consecuencia

se desarrolla un código de normas y valores en contra de las normas y fines oficialmente declarados por la institución.³⁸

En el sistema social de los internos hay pocos roles y status y una vez asignados, son mantenidos con una gran presión grupal. En la posición de líder se encuentran los internos con larga experiencia delictual y penitenciaria que cumplen largas condenas por delitos de robo con violencia. En los más bajos, se encuentran los internos físicos y psíquicamente débiles o perturbados, siendo objeto de aislamiento y rechazo los violadores, sobre todo los de niños, y los delatores. Estos líderes se sienten expulsados por la sociedad, optando por la delincuencia como forma de vida conscientemente elegida. Con respecto a los funcionarios de vigilancia presentan una actitud de abierto rechazo en general, que con funcionarios concretos y conocidos podría darse un cierto resentimiento o, por el contrario, una actitud abiertamente positiva.

Los valores y actitudes de la subcultura carcelaria son bastante comunes y universales a todas ellas, adoptando la forma de un "código del preso". Dicho código está integrado por normas que constituyen severos modelos de conducta para los internos, normas establecidas para defender los intereses de los reclusos y en oposición a las reglas oficiales de la prisión. El principio fundamental es que nada de lo que sucede entre los internos debe saberse por los funcionarios; la norma clave, es la de no chivarse. Se valora el saber mantener la calma y la frialdad ante posibles discusiones y peleas, reaccionando violentamente sólo ante una clara provocación. Se prescribe que los presos deben compartir los recursos escasos no explotando a los demás presos. Se debe mantener la integridad de la propia personalidad, siendo resistente, duro, aguantando las frustraciones y peligros de la prisión con valores y dignidad. La norma más proclamada es la hostilidad hacia los funcionarios y las normas y valores de la sociedad

³⁸ MENDOZA BREMAUNTZ Emma. Op. Cit, nota 49, p. 117.

convencional, rechazando el esfuerzo y el respeto a la ley como formas de conseguir el éxito.

Este código es muchas veces incumplido en la práctica. La subcultura carcelaria parece bastante universal, pero su contenido concreto, severidad e cumplimiento, varía mucho según el tipo de prisión y dureza delictiva de país. El incumplimiento de este código conlleva una serie de sanciones que van desde el aislamiento a la burla hasta la “pena de muerte”.

En cuanto al origen del “código del preso” hay dos teorías. La primera parte de que es la propia prisión la que genera el código, como una defensa para mitigar los sufrimientos psicológicos del encarcelamiento y para reducir la sensación de rechazo social. La otra teoría supone que algunos presos introducen en la prisión los valores actitudes de la subcultura delictiva que ya profesaban en libertad y que simplemente mantienen en la cárcel.

3.6.10.1 La utilización del tiempo y el espacio

Otra característica importante en la vida en la prisión es la utilización del tiempo y el espacio, aspectos fundamentales en toda institución total (¿qué hacer?, ¿cuándo hacerlo?, ¿dónde hacerlo?).

Tiempo: En la cárcel casi nunca hay nada que hacer, pero el recluso tampoco puede planificar su tiempo. La importancia en la seguridad, en la evitación de la fuga y el control total del preso, hace que las actividades en la prisión, además de inestables, carezcan de interés para el preso, al que no se intenta motivar a que participe en las escasas actividades. Las razones:

- Apenas existe personal capacitado, motivado y encargado de realizarlas, ya que la gran mayoría de los funcionarios de la prisión están dedicados a tareas exclusivamente regimentales, administrativas y de seguridad y vigilancia, no se le

forma en actividades de intervención, y se encuentra en un ambiente laboral sumamente desmotivador.

- El excesivo número de reclusos, el enorme hacinamiento que constantemente satura nuestras cárceles, no permite que todas puedan realizarlas, con lo que frecuentemente no las realiza ninguno.
- La escasez de espacios dedicados a actividades, como el difícil acceso a ellos, dificulta la realización de casi todo tipo de actividades.
- La mayoría de las actividades que se realizaban en muchas prisiones eran llevadas a cabo por parte de personas ajenas a la prisión, perteneciente a diversos grupos (instituciones religiosas, ciudadanas). Pero cuando la situación de la prisión es especialmente precaria, cuando estas personas venidas de fuera critican la situación, la institución penitenciaria reacciona cerrando sus puertas, intentado evitar las críticas ocultando la situación.

3.6.10.2 El trabajo en la cárcel

Está claro que unos niveles mínimos de educación y cultura son un elemento fundamental para conseguir una adecuada adaptación, pero también una relación laboral que permita al individuo vivir dignamente, es indispensable para conseguir una adaptación social mínimamente satisfactoria. Por lo tanto si las prisiones tienen como finalidad, la recuperación del preso, la preparación laboral ha de ser uno de los elementos fundamentales en la intervención. Pero las cosas en la cárcel no son como tendrían que ser:

- La distribución arquitectónica, no contempla un espacio adecuado para la preparación laboral del preso.

- No existen medios materiales adecuados ni un personal preparado para llevar a cabo la formación laboral.

3.6.10.3 Reinserción

En el momento de salir de prisión, son imprescindibles tres necesidades para disponer de las garantías mínimas de reintegración social. Estas tres cuestiones son fundamentales como indicadores de la situación personal y social que se va a encontrar la persona excarcelada. Estos problemas básicos son:

- Tener a alguien esperándole a la salida (familia, pareja)
- Disponer de una vivienda donde residir
- Tener un trabajo para buscarse la vida por medios legales

3.7 PENAS ALTERNATIVAS DE PRISIÓN

En general, las penas no privativas de la libertad que se debaten en este momento en el área latinoamericana, no inventan mucho con relación a las que ya se conocen en toda la legislación comparada, en los proyectos que más o menos dan la vuelta en la región. Entre éstas se puede incluir: la pena de multa, con el sistema de día-multa o la pena de multa para reparar el daño, es decir, que durante un determinado tiempo el sujeto comprometa una parte de su ingreso o salario en favor de la víctima; el arresto de fin de semana; el arresto domiciliario; la realización de trabajos de utilidad pública fuera de los horarios normales de trabajo del sujeto; ciertas limitaciones a la residencia; ciertas limitaciones al tránsito; la caución de no ofender; el cumplimiento de instrucciones unido a la libertad a prueba o separado de la libertad a prueba y unido a otras instituciones; la posibilidad de interrumpir el curso del proceso penal en algún momento y darle

alguna salida no punitiva; la amonestación.³⁹ Algunos agregan el perdón judicial, la petición de excusas a la víctima, etcétera.

A todo suele llamársele penas alternativas, pero ¿por qué alternativas? Pues porque serían alternativas a la pena privativa de libertad, que históricamente también fue alternativa a la pena de muerte. De modo que serían alternativas a la alternativa.

La lógica de estas penas sería la siguiente: desde el momento en que ponemos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles.

En realidad, establecer en el Código Penal sanciones no privativas de libertad, puede tener en la práctica distintos resultados. Uno de ellos es que se queden en el Código Penal y que los jueces no las apliquen nunca. Otro de los posibles resultados es que estén en el Código Penal y que se apliquen muy poco, remplazando algunas penas de prisión, lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento. Otro es que estén en el Código Penal y que se apliquen a personas que, de otra forma, nunca serían encarceladas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible. Otra es que estas dos últimas variables se hagan en cierta escala significativa.

Si redujéramos estas alternativas a tres, diríamos que es posible: 1) que estén el Código y no se apliquen nunca; 2) que estén el Código y se apliquen en sustitución de algunas penas privativas de libertad, con lo cual se reduciría considerablemente el ámbito de la pena privativa de libertad, y 3) que nos encontremos con que están en el Código Penal y que tenemos el mismo número de presos, o bien que tenemos un número parecido o superior de condenados a

³⁹ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1993. p. 32.

penas no privativas de libertad, con lo cual habríamos aumentado el número de penados sin disminuir el número de encarcelados.

Por lo tanto, puede ser un instrumento que reduzca el ámbito de la penalización o que aumente el ámbito de la penalización. O bien, puede ser un instrumento que quede en el Código Penal y no sirva para nada.

Estas tres variables las tenemos que tener en cuenta y, de alguna manera, a juzgar por su propuesta en América Latina, el que estas alternativas puedan contribuir a aumentar el ámbito de la criminalización, es decir, que tengamos el mismo número de presos y además un número parecido de condenados a penas no privativas de libertad. Lógicamente, para que esto pase y para que tenga algún sentido la introducción de las alternativas a las penas privativas de libertad en América Latina, ello no puede ser producto sólo de una medida de propaganda como a las que nos tienen acostumbrados nuestras agencias políticas. No se trata de que el político en turno, que no hizo nada en el ámbito de la justicia antes de irse, o que para garantizar su clientelismo tiene que elevar su popularidad, mande de urgencia un proyecto de penas alternativas al Congreso, para que éste salga en tres días.

Debemos dejar de incrementar el número de presos, porque si tenemos cárceles sobrepobladas y construimos nuevas cárceles, lo que tendremos serán más cárceles sobrepobladas.

3.7.1 Categorías de las penas alternativas de prisión

A la luz de las circunstancias descritas, surgen las instituciones modificativas de la prisión. Unas pretenden suprimir, ab initio, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo. Otras buscan aliviar el exceso de la prisión: son los correctivos clásicos y modernos de la sanción privativa de la

libertad. A la primera especie pertenecen la condena condicional, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad y la multa sustitutiva de la cárcel; a la segunda, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión.

En todos los casos se trata de cancelar, sustituir o reducir la prisión. En todos campea el rechazo a la cárcel. Por este rumbo ha transitado el derecho penal moderno, adverso a la prisión punitiva.⁴⁰

Será precisamente la idea de readaptación social (o resocialización, reinserción, rehabilitación, etcétera) el cimiento de los sustitutivos, asociada con el concepto moderno y militante de los derechos humanos y con la reducción en la intensidad de los instrumentos penales como medios de control social.

En términos generales, hay dos categorías de sustitutivos de la prisión. Algunos de éstos tienen entidad propia, y por ello pueden ser calificados como "puros" o de "primer grado". Efectivamente, no se construyen a partir de la prisión misma o de otros sustitutivos. Como luego se verá, tales son los casos de la libertad bajo tratamiento que tiene, sin embargo, parentesco con una medida de seguridad: el tratamiento extrainstitucional de inimputables; y de la multa, que constituye una sanción autónoma, con carácter e historia propios, empleada, a veces, como sustitutivo de la prisión.

Pudiera clasificarse en esta misma categoría al trabajo en favor de la comunidad, aunque no faltará quien observe que constituye una versión moderna y piadosa de la vieja sanción de trabajo en obras públicas, galeras o minas, y que en todo caso corresponde a la pena de trabajo aludida hoy día en el tercer párrafo del artículo 5º constitucional.

⁴⁰ MANZANERA, Luis, La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1984. p. 88.

Por otro lado, existen los sustitutivos "mixtos" o de "segundo grado", que se componen con elementos de la prisión y de otro sustitutivo, que de este modo resulta preordenado o rector del que ahora llamo mixto o de segundo grado. Esto sucede en la hipótesis de la semilibertad, integrada, en nuestro derecho positivo, a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento.

Una clasificación más de las sanciones sustitutivas se sustenta en el motivo y la finalidad de la sustitución. Regularmente, los sustitutivos se asocian a las características del hecho punible, las particularidades del reo y los requerimientos del tratamiento bajo el signo de la readaptación social, aun cuando difícilmente se ausentarán los demás propósitos de la pena, que en estas hipótesis se mantienen a distancia, con recato.

En otros casos, que desde luego son los menos, la sustitución se vincula con principios de oportunidad política. Aquí se toman en cuenta, por supuesto, las condiciones del delito -ante todo, que se trate de una conducta punible de esta naturaleza- y del infractor. En la especie, se suele hablar de conmutación. Sin embargo, por encima de la designación que recojan las leyes y de los deslindes normativos que las denominaciones provoquen, subsiste el hecho, que califica el fondo, de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de diverso carácter.

Igualmente, se puede clasificar a los sustitutivos en atención a la autoridad que los dispone. Los sustitutivos que aquí interesan mayormente provienen de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las sanciones, al menos en un régimen con las características del mexicano, en el que la ejecución es íntegramente administrativa.

O casi íntegramente, puesto que hay actos dentro del periodo ejecutivo en los que actúa de nuevo la autoridad jurisdiccional. Empero, no se trata siempre de asuntos concernientes a la ejecución, sino principalmente de problemas vinculados

con la responsabilidad misma del reo (así, la revisión, el indulto necesario o, más propiamente, el reconocimiento de la inocencia), o con beneficios que debieron ser acordados por el juzgador en la sentencia y que se hallan sustraídos a las atribuciones del ejecutor (así, el otorgamiento de condena condicional o de sanción sustitutiva de la prisión).

3.7.2 Instancias en el proceso de sustitución penal

Conviene observar que la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas penales se actualiza en dos instancias o momentos.⁴¹ Uno, de carácter absoluto, corresponde a la formulación legislativa: el legislador mismo opta, de inmediato, por una sanción diferente de la prisión en el supuesto de ciertos delitos menores. La política criminal acogida conduce a excluir la privación de libertad donde antes campeaba la reclusión. Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente racionalidad en la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito. También coincide con la idea de que el Estado debe moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social.

La segunda instancia o momento para la sustitución de la pena privativa de libertad ocurre en sede jurisdiccional. Es el juzgador quien elige, entre las sanciones aplicables, la que mejor convenga en el caso concreto. Se trata, entonces, de la aplicación en la sentencia de una política criminal previamente asentada en la ley. Esta manera de sustituir la prisión por otras medidas menos graves tiene un carácter solamente relativo: el juzgador dispone mediante un juicio de pertinencia que se funda en los datos del delito y del infractor.

⁴¹ MANZANERA, Luis. Op. Cit., nota 54, p. 98.

3.7.3 Equilibrio de los intereses en conflicto

Otra consideración útil en este orden de cosas es la relativa al equilibrio de derechos e intereses implícito en el régimen de los sustitutivos. Recordemos que el orden jurídico es un método para hallar y mantener el equilibrio entre los intereses y las pretensiones admisibles de los integrantes de una sociedad determinada. El desequilibrio, en cambio, conduce a un régimen tiránico de cualquier signo. Por ello, ese ideal jurídico, social y político -el equilibrio- debe expresarse en los sistemas sustantivo, adjetivo y ejecutivo, esto es, en todo el orden jurídico, sin mengua de la tutela razonable que el legislador deba acentuar bajo las inflexiones políticas que propone o exige la circunstancia.

En el ámbito penal que ahora nos ocupa, se requiere de soluciones equilibradas y equilibradoras de los intereses y pretensiones en juego. Éstas se vinculan con los sujetos de la contienda penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Los tipos penales y las sanciones del mismo género, los elementos del enjuiciamiento y los datos de la ejecución deben tomar en cuenta ese proyecto de equilibrio, que lleva al terreno punitivo los conceptos dominantes en la moral social.

Por ende, la formulación de los sustitutivos -y en general, de las figuras o instituciones modificativas de la pena- debe considerar las exigencias del equilibrio. De ahí que la conversión no abarque todos los casos, con independencia de las características del hecho y del autor. Las restricciones en este punto pretenden servir a la paz pública, tanto por la vía del castigo como por el medio de la reclusión que pone a buen recaudo a un sujeto cuya inmediata reincorporación social entraña problemas o riesgos severos. De ahí, asimismo, que la conversión entrañe alguna exigencia a propósito de los derechos del ofendido, que no deben quedar insatisfechos. Vale decir: "que se beneficie al sentenciado, sin que este beneficio implique mayor perjuicio para el ofendido".

3.8 EL TRIANGULISMO JURÍDICO

Una vez analizadas todas las situaciones planteadas a lo largo de la presente tesis, llegamos a la parte medular de la misma, para esto me remito al trabajo tan interesante que realiza el Licenciado René González De la Vega⁴² en su tridimensionalismo jurídico, que a continuación se plasma como figura y posteriormente se explicará en el párrafo próximo inmediato. Cabe recalcar que el entendimiento de esta teoría es la base que sustenta la presente tesis, pues nos muestra y enseña la manera práctica y a la vez nos da la teoría para sentar las bases acerca del tratamiento del delito, toda vez que no lo ve como un agente exclusivo del sistema penal, sino que se auxilia de otras ciencias y lo que se busca es una interdisciplinariedad de ellas, para llegar a una nueva política criminal y así generar una conciencia en todos sus aspectos.

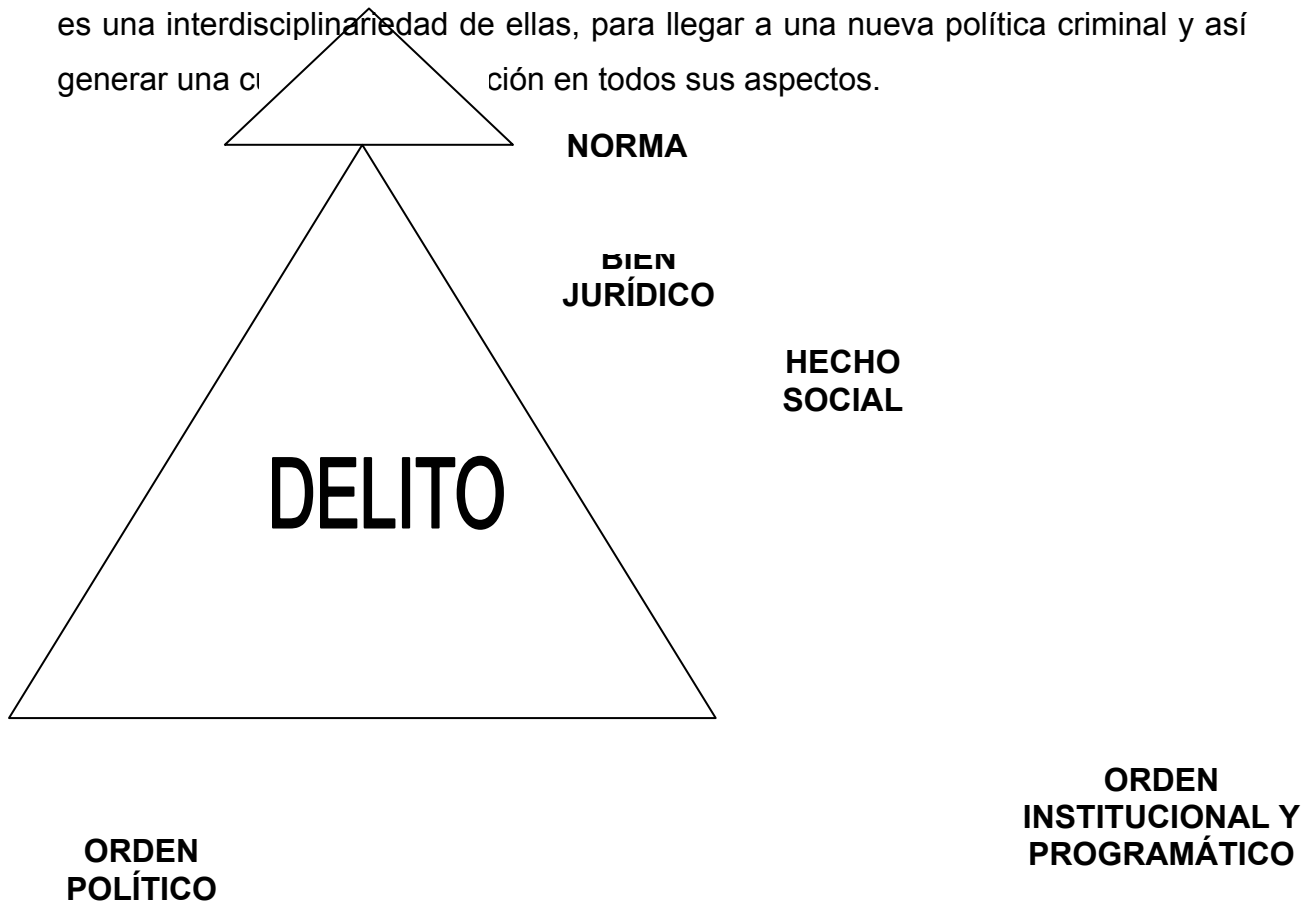


FIGURA 2 El Tridimensionalismo Jurídico puro

⁴² GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ciencia Jurídica Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2003.p. 89.

Esto se puede explicar de la siguiente forma, el primer vértice que se aboca al estudio del bien jurídico debe ser realizada por los expertos que se han venido mencionando (abogado, sociólogo, psicólogo, criminólogo), para de ahí una vez obtenido los datos y resultados correspondientes pasar al segundo vértice para realizar sistemas y programas integrales de justicia y seguridad pública, a lo que llamaría hacer una verdadera política criminal, ya que englobaría todos los aspectos concernientes al delito y no sólo se vería al delincuente aislado, recluido y reprimido por causas en la que el estado no supo que hacer con el y prefirió tenerlo apartado del resto de la sociedad. Por último ya teniendo estos programas, entregárselos al orden político, ya que la política es el medio por el cual se puede hacer y si no se llegara a este punto quedaría vacío todo lo realizado por los estudiosos y eso conlleva a la frustración de dichos estudiosos, ya que sería como haber construido un majestuoso edificio para demolerlo en una semana, sin que nunca haya beneficiado a alguien y sin que haya sido de utilidad alguna, pues solo se convertiría en escombros y polvo, desechos que tardaron años en construirse y minutos en ser devastados, en nosotros está el cambiar dicha forma de actuar de nuestros legisladores.

En nuestros días, lo más importante del delito debe ser su prevención, ya basta de hacer un código penal más extenso y complicado, ya basta con elevar las penas que a veces son contraproducentes, ya basta de inventarse nuevos delitos e incluirlos en un código estatal que no tendrá ninguna aplicación, necesitamos un derecho penal garantista y la única manera de lograrlo es previniendo el delito, ya no nos aboquemos a la pena, hay que prevenir la comisión del delito.

No es tarea fácil lo anterior, pues mucho de los delitos que se cometen es por falta de información de lo que es un delito y también es consecuencia de los problemas económicos que la sociedad atraviesa, pues de nada sirve lanzar campañas para la prevención del delito, si el Estado no realiza actos para ayudar a esa población marginada por la pobreza, lo que muy probablemente lo inducirá a delinquir. De aquí que se construya una verdadera política criminal en la que no

solo el sujeto sea el culpable de dicha conducta, sin que también se involucren El Estado, la familia, la sociedad, el medio cultural, etc. Esto no se logra a corto plazo pues una verdadera política criminal no se puede agotar en un sexenio es una ardua labor que interrumpen cada seis años y es muy lamentable puesto que así nunca se llegará a nada.

3.9 POLÍTICA CRIMINAL

La Política criminal pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias, tácticas y medios de sanción social para conseguir un control óptimo del delito. Propondrá y determinará reformas del sistema vigente, criticando aquellas instituciones que se consideran politicocriminalmente inadecuadas o intolerables.⁴³

Su razón de ser es la renovación del Derecho Penal, reforma de la administración de justicia y reforma del sistema de penas. Política criminal y reforma del Derecho Penal son sinónimos.

La Política criminal es el puente necesario entre el saber empírico y la concreción normativa que es el Derecho Penal, la política criminal busca y pone en práctica los medios y las formas más adecuadas para hacer eficaces los fines del Derecho Penal. Esta eficacia se va a conseguir cuando la política criminal le indique cuales son las metas a las que el Derecho Penal debe aspirar, a su vez la política criminal establecerá los límites que el Derecho Penal no puede traspasar en la aplicación y formulación de las normas.

⁴³ BARROS LEAL, César Oliveira, Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003. p. 96.

Política criminal también es estrategia penal, para que ello sea posible, la política criminal necesita en primer lugar un conocimiento adecuado de la realidad social y humana, quien aportará esos conocimientos será la Criminología.

La política criminal o bien establece una interpretación de la realidad o bien una reforma del sistema positivo, para ello la política criminal no sólo tendrá en cuenta la función del Derecho Penal, sino que tendrá en cuenta el dato criminológico. La solución al problema criminal, lo que va a exigir es una coordinación del enfoque criminológico, el político criminal y el penal.

La Criminología va a aportar el núcleo e conocimientos empíricos sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado. Esta fase de la Criminología es lo que se llama el modelo explicativo.

La política criminal será el modelo decisional, transformará la información que le proporciona la Criminología, en opciones alternativas y programas científicos. Decide qué comportamientos deben ser criminalizados o descriminalizados.⁴⁴

El Derecho Penal será el modelo instrumental u operativo, va a concretar las opciones previamente adoptadas por la política criminal, las transformará en el lenguaje del derecho, les dará la forma de normas jurídicas generales y obligatorias.

Ninguno de estos tres modelos pueden separarse, han de operar conjuntamente, no se puede ni se debe prescindir de ninguno de ellos.

⁴⁴ DIAZ ARANDA, Enrique. Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002. p. 59.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Como se sabe, el fin primordial del Estado es la paz y la seguridad entre sus gobernados ya que de ser así se logra que la convivencia sea armoniosa entre ellos, con ese objetivo da fuerza obligatoria al conjunto de leyes que conforman el derecho positivo que es la sistematización del ejercicio del poder creativo del estado. Las normas jurídicas que impone el Estado a través de sus instituciones, deben ser respetadas y acatadas, entre las diversas leyes encontramos algunas que por su impacto social y su pretensión punitiva tienen importancia singular, mismas que forman parte del derecho penal que al violarse y por tanto al incurrir en la comisión de hechos tipificados como delitos, surge un encuentro entre los sujetos protagonistas; el activo, cuya conducta se adecua a la descripción legal del delito y que trae como consecuencia sanciones de índole diversa, y el pasivo, que es la persona que directamente sufre la pérdida o menoscabo de un bien que el Estado está obligado a proteger y, en su caso, a procurar u restablecimiento o indemnización.

Efectivamente, se entiende que todo conglomerado social debidamente organizado se desarrolla bajo una convivencia pacífica y ordenada, y para lograr esto se establecen, por un lado reglas que guían la conducta humana, que son de carácter obligatorio y aplicable a todos por igual, y por el otro, sanciones para los casos en que resulten violadas. Algunas de estas normas jurídicas guían la conducta de los destinatarios, así como la acción de los órganos aplicadores de las normas jurídicas vigentes.

SEGUNDA. La rama del Derecho que nos ocupa, ha sido concebida para defender a la sociedad en general y no toma en cuenta las necesidades de quienes en particular padecen el menoscabo de sus derechos mediante la comisión de ilícitos, es decir, la víctima es un cero olvidado del drama penal y la pena ha tenido como finalidades y características: crear en el delincuente un sufrimiento que le aparte del delito en el futuro y si fuera posible alcanzar su readaptación, de lo contrario se pretende su eliminación del medio social; en relación a la comunidad, la pena constituye la ejemplaridad para enfatizar que quienes transgreden la ley son objeto de castigo por lo que es necesario respetar la ley. Además, para muchos autores la pena contiene efectos intimidatorios porque mediante su aplicación se pretende evitar la delincuencia, al servir de ejemplo la sanción penal, los ciudadanos se dan cuenta de que la amenaza del Estado es efectiva, al tiempo que por los efectos correctivos y eliminatorios, se proporcionan tratamientos curativos y educativos para el delincuente y si no se logran los resultados esperados por tratarse de sujetos incorregibles son eliminados temporal o definitivamente; sin embargo, no cabe duda de que se omite el fin primordial de la pena que es una expresión de justicia, dando lo que merece cada quien y de esta manera se restablece el orden social y se logra la seguridad y el bienestar sociales, precisamente sustentándose en estos objetivos al igual que otros autores, sostenemos que actualmente la sanción en el Derecho Penal debe considerarse no únicamente como un castigo para quien transgrede la norma jurídica, sino también debe tener por objeto la readaptación del delincuente al medio social, con la idea de que en un afán de lograr la efectividad de la justicia, es necesario el restablecimiento del orden jurídico, y por tanto resulta indispensable reconocer su efecto restitutorio y por tanto debe lograrse para el pasivo o víctima del delito, la restitución de los derechos que resulten lesionados con motivo de la comisión de ilícitos, lo que implica la reivindicación de los bienes que fueron lesionados y si esto no fuere posible, entonces debe ser indemnizado, asimismo, debe ser atendido jurídica y médicamente por el Estado que está obligado a darle protección, por ello si con motivo de esa violación a la ley penal se produjo una alteración en el orden jurídico, social y posiblemente individual, traducida muchas veces en un daño; la

sanción también tiene como objetivo restablecer el orden social, remediando la alteración causada repara el daño que se haya producido con motivo de la comisión de delitos.

TERCERA. Hablar de Derecho Penal es sin duda un tema apasionante, ya que por su complejidad y múltiples teorías la hacen una disciplina o ciencia (a mi parecer este término es el correcto) en la cual va a quedar plasmado él o los autores que más llenen nuestras expectativas o la escuela o corriente que se adapte a nuestro modo de pensar, porque aun en la actualidad, estoy seguro que ha de haber causalistas, finalistas y funcionalistas cohabitando en el mismo mundo, cada uno con sus ideas y especulaciones en torno al Derecho Penal y sus peculiaridades formas de ver el delito, sin embargo, considero que esta diversidad de pensadores nos lleva a realizar una investigación científica tomando tal vez, de cada uno los puntos favorables que se consideren y de esta manera estaremos inmiscuyéndonos en el quehacer de la ciencia y podremos aportar nuestras perspectivas, ya que la ciencia no es estática, sino que continuamente está en movimiento.

CUARTA. El Derecho Penal más que definir delitos, más que sancionar penas, es una materia un poco más compleja, sin embargo poco se hace por prestarle un poco más de atención, puesto que aun se ve como el brazo represor de la ley, el arma más poderosa del Estado para someternos, en otras palabras, la represión total. En la actualidad los libros de derecho nos hablan de los antecedentes del derecho penal nos mencionan las formas de sanciones que practicaban las sociedades que nos preceden, puntualizan mucho como forma atroz o como medida extrema o última a la época en que se suscitaban las venganzas, llámense privadas, públicas, etc. Sin saber que en nuestra época, en nuestro momento, se practican día a día, basta ver a la nación más poderosa del mundo practicar la venganza privada, la Ley del Talión, el ojo por ojo diente por diente en su más alta expresión, ya que al atentado terrorista que sufrió, tan atroz, de eso no hay duda, pues sus edificios más queridos, sus torres gemelas fueron

derivadas, responde atacando despiadadamente a Irak doblando o triplicando inclusive, los muertos iraquíes a los norteamericanos acaecidos. O por el contrario, las legislaciones de algunos estados de la unión americana consideran a la pena de muerte como una solución a sus problemas, desechando al individuo que no se adaptó a sus normas de convivencia, claro en la actualidad se disfraza este castigo, aludiendo a que se realiza sin dolor, según el delincuente no sufre, sin embargo no deja de ser la forma en la que el Estado práctica una venganza pública y ejerce todo su dominio, todo su control sobre la persona, despojándolo de uno de sus derechos fundamentales más preciosos, la vida.

QUINTA. La conducta que va en contra de la sociedad y que daña a la misma, es reprochable y no debe volver a repetirse, por lo que hay que pensar la manera de evitarla y esto simple y llanamente es pensar en una represión en contra de dicha persona, por lo que hay que recluirla y alejarlo de la sociedad, para que este delincuente no vuelva a atentar en contra de la sociedad. Pero ¿quién es la persona indicada para medir el peligro del delincuente?, efectivamente es el Estado, quien con su brazo autoritario impone las penas necesarias a través de un legislador omnímodo. Por lo tanto el Estado juega un papel muy importante dentro del derecho penal y hay que abordarlo en muchos sentidos y no sólo a través del ius puniendi.

De lo anterior se desprende la siguiente aseveración, en México se tienen buenos investigadores, especializados, dedicados y responsables con su trabajo, sin embargo, muy poco se toman en cuenta sus opiniones cuando algún legislador por atender asuntos personales o partidistas, o peor aún por ignorancia promueve o apoya propuestas para reformar un código penal, originándose fracasos rotundos en ellos. Esta tendencia viene a ser un poco frustrante para nuestros investigadores ya que todos los libros que escribieron, las horas dedicadas a su trabajo no se ven reflejadas materialmente en beneficio de la sociedad, sino que un legislador que apenas y terminó la primaria (no todos) alza la mano para apoyar un total desastre sin saber siquiera de que se está hablando.

SEXTA. Para nuestra fortuna el pueblo ya no acepta todas las imposiciones que por ley realiza el Estado, puesto que no toda norma impuesta por el poderoso es válida, si bien es cierto tendrá vigencia, pero sólo será válida si es aceptada por el pueblo, es decir, el poder es de abajo hacia arriba. Esto conlleva a la diferenciación entre validez jurídica y vigencia normativa, que viene siendo la legitimidad.

SÉPTIMA. Actualmente vivimos en una sociedad de hombres libres e iguales que nos reconocemos recíprocamente derechos; esto es, un Estado moderno debe reconocer, proteger y garantizar nuestros de derechos fundamentales. Precisamente una herramienta fundamental para lograr esta finalidad del Estado es el Derecho Penal, al cual como se mencionó anteriormente debemos entenderlo no sólo como aquella figura que define delitos y fija sanciones, sino que debemos de darle otro giro, definiéndolo como: "Ciencia que estudia los derechos fundamentales emanados de la Constitución para proteger y preservar el bien jurídico inherente a cada persona". Estos es, el Derecho Penal es más que un "Conjunto de normas" pues nos estaríamos reflejando como normativistas, el Derecho Penal requiere un estudio a profundidad, que va más allá de códigos y leyes.

OCTAVA. La garantía de los derechos fundamentales no se agota en un no hacer por parte del Estado y es necesario para tener un estado Social de Derecho, un hacer específico por parte del Estado, para lograr un verdadero y pleno disfrute, en plano de igualdad, de los derechos fundamentales. Hoy en día los derechos fundamentales, dado los avances del constitucionalismo, se pueden observar como derechos subjetivos, de los cuales necesariamente se desprenderá un derecho objetivo, que forma parte de un sistema axiológico que aspira a la validez, vinculándose individuos y Estado en su propia unidad política. Hoy no es posible separar al derecho y la política, pues existe un vínculo en el Estado moderno en el deber ser, el querer ser y el poder ser, otorgándosele su verdadera cualidad jurídico-política y social de la que ya es imposible prescindir.

NOVENA. La parte fundamental para entender el Derecho Penal, desde un particular punto de vista, es entender el delito, analizarlo y plasmarlo con todas sus vertientes y variantes. Pero este estudio no corresponde solamente al derecho, seríamos unos egoístas los abogados si creyéramos que los sabemos todo, la propuesta que se plantea radica en una interdisciplina de las ciencias, principalmente de la criminología, la sociología y de la psicología, al referirme a la interdisciplina cabe destacar que no solamente se pretende utilizar a estas como ciencias auxiliares, sino que verdaderamente profundicen en el estudio del delito, claro está sin invadir la esfera una de la otra, pues ya no estaríamos hablando de una interdisciplina, sino de intradisciplina, lo cual ya no sería sano, ni ayudaría a nuestra investigación, cada uno a lo suyo.

DÉCIMA. Con la psicología se puede analizar el comportamiento humano para entender el por qué del delito. El estudio del carácter, del temperamento y de la personalidad es esencial para comprender al hombre en su manifestación externa del comportamiento.

Con la sociología se puede estudiar al ser humano que ha delinquido, considerando los factores ambientales que han influido en la conducta individual; asimismo en esta rama se puede estudiar la delincuencia, fenómeno que produce desajustes en una comunidad. Se podría analizar la institución más importante de la sociedad como lo es la familia y esto implica el estudio con respecto a las relaciones intra y extra familiares, los elementos fundamentales para su subsistencia (salario familiar, vivienda, transporte, condiciones ambientales) y los problemas que surgen en ausencia de ellos, el ser de la familia en cada comunidad.

Con la criminología se avoca al estudio del delito en un sentido más amplio y va más allá del derecho penal, quién sólo lo mira desde el punto de vista objetivo y normativo; la criminología también aborda los siguientes aspectos: el crimen, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado.

ONCEAVA. Resulta muy interesante el trabajo que realiza el Licenciado René González De la Vega en su tridimensionalismo jurídico, pero se pretende que la orden de ideas de este jurista se puede clasificar y se le añade un factor más, **su movilidad**, indicada a través de flechas que nos guían y dan sentido a la dirección de la propuesta. Lo anterior es de suma importancia y la movilidad consistirá de derecha izquierda, teniendo como punto de partida el vértice que le corresponde al Bien Jurídico, para después seguir con el siguiente vértice al que se le denomina como Orden Institucional y Programática; por último se termina en el vértice correspondiente al orden político, ya que es el único vértice encargado en el “hacer”, ya que los dos anteriores poseen grandes sustentos intelectuales, pero requieren de acción, de movimiento, de un “hacer” por parte del Estado y sus poderes políticos.

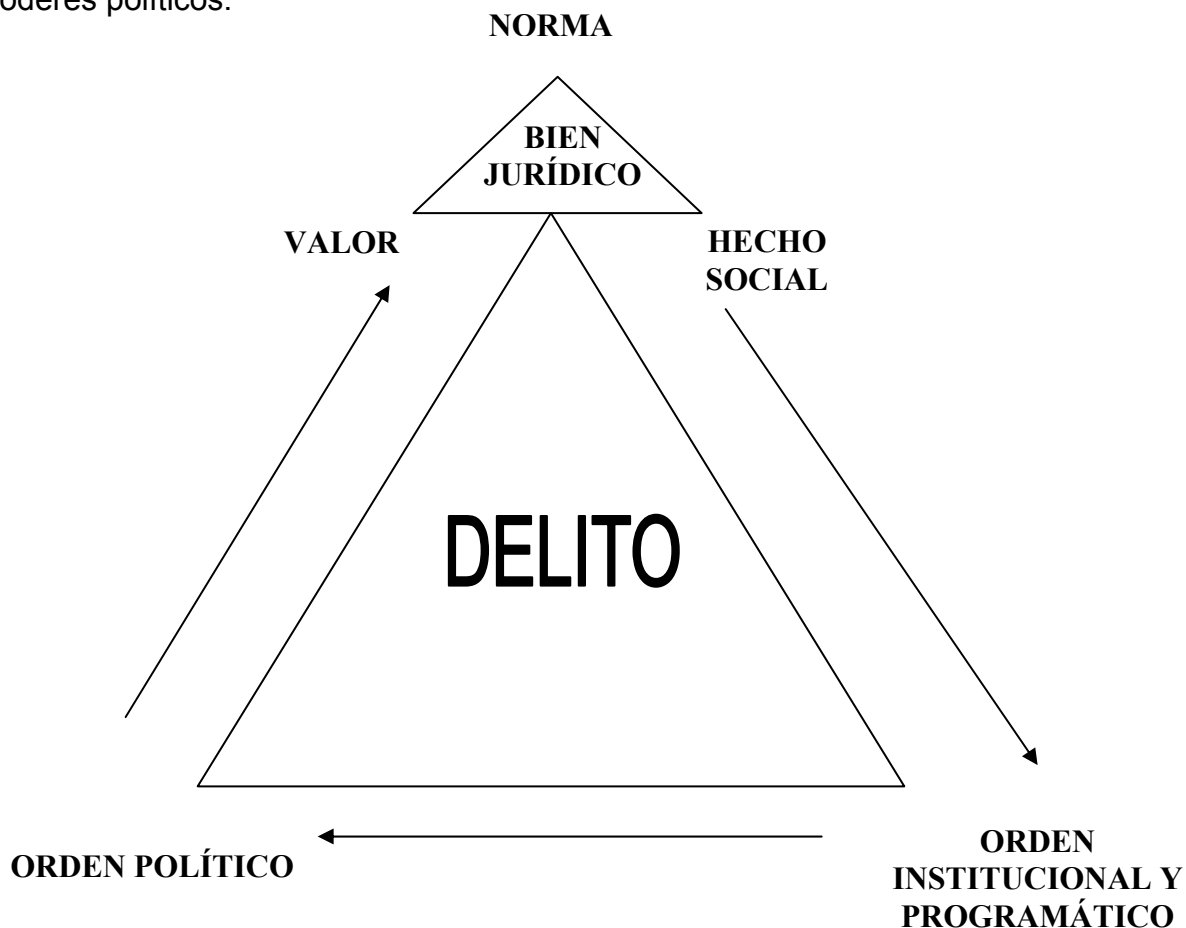


FIGURA 3. El Tridimensionalismo Jurídico y su movilidad

Esto se puede explicar de la siguiente forma, el primer vértice que se aboca al estudio del bien jurídico debe ser realizada por los expertos que mencione anteriormente (abogado, sociólogo, psicólogo), para de ahí una vez obtenido los datos y resultados correspondientes pasar al segundo vértice para realizar sistemas y programas integrales de justicia y seguridad pública, a lo que llamaría hacer una verdadera política criminal, ya que englobaría todos los aspectos concernientes al delito y no sólo se vería al delincuente aislado, recluido y reprimido por causas en la que el estado no supo que hacer con el y prefirió tenerlo apartado del resto de la sociedad. Por último ya teniendo estos programas, entregárselos al orden político, ya que la política es el medio por el cual se puede hacer y si no se llegara a este punto quedaría vacío todo lo realizado por los estudiosos y eso sería o más bien dicho, la frustración de ellos, ya que sería como haber construido un majestuoso edificio para demolerlo en una semana, sin que nunca haya beneficiado a alguien y sin que haya sido de utilidad alguna, pues solo se convertiría en escombros y polvo, desechos que tardaron años en construirse y minutos en ser desbastados, en nosotros está el cambiar dicha forma de actuar de nuestros legisladores.

DOCEAVA. En nuestros días, lo más importante del delito debe ser su prevención, ya basta de hacer un código penal más extenso y complicado, ya basta con elevar las penas que a veces son contraproducentes, ya basta de inventarse nuevos delitos e incluirlos en un código estatal que no tendrá ninguna aplicación, necesitamos un derecho penal garantista y la única manera de lograrlo es previniendo el delito, ya no nos aboquemos a la pena, hay que prevenir la comisión del delito. No es tarea fácil lo anterior, pues mucho de los delitos que se cometen es por falta de información de lo que es un delito y también es consecuencia de los problemas económicos que la sociedad atraviesa, pues de nada sirve lanzar campañas para la prevención del delito, si el Estado no realiza actos para ayudar a esa población marginada por la pobreza, lo que muy probablemente lo inducirá a delinquir. De aquí que se construya una verdadera política criminal en la que no solo el sujeto sea el culpable de dicha conducta, sin

que también se involucren El Estado, la familia, la sociedad, el medio cultural, etc. Esto no se logra a corto plazo pues una verdadera política criminal no se puede agotar en un sexenio es una ardua labor que interrumpen cada seis años y es muy lamentable puesto que así nunca se llegará a nada.

TRECEAVA. Por fortuna, el Derecho Penal empieza a transformarse y actualmente se vigoriza la tendencia preventiva del delito y se está luchando por alcanzar el equilibrio entre los derechos del inculpado y los de la víctima, aunque hasta estos momentos se han dado los primeros pasos fundamentales, es indispensable continuar luchando para que la víctima del delito y del abuso del poder logren ser reconocidos en sus derechos fundamentales.

En la actualidad, la ley dispone que el procesado debe ser sometido a un juicio en el que tenga suficiente oportunidad de defenderse para que, si es responsable, en la sentencia condenatoria se le impongan sanciones condignas; por lo que en justicia, el ofendido o la víctima debe ser atendido y gozar de derechos similares, por lo que el legislador debe reconocerle los derechos que le corresponde. En este sentido, las garantías constitucionales deben ser ampliadas por el legislador para que sean respetadas y cumplidas por los encargados de procurar y administrar justicia; deben crearse otras instituciones que les den los servicios necesarios para que el menoscabo de sus derechos sea superado.

El órgano encargado de ejercitar acción penal y velar por los intereses de la sociedad, que ciertamente, resulta dañada en la ejecución de conductas tipificadas como delictivas, debe además, representar los intereses de quien particularmente sufre los efectos del delito, a quien se le ha denominado con diversas acepciones: sujeto pasivo, ofendido o víctima.

Los distintos organismos encargados de proteger los derechos humanos que tienen por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos han asumido la postura de coadyuvar para el logro del imperio de la ley, de la vigencia del estado de derecho, la aplicación

responsable y justa de la norma jurídica, el reconocimiento formal de los derechos fundamentales y el combate a la impunidad, así mismo están luchando para que la víctima del delito tenga sus derechos plenamente reconocidos en las legislaciones locales, para que esos derechos sean respetados y restituidos para que reciba trato digno y humano, para que deje de ser un ser vulnerable que, por la falta de atención, el abandono y el maltrato, sienta inseguridad e injusticia y, a la vez, pierde la confianza en sus semejantes y en las instituciones.

CATORCEAVA. Al igual que las comisiones protectoras de los derechos humanos, otras instituciones encargadas de velar por los intereses de las víctimas del delito y del abuso del poder, tomando en cuenta el sentido común, luchan por lograr el justo equilibrio de los derechos sustantivos y adjetivos entre los protagonistas del delito ya que las víctimas, al igual que las instituciones que velan por los derechos humanos y la sociedad misma no aceptan ni aceptarán jamás la impunidad, ni la corrupción, ni la violación al derecho, ni la injusticia. Los objetivos de estas instituciones son los mismo de la población mexicana, todos pretenden que los responsables de los delitos sean castigados adecuadamente; que las víctimas sean atendidas, que reciban una suficiente asesoría jurídica, y que los daños que sufrieron con motivo de la comisión de delitos, sean físicos, psíquicos, morales o materiales, le sean reparados. Por otra parte, no desconocemos que la sociedad se ha manifestado en contra de los órganos encargados de procurar y administrar justicia, lo mismo que de los que procuran la protección de los derechos humanos, en parte porque no está suficientemente informada sobre el trabajo que realizan, pero también porque los resultados no han sido los esperados, algunos grupos sociales consideran que la injusticia proviene de la protección de los delincuentes y porque se continúa castigando los inocentes, en esas condiciones las siguientes interrogantes parecen estar vigentes: ¿Cuántos de los delitos cometidos son denunciados? ¿Por qué no acuden a la autoridad todas aquellas personas que sufren un delito? ¿En cuantos casos los denunciados y los testigos se conducen con veracidad? ¿Cuántas de las personas denunciadas por la comisión del algún delito llegan a ser consignadas? ¿Por qué razones no son

acordadas favorablemente por los jueces, todas las averiguaciones consignadas? ¿Qué porcentaje de ordenes de aprehensión son cumplidas? ¿Cuántos procesos son resueltos mediante sentencia condenatoria definitiva? ¿En cuantos casos la víctima de los delitos logran la reparación del daño?.

Desde luego las explicaciones que pudieran darse, son discutibles y diversas, pero para la sociedad, en mucho, las respuestas las encontramos si atendemos a la deshonestidad, influyentismo, irresponsabilidad e incompetencia, causas que a su vez propician la impunidad e injusticia.

La falta de atención al ofendido o a la víctima del delito y del reconocimiento de sus derechos, así como también la injusticia que se comete por haber procesado e incluso privado de libertad al inocente, incuestionablemente molesta enormemente a la sociedad y es un factor importante que influye en la pérdida de credibilidad en la autoridad.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal, Editorial Harla, México 1998

ANDRADE SANCHEZ Eduardo, Teoría General del Estado, Editorial Oxford, primera edición, México 2000.

ARNAIZ AMIGO Aurora, El Estado y sus fundamentos institucionales, Editorial Trillas, México 1995.

ARROYO JUÁREZ, Mario. Apuntes del maestro de la cátedra de criminología, Universidad Villa Rica, Boca del Río, Veracruz, México 2004.

BARROS LEAL, César Oliveira, Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003.

CARBONELL, Miguel, Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México, 1ª Edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2004.

CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Cuadragésima Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

COLÓN MORÁN, José. Los Derechos de la Víctima del Delito y del Abuso del poder en el derecho penal mexicano, 1ª Edición, Editorial Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México 2003.

CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del derecho mexicano. Edit. Harla. México 1999.

DIAZ ARANDA, Enrique. Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1993.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La imputabilidad en el derecho penal mexicano, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1981.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Vargas Casillas, Leticia A. (Coordinadores). Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000), Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2001.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ciencia Jurídico Penal, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003.

GONZALEZ DE LA VEGA Francisco, El Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México 2002.

GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1991

HERRENDORF, E. Daniel. El Poder la Policía en un Sistema de Derechos, Humanos, Cuadernos Inacipe, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1990.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2002.

MANZANERA, Luis, La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1984.

MARQUEZ PIÑERO Rafael, Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, cuarta edición, México 2001

MENDOZA BREMAUNTZ Emma, Derecho Penitenciario, Editorial Mc Graw Hill, México 1998.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. 1ª. Edición, 3era. Reimpresión, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2004.

ROMO MEDINA, Miguel. Criminología y Derecho. 2ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1989.

SILVA SILVA Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Oxford, México 1999.

SIRVENT G. Consuelo, et al. Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Editorial Oxford, México 1999.

VARIOS. Las penas substitutivas de prisión, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1995.