

82871 4
2eje.

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO RECTOR EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALEJANDRO CATALA GUERRERO

Director de Tesis: Lic. Jorge de Tavira Noriega

México, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO RECTOR

EN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

A MI HERMANO JUAN PABLO :

Tu siempre estarás en mi corazón, descanza en paz.

Te quiero Juanpis.

A TODA MI FAMILIA :

Por su gran apoyo y ayuda en mi formación.

GRACIAS

A BASHAM, RINGE Y CORREA, S.C. :

**Despacho al que le debo gran parte de mi
formación profesional y laboral.**

I N D I C E

CONTENIDO	PAG.
INTRODUCCION	1
I LA TRILOGIA PENAL (Delito, Delincuente y Pena).....	4
A. <u>Delito</u>	4
a) Concepto.....	4
b) Elementos.....	4
c) Clasificación.....	8
B. <u>Delincuente</u>	14
a) Concepto.....	14
b) Tipos de Delincuente.....	14
c) Reincidencia del Delincuente.....	23

C.	<u>Penas</u>	27
a)	Antecedentes Históricos del Concepto de Pena	28
b)	Fundamentación y Finalidad	32
c)	Medidas de seguridad.	34
II	LA CULPABILIDAD PENAL	37
A.	<u>Antecedentes Históricos del Concepto de Culpabilidad.</u>	37
a)	Diversos Autores	43
b)	Criterios aplicables actualmente, Culpabilidad en México.	56
B.	<u>Teorías sobre la Culpabilidad.</u>	66
a)	Teoría Psicológica.	67
b)	Teoría Normativa.	69
C.	<u>Diversas formas que adopta el término Culpabilidad.</u>	73
a)	El Dolo.	74
b)	La Culpa.	77
c)	La Preterintencionalidad.	81

III	LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.....	85
	A. <u>Concepto.</u>	86
	B. <u>Criterios para la aplicación e individualización de la pena en México.</u>	88
	a) Facultades y obligaciones para el Juez	88
	b) Circunstancias y métodos en la determinación de la pena. .	92
	C. <u>Peligrosidad y Temibilidad.</u>	103
	a) Relación con los Antecedentes Penales.	103
IV	PROPUESTA A REFORMAS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. . .	108
	A. <u>Tesis y Jurisprudencias importantes a combatir.</u>	108
	a) Jurisprudencias sobre aplicación de la Pena.	108
	b) Jurisprudencias referentes a los Antecedentes Penales. . .	112
	c) Jurisprudencias sobre peligrosidad y temibilidad.	117

B.	<u>Proyecto de Reforma en los Artículos 52, 60, 65 y 66 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.</u>	123
a)	Propuesta de modificaciones.	123
I.	Artículo 52.	123
II.	Artículo 60.	124
III.	Artículo 65.	124
IV.	Artículo 66.	124
b)	Finalidad de la Propuesta.	125
CONCLUSIONES		126
BIBLIOGRAFIA		131
LEGISLACION CONSULTADA		135

INTRODUCCION

Antes que nada es importante mencionar que el presente trabajo se terminó de realizar el día 30 de Diciembre de 1993, sin tener conocimiento de las Reformas al Código Penal y de Procedimientos Penales, publicadas y dadas a conocer a través del Diario Oficial el día 10 de Enero de 1994.

Hablar sobre la individualización de la pena y de la manera en que ésta deba realizarse, resulta para mí un tema muy interesante, ya que probablemente es el acto más importante dentro de la administración de justicia.

He tenido la satisfacción de involucrarme en esta materia, por lo que he podido conocer de la problemática existente en la actualidad tanto en la legislación vigente, como en la forma en que los jueces hacen uso de esta potestad. Esto me ha motivado a la elaboración de la presente tesis, con la que pretendo reflexionar junto con las personas que se interesen en ello, acerca de la justicia con la que todo ser humano debe ser tratado, especialmente cuando están en juego valores jurídicos tan importantes como la libertad.

Esta figura de la individualización de la pena y la propuesta de la desaparición de los antecedentes penales de entre los datos que deben estudiarse para la misma, así como el criterio de culpabilidad que deben seguir los juzgadores en el momento de llevar a cabo la selección de las penas que a cada acusado son aplicables dentro de los marcos que de mínimos a máximos han sido preestablecidos por el legislador, es básicamente el tema que desarrollaré en este trabajo de investigación, el cual, para su mejor desarrollo y comprensión he dividido en cuatro capítulos:

El Primer Capítulo intitulado "La Trilogía Penal", pretende introducir al lector en la materia, creándole una noción general de los conceptos de pena, delito y delincuente.

El Segundo Capítulo, "La Culpabilidad Penal", además de tratar acerca de los antecedentes históricos del concepto de culpabilidad, señala las diversas formas que adopta el mismo, así como su importancia para la individualización de la pena.

El Tercer Capítulo, "Individualización de la Pena", hace un minucioso análisis de los criterios que deben utilizarse para su aplicación en México y trata

también de la Peligrosidad y Temibilidad del delincuente y la manera en que éstas últimas deben ser determinadas en la aplicación de las sanciones.

Por último, el Cuarto Capítulo denominado "Propuesta a Reformas del Código Penal del Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal", conjuga los elementos adoptados en los capítulos anteriores, para así llegar al punto culminante de este estudio, proponiendo la modificación a diversos artículos del citado Código, conteniendo además comentarios a diferentes jurisprudencias para sustentar las opiniones expresadas a lo largo de la presente tesis.

Quisiera por último expresar mi más sincero agradecimiento al Lic. Jorge de Tavira por conducirme en la elaboración de la presente tesis, así como a la Srita. Angeles Toledo Gutiérrez por su invaluable colaboración en la misma, y finalmente, de manera muy especial, a Tony Tena Sánchez por sus valiosos consejos, su compañía, paciencia, ayuda y gran comprensión.

CAPITULO PRIMERO

LA TRILOGIA PENAL (Delito, Delincuente y Pena)

A. Delito.

a) Concepto.

Existen un sinnúmero de definiciones sobre el delito, ya que la mayoría de los autores exponen su propio concepto con sus propias ideas y nociones del Derecho Penal, y esto se da debido a que independientemente de lo que establezca la Ley, el concepto de delito puede variar en el pensamiento de cada persona, pues para la gente un delito es una injusticia, pero no todo lo injusto es un delito y esta distinción es la que nos ayuda y obliga a determinar un concepto de este fenómeno jurídico.

Entre muchas definiciones de la noción de Delito, modernamente diferentes autores nos dicen que:

- Rossi: "Es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos".¹

Ante esta definición me atrevo a comentar que este autor se basa en el Derecho Natural del hombre, consistente en la misma Ley Natural escrita en el corazón de todos los hombres, es decir, el derecho a la vida, seguridad, libertad.

¹ Raúl Carránca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. pág. 220.

etc., que tiene el hombre desde el mismo momento en que nace, derecho que es protegido en nuestra Constitución Política en su Capítulo de Garantías Individuales y que los hombres debemos respetar y obedecer para el bienestar de todos los individuos, y de no ser así, entonces estamos hablando de una infracción a nuestro deber causando así un daño a este bienestar social.

- Carránca: "Es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley, es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." ²

Esta definición nos ayuda a corroborar lo anteriormente mencionado, tal y como nos explica Carránca, el Estado crea la ley para nuestra protección, sin embargo, éste no puede impedir que se realicen infracciones a la misma, ya que la conducta del hombre se realiza libremente aún cuando se trate de conductas reprochables por la sociedad y castigadas por el Estado.

A esta libre conducta consistente en una infracción a la ley se le considera Delito. Es muy importante saber esto, ya que nos va a ayudar mucho para cuando entremos al tema de la culpabilidad y de la intervención del delincuente al cometer el delito o infracción.

- Frank: "Es la violación de un derecho."

² Ob. Cit., *idem*, págs. 220 y 221.

- Tarde: "Es la violación de un derecho de un deber".
- Wundt, Wilffen: "Es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber".
- José Maggiore: "Es, desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico, y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena". ³

Todas estas definiciones nos dan una idea de lo que es o pretende ser el Delito, todas o la mayoría hablan de una infracción a la ley establecida por el Estado o a lo que el Pueblo considera a respetar. Esta infracción no es nada más que el acto u omisión que realiza una persona y que es sancionada por la ley. Así es como nuestro Código Penal define el Delito, en su Artículo 7o., que dice:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes Penales. El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

³ Ob. Cit., Idem, pág. 221.

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

Pues bien, el propio Código Penal establece como caracteres constitutivos del Delito el "acto u omisión" y estar sancionados por las leyes Penales.

Pero ¿qué es el acto u omisión?, es una acción, la cual debe entenderse como la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Esa acción es la propia voluntad de quien la realiza y no nada más es realizar un acto antijurídico y culpable, sino también el omitir realizar actos establecidos por la ley que se exigen para el bienestar común.

En mi punto de vista, es claro el concepto que establece la Ley acerca del Delito, ya que lo que quiere conceptualizar es que partiendo de la base que el "acto u omisión" es una acción, y que esta acción es realizada por la propia voluntad del individuo, pues quien no realiza esta acción no será sancionado por la ley Penal. Es decir, el delito es esa acción que se realiza voluntariamente y que será sancionada por el simple hecho de haber sido realizada. El Delito, es importante definirlo para lo que es este tema de tesis, pues como ya se dijo, el

Delito es sancionado por las leyes Penales y para saber qué se va a sancionar se debe de saber qué se hizo. No todas las personas cometen delitos, porque sabemos o debemos saber que no se deben de cometer, pero hay quien los realiza y también sabe o debe saber de sus consecuencias, allí es dónde radica la culpabilidad, pero ya abundaremos más adelante sobre este concepto.

b) Elementos.

Una vez definido el Delito, entraremos al desarrollo de los elementos que componen a esta figura, los cuales detallan aún más el concepto de Delito.

Raúl Carránca y Trujillo establece como características intrínsecas del Delito, las siguientes: "Es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas, o sea que está conminada con la amenaza de una pena. Acción, porque es acto u omisión humano; antijurídica, porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica, porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable, porque debe corresponder subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción, de donde deriva la consecuencia punible." ⁴

Es aún más conciso Jiménez de Asúa, quien define el Delito y enumera sus caracteres en la siguiente forma: "Hemos de centrar el concepto del delito conforme a estos elementos: Acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sin embargo, al definir la infracción

⁴ Ob. Cit., Idem, pág. 223.

punible nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. en este aspecto diré que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma las características del delito serán estas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Ahora bien, es el caso, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito." ⁵

Como es de observarse, ambos autores coinciden en considerar y afirmar como elementos del delito la acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad según ciertas condiciones objetivas.

Se dice que hay punibilidad según ciertas condiciones objetivas, debido a que la ley impone, por decirlo así, una amenaza de sancionar la acción antijurídica y culpable con una pena, es decir, en ningún momento prohíbe la realización a ésta acción, sin embargo, sí establece las condiciones a que el individuo debe de estar sujeto, y señala la sanción que será aplicada al momento de que se cumplan las condiciones previstas. Esto debe considerarse como una prevención a no cometer esa acción típica, antijurídica y culpable.

⁵ Ob. Cit., Idem, pág. 223.

Como corroboración a lo anterior, es de observarse el punto de vista del penalista Constancio B. de Quiroz, el cual de igual forma que los anteriores autores asevera como elementos del delito la: tipicidad, ilegalidad (antijuricidad), imputabilidad, culpabilidad y punibilidad. En relación a la tipicidad nos dice:

"Que la acción o la omisión, la conducta, tengan, como antes se decía, figura del delito, o como se dice hoy tipicidad, que encajen perfectamente en el molde verbal, en las palabras empleadas por la ley para definir la infracción punible. Si este tipo, si esta figura, si este molde previo falta, no puede haber delito". ⁶

Este autor se refiere que para que se pueda hablar de la existencia de un delito, éste debe de adecuarse al tipo penal que la Ley enuncia, es decir, esta adecuación tiene que ser perfecta a lo establecido por la ley, que si en los códigos sustantivos a la materia no aparece el tipo de delito que puede cometerse, pues la conducta que no aparezca como tal, aún se considere antijurídica, no podrá ser sancionada debido a la falta del elemento de tipicidad.

En relación a la antijuricidad y la imputabilidad, y para el efecto de comprender con mayor claridad estos elementos, el mismo Constancio de Quiroz, nos comenta que: "a la nota de tipicidad se añade la de la ilegalidad, la antijuricidad de la acción, que en modo alguno pueda reconducirse al orden jurídico". ⁷ Por supuesto, pues para que se dé la tipicidad, la acción debe de ser antijurídica, es decir, contraria a la ley y a lo estipulado por el Estado, conducta

⁶ Constancio Bernaldo de Quiroz. Derecho Penal, Parte General. Editorial José M. Cajica Jr. . pág. 68.

⁷ Ob. Ct., idem, pág. 71.

que para que configure al tipo legal, deberá ser en contra a las buenas costumbres y bienestar social.

Continuando con de Quiroz, "todavía más, el acto típico antijurídico, ha de ser imputable a un determinado sujeto como su autor libre, autónomo, dentro de la autonomía normal del ser humano. Un niño, un imbécil, un enajenado, cometen, por ejemplo, un incendio por el amor atávico de la llama: acto típico, ilegal además, pero que todavía no es delito, porque el agente, incapaz de entender y elegir es inimputable." ⁸

En este sentido, se puede observar cómo la imputabilidad es un elemento básico en el delito, pues aunque la conducta o acción sea típicamente antijurídica, es necesario que ésta sea realizada por una persona capaz y con la suficiente razón para saber lo que está bien y lo que está mal.

En relación a la culpabilidad, ésta será analizada más adelante.

Para concluir con este punto, y resumiendo lo analizado por estos autores, se puede decir que el delito conforme a sus elementos es: El acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado bajo una pena según las reglas objetivas de punibilidad.

c) Clasificación.

Para hablar de la clasificación de los delitos hay que establecer

⁸ Ob. Cit., Idem, pág. 71.

primero que nada, de qué clasificación se va tratar, ya que los delitos pueden ser clasificados según su culpabilidad, su realización o su afectación.

En lo que se refiere a este tema, la clasificación a estudiar es la que el mismo Código Penal establece en su Artículo 8o., que dice:

"Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales.
- II. No intencionales o de imprudencia.
- III. Preterintencionales."

Esta división se define en el Artículo 9o. del ordenamiento referido, que establece:

"Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

De esta manera, el delito se está clasificando en relación a la forma de actuar por parte de quien comete la acción, es decir, el grado de culpabilidad

en que se incurre. Cómo ya se había señalado, el delito se constituye por aquella acción típicamente antijurídica y culposa, es culposa porque la acción recae sobre un sujeto que forzosamente incurre en culpabilidad, pero esta culpabilidad puede ser con intención, como lo es el dolo, e inclusive sin intención, como lo es la culpa, pero sigue siendo una acción culposa, es por esto que el Legislador realiza ésta clasificación con el delito, pues cualquier delito implica una acción, cuya acción es culposa, pues de no existir la culpabilidad no puede existir delito. Nuevamente decimos: la acción consiste en el acto u omisión humana, el cual es realizado por la misma voluntad del hombre y, en mi punto de vista, al existir voluntad existe culpa. Nosotros podemos saber lo que es bueno y lo que es malo, y si transgredimos en cualquier acción mala, pues se está incurriendo en una acción culposa, que como la misma ley señala puede ser, con intención o sin ella, pero cometiendo negligencia o falta de cuidado, o simplemente sin prevenir un resultado dañoso.

Esta clasificación consiste básicamente en tres aspectos:

1. El delito intencional, que corresponde al dolo.
2. El delito no intencional o imprudencial, correspondiente a la culpa.
3. El delito preterintencional, corresponde al resultado que va más allá del inicialmente querido.

Lo anterior es de suma importancia en lo concerniente al delincuente que será castigado con una pena por su conducta infractora, pues el determinar

en qué grado de culpabilidad se actuó puede ser la base para determinarse así la sanción correspondiente. En lo personal, esta clasificación de los delitos demuestra que la acción delictuosa es distinta una de otra, pues el daño puede ser el mismo, pero la forma de ejecución no, y el grado de culpabilidad en que se incurrió, determina el hecho y la intervención del infractor.

En los capítulos posteriores serán explicados y estudiados extensamente estos conceptos de culpabilidad como clasificación del delito.

B. Delincuente.

a) Concepto.

El delincuente, también llamado sujeto activo del delito, es quien comete el delito o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario.

Unicamente el hombre, es decir, la persona humana viva, puede ser sujeto activo de la infracción, solamente éste puede ser denominado delincuente.

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material. En la actualidad, el hombre es el único autor o posible autor de delitos, es decir, la responsabilidad penal es personal.

Esto no siempre ha sido igual, en la antigüedad, los animales también fueron considerados como sujetos activos, e inclusive se exigía responsabilidad criminal sobre éstos. Es en la Edad Media en donde más se manifestó esta aberración jurídica. En ese entonces eran frecuentes los procesos contra los animales, procesos desarrollados conforme a rígidas formas procesales, con asistencia de abogados que patrocinaban a los animales acusados. Existen numerosos ejemplos de este tipo de procesos relativos a caballos homicidas, cerdos infanticidas, perros acusados de crimen bestial, topos, langostas, sanguijuelas, etc. Uno de estos procesos muy recordado, el del Siglo XV por el Obispo de Lausana contra las sanguijuelas que infestaban las aguas de Berna, otro más en el Siglo XVI por los habitantes de Autun (Francia) contra los ratones que invadían sus campos, así como otro no menos famoso, de las langostas que desolaban las tierras de labor, fueron excomulgadas por negarse a abandonar los terrenos que ocupaban.

Autores como Quiroz, D'Adossio, Fauconnet, son quienes guardaron estos recuerdos de la época antigua en sus obras: "Los procesos contra las bestias, en alrededor del delito y de la pena", "Bestie Delinquenti" y "La Responsabilite", respectivamente.

Existen otros ejemplos aportados por Jimenez de Asúa como son: El de Troyes (1845) que fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (1861), un gallo por haber picoteado el ojo de un niño y en Londres (1897) el elefante "Charlie" a quien el jurado absolvió por legítima defensa. Sin embargo,

esto ya quedó muy atrás, permaneciendo en la actualidad, el principio universal consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo, así establecido en nuestro Derecho Penal, en sus Artículos 7, 8, 10, etc., del Código Penal.

Artículo 10 del Código Penal: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley."

Se discute ampliamente si no sólo la persona individual, sino también la moral o jurídica, puede ser sujeto activo del delito. Para esto, habría que citar lo que establece el Artículo 11 de nuestro Código Penal, que a la letra dice: "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

En mi parecer, este artículo realmente no establece que la persona moral o jurídica sea sujeto activo del delito, sin embargo, impone una responsabilidad para la entidad en relación a sus miembros o representantes que se apoyan en ella misma para la realización de un delito, sin embargo, ésta queda

afectada por quien la representa o integra. Penalmente, no considero que la persona moral en sí, pueda ser el sujeto activo de una infracción, pero sí de quiénes la representan pues no le falta razón al Legislador en establecer que la misma entidad puede proporcionar los medios necesarios para delinquir, y por lo mismo sancionar con la suspensión o disolución de la misma.

Criticable es esta responsabilidad penal de las personas morales, sin embargo, para esclarecer más esta interrogante, habrá que señalar el pensamiento de algunos autores, como Binding que expone: "Es imposible considerar como responsable de un delito al miembro de una corporación que no ha podido impedir el acuerdo tomado o que ni siquiera lo ha conocido".⁹ Es cierto lo que este autor nos dice, pues cómo puede considerarse delincuente a una persona que le es imposible opinar siquiera de alguna resolución tomada por la Sociedad o que no conoce ni puede conocer la misma.

Berner señala: "El delito de la persona jurídica no es, en suma, más que el de las individualidades que la componen".¹⁰

Este autor coincide en mi pensamiento de que, quien realmente comete la infracción es la persona individual.

b) Tipos de Delincuente.

Antes de querer clasificar a los delincuentes, es importante hacer mención de la ciencia que los estudia, esta ciencia, un poco ya conocida, es la

⁹ Raúl Carránca y Trujillo, Ob. Cit., pág. 264.

¹⁰ Ob. Cit., Idem, pág. 264.

Criminología, también llamada como la "Ciencia del Crimen". Es la encargada de estudiar al hombre delincuente, del delito y de los medios de represión, así como en sus nociones jurídica, filosófica, etnográfica, histórica y cuantitativa. Las frases externa e interna, etnográfica, ambiental del delincuente. Para el autor Ignacio Vittalobos, la Criminología es: "Una ciencia investigadora del delito y de sus causas y abarca diversos estudios que podrían clasificarse de acuerdo con el medio de donde proceden las influencias productoras del delito, que son el hombre mismo, el medio físico y el medio social".¹¹

Bien, como se puede observar, la Criminología estudia además del delincuente, al delito en sus diversos aspectos, sin embargo, importante es al momento de entrar en el estudio del delincuente y de la clasificación de éstos. La Criminología juega un papel muy importante en lo que se refiere a la determinación de la pena aplicada al delincuente, pues puede determinar porqué se delinquirió, así como la personalidad del sujeto y su estado psicológico. Varios autores durante el trayecto de la Historia han realizado diversas clasificaciones del delincuente, algunos coinciden y en general son las mismas, pero aquí lo importante en mi forma de pensar, es que si existe esta ciencia que estudia en diversos aspectos al delincuente, porqué no existe una verdadera escuela, por decirlo así, que conociendo ya el aspecto del criminal, trate de rehabilitar en su totalidad a dicho delincuente, pues si estamos hablando de sujetos con problemas de tipo psicológico, ni aún la peor pena privativa de libertad, lograría cambiar la forma de pensar o actuar de éste.

¹¹ Guillermo Collin Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S.A. pág. 7.

A lo que voy es a lo siguiente, ya que estamos hablando del delincuente y de la ciencia que lo estudia, antes de entrar a la clasificación criminal, quiero hacer énfasis a lo anterior.

Como ya se dijo, el delito se comete con la propia voluntad de quien lo realiza, pero es probable que esa voluntad se derive de problemas psicológicos en el sujeto, que lo obligan a actuar de esa forma, ante esta situación, insisto, la pena no va a solucionar esa problemática, pues hace sufrir más al delincuente y va a provocar mayor conflicto en su persona. He aquí la importancia de la Rehabilitación Social, pero en México no podemos hablar de una correcta rehabilitación mientras en los Centros Rehabilitadores, como lo son los Reclusorios Preventivos existan o se den casi a diario delitos de todo tipo.

El médico italiano Cesare Lombroso, Tratadista Antropólogo, realiza una clasificación de los delincuentes más comunes y que, tienen a su vez características también comunes a una generalidad. Para Lombroso el delincuente es un ser enfermo y, como nos narra de Quiroz: "si los delincuentes son una especie de locos, no deben ser castigados, sino que deben ser tratados como locos, deben estar segregados de la sociedad, o temporalmente, sino indeterminadamente en razón a su temibilidad en nosocomios criminales".¹² De aquí la importancia de que en el Derecho Penal se considere caso por caso al individualizar la pena, pero siempre con un estudio criminológico que nos permita detectar el tipo de persona con la que se está tratando, ver su problema en lo

¹² Constancio Bernaldo de Quiroz. Programa de Criminología. Primera Edición. Editorial José María Cajiga, Jr. Puebla, México, 1958. pág. 37.

individual, para lograr impartir con mayor eficacia y verdad, la justicia además de dar el tratamiento más adecuado al caso en particular.

Clasificación de Lombroso sobre los delincuentes:

I **Delincuente Nato.**- Características de hombre salvaje, de especie inferior, que no evolucionó y que, por tanto, es un ser atávico considerado con una detención de desarrollo.

En cuanto a sus sentimientos morales, es insensible al efecto, es colérico, celoso, vengativo, obsceno y cínico.

Según Kowalewsky, "la expresión delincuente nato significa que éste al abandonar la vida intrauterina, posee elementos nerviosos organizados y compuestos de tal manera que sus manifestaciones, como la facultad de sentir, de pensar y de obrar, serán forzosamente diversas al resto de los hombres".¹³

II **Delincuente Loco Moral.**- Sujetos con mayor peso y fuerza que el común de las personas. Su sensibilidad moral es primaria y a veces carente totalmente. Son astutos y en el aspecto sexual muy precoces y violentos. Atacan sin causa, sólo por producto de su proceso mental que crea ideas sin tener base en su vivencia, generalmente son impulsados por el odio, la envidia, o la venganza, no presentar conciencia en sus actos y por tanto determinar su culpabilidad resulta difícil.

¹³ Kowalewsky. Psicología Criminal. París, 1905. pág. 14.

III **Epiléptico**.- Estos responden a situaciones internas, en todo tiempo permanecen latentes y reaccionan generalmente de manera violenta, no comprenden muy bien las cosas que son objeto de sus ataques, con los verdaderos sentimientos y causas que los impulsan.

Una vez logrado su propósito, son personas tranquilas y sin remordimientos, pierden su conciencia al efectuar sus actos y así es difícil localizar la razón de su comportamiento. A este delincuente lo clasifica como el más terrible y peligroso de los que existen.

IV **Delincuente Loco**.- Sus conductas delictuosas tienen su origen en su situación psicológica, Lombroso establece que estas personas son enfermas mentales, es decir, que están locos. Estos delincuentes se ven alterados en su personalidad ya que tienen una obstrucción que desvirtúa sus ideas y se conducen más por sus pasiones.

V. **Delincuente Pasional**.- Es una persona que libera sus más íntimos ímpetus, que rebasan por mucho su conciencia, generalmente son personas jóvenes que carecen de madurez y por tanto no tienen niveles óptimos de reflexión, se dejan guiar por sus sentimientos dejando a las razones en otro lado, después de ello regresan a un estado completamente normal, casi humilde.

VI. **Delincuente Ocasional**.- A este delincuente se le subclasifica en:

a) **Pseudo-Criminales**, quiénes cometen delitos por culpa o por mera negligencia.

b) **Criminaloides**, aquellos que tienen el ánimo de delinquir, pero sólo lo hacen cuando tienen la oportunidad, pues buscan circunstancias favorables y libres para actuar.

c) Habituales, aquellos que tienen un medio racial, familiar y económico adverso, lo que genera una necesidad que ha de tener que ser cubierta; llevan un tipo de vida ingrato que provoca en ellos un serio resentimiento contra lo establecido.

Esta clasificación aportada por Lombroso es universal y reconocida por otros autores como la más atinada y aparejada a la realidad. Así es como Enrico Ferri, principal exponente de la Escuela Positiva, clasifica casi de la misma manera que Lombroso a los delincuentes:

- **Al Delincuente Nato** lo considera como un tipo criminal completamente predeterminado.

- **Al Delincuente Loco**, como aquél que tiene serias perturbaciones y desviaciones mentales, sus procesos mentales no son completos, ni correctos.

A este sujeto, realmente yo no lo llamaría delincuente, simplemente

lo llamaría loco, pues estando así no creo ni siquiera que sepa qué es delinquir o que él es un delincuente.

- **Del Delincuente Habitual** nos dice que éste posee la tendencia para delinquir, y ahora que entremos al tema de la reincidencia sabremos porqué se le denomina al delincuente habitual como "habitual".

- **El Ocasional**, al igual que Lombroso, lo considera como aquél que espera el momento oportuno, o la ocasión favorable para delinquir.

- Y por último, considera al **Delincuente Pasional**, a aquél que tiene poco control por sus sentimientos, los que rebasan su capacidad de entendimiento y de control.

Independientemente de la existencia de estas clasificaciones, considero que es difícil clasificar a los delincuentes, ya que a través de la historia se dan un sinnúmero de casos individuales en la forma de proceder de éstos, cualquier persona, esté loca o no, tenga una vida difícil o feliz, puede cometer un delito y no necesariamente va a encuadrar en alguna de las clasificaciones anteriores, sino simplemente actuó equivocadamente.

c) Reincidencia del Delincuente.

La reincidencia ha existido desde épocas muy antiguas, el Derecho Romano agravó las penas en virtud de ella. Han existido épocas en que la reincidencia, como en Roma, era motivo para agravar la sanción o pena, en otras

sucedía lo contrario. Ante esto, existía un gran desconcierto entre los primeros tratadistas en relación a esta situación sobre la pena. Entre algunos de éstos, el tan ilustre Carmignani, establecía que el valor de la reincidencia debía ser neutro, es decir, ni atenuante ni agravante, sino indiferente del todo. Así es, si la pena es el pago que el delincuente hace a la sociedad por la deuda que ha contraído con ella en razón de su delito, una vez que el delincuente ha cumplido la pena, su deuda se ha extinguido del todo y sería injusto volver a cargarle en la cuenta del nuevo delito una partida que ya dejó saldada.

Algunos otros autores como Kleinschrood, estimaban que el reincidente merece una atenuación de la medida penal, pues si el delito es producto del libre albedrío, al cual debe adaptarse la pena, el albedrío del que reincide está disminuido, menguado por la costumbre de delinquir.

Sin embargo y hasta la fecha, la reincidencia se convirtió en una causa de agravación del nuevo delito, esto es, tal y como decía Carránca, este delito nuevo demuestra la insuficiencia de la penalidad del delito anterior. También dice que la reincidencia es la recaída del delito anterior. También nos dice: La reincidencia es la recaída de un delito, no simplemente después de impuesta la pena, sino de cumplida en toda su intensidad, ésto es, después de haber sentido, sin consecuencias, el efecto intimidativo de la pena.

En mi parecer, ésta aseveración de Carránca se me hace un poco atrevida, pues no necesariamente el que comete un delito posterior a uno que ha habido cometido y cumplido una sanción, se debe a una insuficiencia en la pena,

más bien se debe a una mala rehabilitación en el delincuente, pues no creo que aquél haya disfrutado de la pena y estoy seguro que lo que menos quiere es regresar a prisión, pero si vuelve a delinquir es porque esta persona no está rehabilitada y aún conserva sus deficiencias o problemas que lo indujeron a cometer su primer delito. Como anteriormente expuse, el agravar la pena por un segundo delito, no considero que sea el método adecuado para hacer razonar a un delincuente, pues el delincuente seguirá siendo siempre la misma persona, por mucho castigo que se le imponga y más aún con el sistema de Reclusión que existe en nuestro país.

Para entender un poco más el concepto de la Reincidencia y cómo se conceptúa en la actualidad, hay que redactar lo que nos establece nuestro Código Penal en su Artículo 20 que expresa:

"Hay Reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

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

Aquí aparecen tres aspectos importantes, el primero se refiere que para poder hablar de reincidencia, al recaer en el delito, debe existir el precedente

de otro, siempre y cuando haya alcanzado la condición procesal, que exigen una sentencia irrevocable, es decir, que haya causado ejecutoria. El segundo aspecto se refiere a la prescripción, es decir, se considerará reincidencia aquella recaída que se dé en un determinado plazo, que la ley ha señalado que será desde el momento del cumplimiento de la pena o desde el otorgamiento del indulto, hasta que se haya cumplido un tiempo igual al de la prescripción de la pena, o salvo las excepciones que la ley fije.

Hay autores que consideran que la reincidencia debe tener un carácter perpetuo y no debe operar prescripción alguna, y quiénes ven que nadie puede estar encadenado a un pasado y tiene derecho a su superación. El tercer aspecto es en relación al delito cometido en el extranjero, también se tomará en cuenta la reincidencia sobre aquél, siempre y cuando contenga el carácter de algún delito establecido en nuestro Código Penal o Ley especial.

Por último, la reincidencia presenta una clasificación, la genérica y la específica. Existe la Genérica, cuando se reincide en el mismo género de infracciones (contra el honor, contra el patrimonio, contra la vida o integridad corporal, etc.). Si la recaída es un delito idéntico o semejante al primero, entonces existe la reincidencia específica.

Uno de los efectos de la reincidencia en nuestro derecho es la agravación de la pena, así lo establece el Artículo 65 del Código Penal: "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponérseles por el último delito cometido, aumentándolo desde un tercio, hasta dos tercios de su duración,

a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos terceros hasta otro tanto de la duración de la pena: Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma".

Otro de los efectos de la reincidencia es la pérdida del derecho a la libertad preparatoria, pues el mismo Artículo 65 del ordenamiento referido, establece: "En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad".

En realidad, no es que yo esté en desacuerdo de la reincidencia, pues de que existe, efectivamente existe y se da en todas partes del mundo, pero en lo que no estoy de acuerdo es en que se agrave la pena, pues considero que cada delito es distinto y con diferentes motivos para efectuarlo, más bien tomaría en cuenta a la reincidencia para conocer más al delincuente y estudiarlo en lo más fondo de su persona. Si tomamos en cuenta que la reincidencia se dá, también habrá que tomar en cuenta que en muchas personas no se dá, y eso hay que considerarlo para ver que sí se puede rehabilitar al sujeto. Sin embargo, más en contra estoy, y esto en lo que se refiere al tema de ésta tesis, es a los antecedentes penales que se toman tanto en cuenta y que influyen para la aplicación de la pena, pues considero más importante el análisis de la culpabilidad en que se incurrió, que el precedente penal del delincuente. Esto se tratará más en los siguientes capítulos.

C. Pena.

a) Antecedentes Históricos del Concepto de Pena.

Las primeras penas que existieron fueron las primitivas, comenzaron con la natural reacción de cada hombre contra alguna lesión en sus bienes, vida e integridad corporal, así como reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. A partir de aquí, se comenzaba a manifestar la venganza, la cual dio origen a graves males, guerras privadas muy sangrientas que produjeron la destrucción de varias familias. Existían vengadores muy crueles y sin limitaciones, atacaban contra su agresor o familiares de éste causando todo el mal posible con el afán de vengarse, pero excediéndose en lo justo. Así es cómo y para el efecto de evitar esa reacción ilimitada que produjera consecuencias graves, surge la regla del Talión, por medio de la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor al inferido a su víctima. Su fórmula, ya conocida fue "Ojo por ojo, diente por diente", acotándose así la venganza con un mayor sentido humanitario. Otra limitación a esta venganza, lo fue la Composición en dónde el ofensor (delincuente), realizaba un pago en dinero, animales, armas, etc., para así evitar la venganza del ofendido.

De esta manera comienza a surgir la idea del concepto moderno de Pena, el cual ha variado a lo largo de la historia e interpretado por diferentes autores según su criterio. La idea que surge al concepto de Pena fué: peso con que se restablece el equilibrio de la balanza descompuesto por el delito. Ulpiano definió la Pena, en dos palabras "Stimatio Delictis", que significa: la estimación de los delitos, o más bien, el precio de los mismos, pagado por el autor. Esto expresa el símbolo de la balanza, es decir, pagar por el daño que se causó.

Tiempos después, un jurista del Siglo XVI, da una nueva definición de la Pena conocida como: "un mal de pasión que se aplica a consecuencia de un mal de acción", o sea del delito. De igual forma Carlos Roeder, Profesor en la Universidad Heidelberg, ponía en cuestión que la pena debiese ser un mal necesariamente, considerándola a ésta como: "el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente, pero la reforma no ha de limitarse a alcanzar la mera legalidad externa de las acciones humanas, sino la íntima y completa justicia de su voluntad".¹⁴ Asimismo dice: "Debe por tanto la Pena revestir el aspecto de un tratamiento puramente correccional o tutelar y no debe pronunciarse de un modo fijo e invariable, si no durará más o menos tiempo según tarde más o menos en reformarse la mala voluntad que se desea mejorar".¹⁵

Por otro lado, y con un concepto muy parecido, tenemos lo que define Kant como Pena: "Es un Imperativo categórico, una exigencia de razón y de justicia, y es consecuencia jurídica del delito realizado, su imposición no aspira a obtener fines de utilidad, sino puramente de justicia, su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica".¹⁶ De aquí, lo sobresaliente es: la retribución de lo igual con lo igual, aproximándose así al principio del Tallón.

Como podemos observar, este tipo de conceptos se asemejan, considerándose a la Pena como un mal merecido para el delincuente, por el año

¹⁴ Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Tomo I. (Parte General). Editorial Nacional, S.A. México, 1951. pág. 42.

¹⁵ Ob. Cit., Idem, pág. 42.

¹⁶ Ob. Cit., Idem, pág. 40.

que ocasionó, dándose así un concepto de venganza o justicia, más que un concepto de "corrección".

Estas interpretaciones aportan un significado general y conciso de lo que es la pena, sin embargo, se han desarrollado conceptos más técnicos, utilizados aún más en la actualidad, uno de ellos es el que señala Constancio de Quiroz, quién para definir la Pena, realiza una comparación directa con el concepto de Delito, y siendo así, la determina como la reacción jurídica, típica, contra el delito, según la culpabilidad y la peligrosidad del culpable. Explicando el concepto, si el delito es una acción, la pena es una reacción contra éste y si la acción es antijurídica, la pena tendrá que ser siempre una reacción jurídica. Asimismo, la pena ha de ser una reacción típica, ha de consistir en limitaciones o privaciones de derecho, determinadas taxativamente por la ley, tal y como explica Feberbach, quien dice que si para la imputación no hay más delitos que lo que previamente ha definido la ley, para la punición tampoco hay más penas de las que la ley, previamente, haya establecido, con su contenido penal bien detallado. Por último y en lo que se refiere a la culpabilidad y peligrosidad del culpable, desde el punto de vista de la culpabilidad, la pena mira hacia atrás, es decir, se mide por la culpa en el delito y, desde el punto de vista de la peligrosidad, atiende al provenir, es decir, mira hacia adelante, para evitar delitos nuevos.

Ahora bien, como conceptos más actuales, tenemos el del Penalista Cuello Calón, quien se refiere a la Pena como: "El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal." 17

17 Ob. Cit., Idem, pág. 544.

Efectivamente, el Estado impone una sanción, la cual será ejecutada contra el delincuente, y esa pena o sanción será su sufrimiento, su castigo, pues la pena es personal, ni la familia, ni demás personas cercanas a él, serán ejecutadas por el delito de éste, es decir, estará pagando personalmente su mala conducta.

Continuando con el concepto moderno, y como Noción de Pena, el Penalista Raúl Carránca y Trujillo toma en cuenta a la Pena como elemento del delito, como aquella legítima consecuencia de la punibilidad, impuesta por el poder del Estado al delincuente, y relaciona su noción con el Derecho Punible y con las condiciones que requiere la imputabilidad (ver pág. 4, Elementos del Delito), pues si ésta se basa en el libre albedrío (voluntad del hombre), la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; en cambio, si se basa en la peligrosidad social, acreditada por el infractor, entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales. Esto es, y a mi entender, la pena se define por la mayoría de los autores como un castigo merecido por el delincuente, y efectivamente, así lo es, entonces, si se está castigando al sujeto por una conducta y de alguna forma está pagando por ella, ¿porqué habría que castigarlo nuevamente por esta conducta?, ésto en el supuesto de que cometiera un nuevo delito y que para sancionarlo por esta nueva infracción consideren como agravante su conducta precedente, su antecedente penal, pero vuelvo a repetir ¿que no se supone que ya se le castigó por aquella conducta? y ¿no acaso ya cumplió con su castigo correspondiente?, entonces, no estaríamos hablando de un mal por una mala acción, sino que sería un doble mal por otra mala acción.

Como último concepto de la Pena, señalaré el del maestro Carránca, el cual establece que la pena es un mal que se inflige al delincuente, es un castigo, atiende a la moralidad del acto, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas. Nuevamente se coincide con los demás autores, considerándose aquí a la pena como el medio para atender a la moralidad del acto, es decir, el daño moral que en la mayoría de los delitos se ocasiona y que será sancionada con un castigo por quien la provoque.

Sin más conceptos que analizar será importante ahora desarrollar el fundamento y finalidad de la pena.

b) Fundamentación y finalidad.

En relación a la sanción penal, los fundamentos constitucionales los encontramos en los Artículos 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, lo que más nos interesa en este tema es el fundamento de la Pena en nuestro Código Penal en su Artículo 24 y demás relativos, éste en lo que se refiere a las penas y medidas de seguridad. Se establecen diversos tipos de sanción como la prisión, tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, confinamiento, sanción pecuniaria, entre otros. Lo relevante para esta tesis no es tanto el tipo de pena, sino más bien su aplicación y medios para determinar la sanción. Esto se verá más adelante.

La finalidad de la Pena nos conduce a la necesidad que representa para un bienestar social. Como fin principal es la prevención general así como la

particular, es decir, incapacitar al reo para causar daño, enmendarlo e intimidarlo.

La finalidad de la Pena un poco distante al concepto de la misma, nos establece el porqué de ésta, para qué nos sirve y la importancia de su existencia. Una opinión sobre esta finalidad es la de Feberbach, que nos dice: "Fin de la Pena es la intimidación, por medio de la amenaza, de todos los ciudadanos, como posibles delincuentes, para apartarles de la comisión de delitos, y en caso de que el delito llegue a ejecutarse mediante la ejecución de la amenaza legal; la ejecución de la pena también tiende al mismo fin de intimidación de los ciudadanos por medio de la ley. El fundamento jurídico de la amenaza penal es la necesidad de asegurar todos los derechos".¹⁸

En el mismo momento en que se amenaza a la persona, se está protegiendo el bien jurídico, tal y como dice el gran penalista Pessina, quien señala como fin de la Pena, no la retribución moral, sino la retribución jurídica.

La Pena se justifica por ser necesaria para el mantenimiento del orden jurídico y como consecuencia de ello para la seguridad social.

Para el penalista Liszt, el fin de la Pena es el mantenimiento del orden jurídico. Este fin se obtiene:

1. Mediante la amenaza de la pena, la cual advierte o intimida a todos los ciudadanos, obteniéndose de esta forma la prevención general.

¹⁸ Ob. Cit., Idem, pág. 41.

2. Mediante la ejecución de la pena, la cual se da sobre los ciudadanos, reprimiendo sus tendencias al delito, asegurando su sentir jurídico.

Esta doctrina, en mi parecer, resulta tan sólo una hipótesis en lo que se refiere a las tendencias del delincuente, ya que no se puede asegurar que con la amenaza de sufrir una sanción no se delinque, y menos aún para aquél en que ya se ejecutó una pena y recaiga en el delito, pues por lo menos éste ya conoce del sufrimiento impuesto por el estado y a lo mejor ya no repercute en él dicha amenaza.

Interesante resulta el aspecto que le da Raúl Carránca y Trujillo al fin de la Pena, pues establece que la pena no es un fin en sí, sino el medio para un fin, o sea la corrección y readaptación del delincuente. Sin faltarle razón a este autor, también es importante mencionar que no únicamente con la pena se va a lograr la corrección y readaptación del delincuente, y más bien lo que se intenta lograr con ésta, es el poder convivir en una sociedad que se sabe que hay justicia y que existe el castigo para quien corrompa esta armonía social, y así conservar la tranquilidad de la vida en sociedad.

c) Medidas de seguridad.

"Las medidas de seguridad son ciertas medidas impuestas por el Estado a determinados delincuentes encaminadas a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación), o su

segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto). " (Cuello Calón). ¹⁹

Las medidas de seguridad acompañan y complementan, mediante un sistema intermedio, a las penas. Se les reconoce como medidas contra ciertas especies de delincuentes, como los habituales y otros que revelen estados peligrosos, tal como ocurre con los enfermos mentales y con los menores.

Hay autores como Ferri que establecen que las penas y las medidas de seguridad son exactamente una sola cosa, con dos nombres distintos. Hay otros como Listz, quién no está de acuerdo con Ferri, el cual diferencia a las penas con las medidas de seguridad, en que las primeras son para los delitos y las segundas son para los estados peligrosos.

Por último la medida de seguridad se impone atendiendo a la peligrosidad del delincuente que no aspira a causar un sufrimiento al culpable, que su determinación tiene como única base el fin de seguridad a que aspira y que por tanto dependerá del peligro que represente el individuo sobre quien actúa, que no tiene otro sentido que el de una medida de defensa social.

En nuestro Código vigente, el Artículo 24 del Código Penal, anteriormente mencionado, no establece una diferencia plena entre estos dos conceptos, pues claramente los enumera conjuntamente, estableciendo: "Las penas y medidas de seguridad son:", de esta diferencia se encarga la doctrina.

¹⁹ Ob. Cit., Idem, pág. 551.

Con este sistema se han determinado diversos grados de la peligrosidad criminal, como lo es el grado no muy elevado, a ella corresponden las penas, y el grado elevado, que supera los límites marcados en lo general para la entidad objetiva del delito, refiriéndose a la personalidad antisocial, anormal y exagerada del sujeto que delinque, a ella corresponden las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad son necesarias y bien establecidas, sin embargo, un delincuente peligroso puede aparecer en cualquier momento y sin que se crea que lo es.

CAPITULO SEGUNDO

LA CULPABILIDAD

A. Antecedentes Históricos del Concepto de Culpabilidad.

Hablar de la Culpabilidad Penal según su naturaleza, sus diversas formas, según su tiempo y lugares, sería de una gran explicación. Es por esto que trataremos este tema con lo más relevante y sobresaliente de lo ocurrido a través de la historia y que nos hará conocer con precisión el nacimiento y evolución del concepto de culpabilidad a nivel mundial.

Primero que nada habría que distinguir y analizar las dos grandes categorías de delito y crimen: el primero nos remite a los jueces de los tribunales correccionales; el segundo, en Francia y otros países, a los tribunales de las audiencias de lo criminal.

Esta distinción parece ser más de orden cuantitativo que cualitativo; es decir, es una distinción de niveles: el Crimen se diferenciaría del delito por su gravedad, variable según las sociedades y definida por la ley. Se "criminaliza" un delito cuando se persigue proteger especialmente un elemento de la vida pública o una parte de la población.

El Código Napoleónico institucionalizó el paso de la preminencia de la riqueza inmobiliaria a la de la riqueza mobiliaria. Sin embargo, sensible todavía al valor de lo inmobiliario, diferenciaba a los campesinos distinguiendo el robo

simple de los frutos ya recogidos del mucho más severo castigo de los frutos "pendientes de ramas y raíces", y favorecía además las acciones de la Banca de Francia que acababa de ser creada, convirtiéndolas en inmuebles, que no podían ser rendidas o comparadas más que ante notario, castigando severamente el robo de las mismas.

Se puede observar cómo con estas distinciones se determinaba una diferencia de conductas que a razón primera se trataban de un mismo delito como lo era el robo de los frutos, sin embargo, no era lo mismo, ya que una conducta era robar el fruto del suelo y la otra era robar del árbol. Esto es muy interesante en el sentido de que aunque las consecuencias y repercusiones del hecho eran las mismas, se castigaba con mayor intensidad a aquél que cometiera el robo de los frutos en desarrollo.

En el Derecho Español, el robo no es más que un delito, pero se convierte en crimen si se perpetra de noche y en grupo. Sin embargo, en ciertos casos este último crimen puede ser menos grave que otros realizados por un individuo durante el día.

Nuevamente se observa cómo la conducta varía de alguna forma para cometer el mismo delito que la ley establece y sanciona como tal, y por esto es que el Código Napoleónico no estaba tan equivocado ya que lo que se intentaba era determinar el grado de culpabilidad en el delincuente.

Desde la época antigua, según dice Jiménez de Asúa, "El derecho de

los antiguos pueblos, fulminaba el castigo por la sola producción del resultado dañoso; todos conocieron la responsabilidad sin culpa e incluso la que surgía sin lazos de causalidad material, pues a veces se basó meramente en una relación de contigüidad o de semejanza afectiva (familiares del actor, enemigos de la tribu, etc.)".²⁰

Se puede decir que ésta época era la más oscura del proceso evolutivo del derecho penal, en ella no se tomaba en cuenta la culpabilidad, sino al delito sin culpa. Obviamente estamos hablando de la época antigua puesto que en la actualidad no hay delito sin culpabilidad. El resultado era el que se castigaba ya que cuando éste causaba un daño, era punible, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la conducta. Se sancionaba el hecho por sus resultados tomándose de base el aspecto material ya que en ocasiones hasta se sancionaba al inocente, pues las penas iban más allá de la persona que había intervenido en el acontecimiento y se castigaba también a sus descendientes. La idea predominante en los pueblos antiguos, tiene como fundamento, la responsabilidad sin culpa; sin embargo apunta Jiménez de Asúa que "es en la propia Grecia donde la idea de la justicia empieza a perfilarse fundada ya en la culpa; es así como, cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia y las Erinnias, de meras Furias dejan paso a la constitución de un tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa se instala, en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva."²¹

²⁰ Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962. pág. 102.

²¹ Ob. Cit., Idem, pág. 105.

Entrando a la época Romana, aún existe la duda acerca de si los romanos, en alguna etapa de su desarrollo, reconocieron la forma antigua de la culpabilidad ajena al hecho realizado. Según Mommsen, sí se conoció este tipo de responsabilidad; pero que a partir de las Doce Tablas, "el concepto del delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar." ²²

Aún habiendo sido aceptada en esta época la responsabilidad sin culpa, fue tan rápida la evolución jurídica de la culpabilidad que aquel concepto no dejó huella sensible y sí, en cambio, muy pronto apareció el hombre con su voluntad y su propia intervención en el hecho, como elemento esencial para la determinación de la responsabilidad penal.

Analizar este tipo de evolución a través de la historia es muy importante y esencial para el desarrollo de este tema, no se puede entender cómo se dan estos cambios, pero sí se puede decir que si se dan es por la necesidad de penetrar a la lógica y a la moral de la humanidad. Si bien es cierto que el afectado por la Comisión de un delito cometido en su contra puede llegar a sufrir consecuencias de gran trascendencia, también es cierto que quien le provocó esa afectación es un ser humano con sentimientos y alma, lo cual tiene derecho a que su acto sea analizado y se determine un grado de culpabilidad que de ser determinada como grave o leve, se le va a sancionar pero de acuerdo a lo que se merece. ¿Qué culpa podían tener aquellos descendientes del delincuente que eran castigados por actos de su familiar? y ¿qué tan grave podía ser ese acto para

²² Mommsen. El Derecho Penal Romano (citado por Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962. pág. 106).

que sin analizar todos los aspectos circunstanciales del mismo, se decidía reparar el hecho material e inclusive moral con la vida de unos inocentes?

Pero quien mejor que la historia puede decir que en la época antigua estaban bien o mal, ellos seguramente creían que el procedimiento que seguían era el correcto, pero la historia y la sabiduría de aquellos grandes pensadores nos demuestran que no lo era.

Sin embargo, entre la caída del Impero Romano y la Revolución Francesa, la evolución del concepto de la culpabilidad sufrió un retraso y, en cierta forma, también un estancamiento. Nos explica Vela Treviño que, "es así como del reconocimiento que había hecho el Derecho Romano de las formas tradicionales de dividir la culpabilidad en dolo y culpa y en función del sujeto actuante, se vuelve a la llamada responsabilidad por el resultado".²³

Es decir volvemos al concepto de sancionar el hecho material sin tomar en cuenta la culpabilidad, la conducta culposa en el actor. Simplemente y lo más importante a considerar era el daño ocasionado. Correcto, se debe de tomar en cuenta el daño que se causó, pero ¿porqué se realizó esa conducta?, ¿con qué intención se llevó a cabo?, ¿de qué forma y porqué motivos se dió?. Para sancionar se deben de considerar las respuestas a estas preguntas, y así aplicarse el concepto de culpabilidad.

²³ Sergio Vela Treviño. Culpabilidad e inculpabilidad, Teoría del Delito. Editorial Trillas. México 1977. pág. 142.

Pero esta idea de la responsabilidad por el resultado perdura hasta el inicio de la Revolución Francesa (1789). Durante este período, los conceptos aparecen frecuentemente mezclados, como lo señala Von Liszt y lo confirma Jiménez de Asúa, "donde no hay dolo, no hay crimen y, por ende, no puede haber pena, sino tan solo reparación o indemnización de perjuicios contra el autor del delito." ²⁴

Esto fue un adelanto trascendental respecto a las ideas de la culpabilidad en su evolución, pasando por otros tamices hasta llegar a la época actual.

A partir de aquí y después de la Revolución Francesa, el concepto de culpabilidad abandona, definitivamente, el criterio de responsabilizar por el resultado. Es Carrará, quien, en 1859 y al crear la teoría de las fuerzas del delito, establece una separación total entre la responsabilidad por las conductas procedentes de una voluntad libre e inteligente. Así es como finalmente, la idea de culpabilidad es aceptada, la cual se fija como prerequisite indispensable para poder juzgar y emitir una sentencia; al mismo tiempo, la conducta humana y su entorno jurídico, tiende a incorporarse como las ideas que concentran el problema de la responsabilidad de los hechos dolosos.

Por último, y para redondear estas ideas, cabe mencionar que el Derecho Alemán interviene en la superación absoluta de la culpabilidad e

²⁴ Luis Jiménez de Asúa. Ob. Cit., pág. 111.

imputabilidad, distinguiendo dentro de ésta al dolo como intención y a la culpa como elemento que origina un acto criminal.

Estas ideas ven en la culpa, la necesaria participación de la voluntad, y en el dolo, la intención directa de conseguir la producción del daño. Con esto se reconoce la importancia de la culpabilidad, la cual va en función del hecho concreto realizado y, considerando la forma especial en que la voluntad intervino en éste, es decir, funciona en orden al hecho particular que se juzga.

a) Diversos autores.

Una vez analizadas las diversas etapas de evolución sobre la culpabilidad, analizaremos ahora el concepto de ésta, aportado por diversos autores de gran reconocimiento en el Derecho Penal.

Edmundo Mezger considera que la imputabilidad es una característica de la culpabilidad, y define a ésta última como: "El conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente." ²⁵

Este penalista establece que la culpabilidad tiene que ser entendida como una "situación de hecho determinada" a la cual se dirige al autor un reproche que será la pena que deba aplicársele. Para que exista una conducta típica y antijurídica, se requiere, que ésta pueda ser reprochada personalmente.

²⁵ Edmundo Mezger. Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. págs. 1-2.

También nos dice Mezger, que la culpabilidad no radica en el autor de la conducta, sino en el juez que la valora, pues es él quien determina si el autor de una conducta es culpable o no, ya que considera que el hecho se entiende con su contenido psicológico, pero la valoración realizada por el juez es de carácter normativo. Afirma este autor: "sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad. Por ello, y como quiera que todo injusto punible es un hecho aislado, también toda culpabilidad penal, tiene que ser culpabilidad de un acto aislado." ²⁸ De esta manera, nuestro autor en cita está estableciendo que la culpabilidad y el juicio de ella que realiza el juez, se apoyan básicamente en un hecho concreto, ya con las características de típico y antijurídico; así pues, la culpabilidad se refiere a un hecho particular y no a un estado, por peligroso que este pueda ser considerado. Efectivamente, aquí Mezger se refiere a la forma en que el juez debe de considerar a la culpabilidad en el momento de su calificación y ésta tendrá que ser analizada en relación al acto aislado, es decir, al hecho un particular, al grado de culpabilidad en que se está incurriendo pero de esa propia acción, la que se está calificando.

Como características de la culpabilidad, Edmundo Mezger señala las siguientes:

1. Una determinada personalidad del agente, correspondiente a la imputabilidad.

²⁸ Edmundo Mezger. Ob. Cit., pág. 13.

2. Una determinada referencia psicológica del autor del acto, correspondiente a la forma de culpabilidad, incluyéndose el dolo y la culpa.

3. Una determinada configuración de circunstancias internas y externas de la acción.

Reunidas estas características, se procede a la realización del juicio acerca de la culpabilidad, refiriéndose al acto del autor, a los motivos de éste, y a la total personalidad del mismo.

Resumiendo a éste autor, la culpabilidad debe referirse al acto aislado, es decir a un hecho concreto, la cual presupone la realización de una conducta típica y antijurídica, que será determinada a través de un juicio valorativo por un juez para reprochar al autor de ésta, su realización.

Es interesante ver como entre los grandes tratadistas los conceptos pueden variar o referirse casi a lo mismo, sin embargo, la idea siempre va a ser igual, aunque con comentarios distintos y pensamientos variados. Uno de estos casos es el de Eduardo Novoa Monreal, el cual es citado por Carránca y Trujillo en su obra Derecho Penal Mexicano, quien se refiere a la culpabilidad, casi en los mismos términos que Edmundo Mezger, estableciendo que: "La culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta; solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre, pues no es un estado o condición más o menos permanente del individuo, sino una nota que recae sobre una actuación concreta; únicamente puede hablarse de

culpabilidad en el sentido penal, cuando se trata de hechos típicos y antijurídicos, nunca de una conducta permitida por la Ley." ²⁷

Hay autores que piensan que la culpabilidad es un concepto que se presenta con independencia de sus formas y grados, es decir que se da como una idea general, sin que se concrete en culpa y dolo; unen sus formas en un sólo concepto global, lo que pudiera ser cierto como concepto general, pero para atender cada caso en especial, debe personalizarse en alguna de sus formas y grados; aún cuando éstos conformen aquélla, deben actuar con independencia.

Otro concepto muy interesante, es el que aporta Eugenio Cuello Calón, quien dice, "una acción es la culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada." ²⁸ Del reproche a que se refiere, es aquella condición necesaria sobre la responsabilidad criminal exigida al autor, que al darse, se impone la pena. es decir, para que sea penado un individuo, no solamente es necesario que su acto sea antijurídico y típico, sino que es preciso que ese acto le sea personalmente reprochable.

Así pues, continua explicando este autor: "El reproche contenido de la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente sobre las relaciones psíquicas existentes entre el agente y el hecho en cuestión. La peligrosidad y el carácter antisocial del agente, no son fundamento de la culpabilidad y por tanto causa de absolución o de condena, solamente pueden influir en la medida de la

²⁷ Raúl Carránca y Trujillo. Ob. Cit., pág. 430.

²⁸ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., pág. 305.

pena o en la adopción de medidas de seguridad." ²⁹ Esto es, para que sea reprochable la conducta, debe darse una injusticia, sin esta injusticia no se puede reprochar el acto.

Hay otro aspecto muy importante a considerar sobre la culpabilidad que es, la imputabilidad, es decir, que aquella acción antijurídica y típica, para que sea culpable, se requiere el conocimiento por parte del autor de que dicha conducta es antijurídica y reprochable. A este particular se refiere el Maestro de Munich, Reinhart Maurach quien comenta: "la acción típicamente antijurídica es relevante sólo cuando el juicio correspondiente puede hacerse extensivo a cierta y determinada persona a quien puede atribuírsele el acontecimiento típico y no justificado como obra de su voluntad." ³⁰, asimismo establece, "El autor de la conducta, en orden a la imputabilidad, debe estar en condiciones de darse cuenta, en razón de su desarrollo espiritual y moral, del alcance que su conducta puede tener en la vida jurídicamente organizada y, además, estar en posibilidad de orientar su conducta y sus resoluciones conforme a este conocimiento, en otras palabras, para que alguien pueda ser considerado culpable de algo, tiene que ser un imputable, ya que la imputabilidad es el presupuesto necesario para la formulación del juicio relativo a la culpabilidad." ³¹ Esto quiere decir que no puede haber reproche sobre aquel que no es imputable, ya que aquél no tiene conocimiento del contenido injusto de su conducta.

²⁹ Ob. Cit., Idem, págs. 305 y 306.

³⁰ Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. págs. 11, 12 y 13.

³¹ Ob. Cit., Idem, Cap. VIII, 35 VI, pág. 92.

De esta misma opinión es el penalista Sebastián Soler estableciendo que "El individuo es culpable si el derecho valora como algo ilícito el hecho que cometió, siempre y cuando dicho autor sea capaz y conocedor en concreto del significado de su acción como negación concreta también de ese valor; frente al valor contenido en el Derecho el individuo afirma un desvalor en un acto de menosprecio, referido al bien que sacrifica." ³²

Es importante no confundir entre la culpabilidad y la imputabilidad, aun cuando estos dos se encuentran entrelazados, son dos conceptos distintos, pues una cosa es ser imputable, es decir, ser capaz de entender y conocer que la acción es típica y antijurídica, y la otra es el actuar culpablemente, ya sea por dolo o por culpa pero a lo que se llega es a la conducta culpable, aún cuando ésta sea reprochada y sancionada con la necesidad de ser imputable.

El Maestro Raúl Carránca y Trujillo, expresa que: "Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable, jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate." ³³

Entonces, la imputabilidad consistirá en la capacidad de querer y entender, que están entornadas o circunscritas en la esfera jurídica porque le da al sujeto la capacidad para responder, por él mismo, ante la sociedad en la que convive.

³² Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. pág. 69.

³³ Raúl Carránca y Trujillo. Ob. Cit., pág. 431.

Un nuevo concepto de la culpabilidad es el que escribe Ignacio Villalobos en su obra Derecho Penal Mexicano, en mi parecer es un concepto poco técnico, pero interesante, él nos dice: "La culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tiende a constituirle y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés, por subestimación del mal ajeno, frente a los propios deseos en la culpa." ³⁴ Lógico puede resultar éste concepto, sin embargo, no necesariamente la culpabilidad, o por decirlo de otra manera la acción culpable, va a consistir en ese desprecio contra el orden jurídico, pues no todos los delincuentes actúan por su coraje contra la sociedad o las leyes establecidas por el Estado, hay quienes lo hacen, por necesidad o por problemas psicológicos, por valentía o simple intención de dañar e inclusive por imprudencia, pero repito, no necesariamente por un desinterés al bienestar social.

No podía faltar el concepto de culpabilidad que aporta con gran sentido el maestro Luis Jiménez de Asúa, que, en mi opinión, es el pensamiento más completo y explicativo a los que nos hemos referido.

Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". ³⁵

³⁴ Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960. pág. 272.

³⁵ Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Edit. Hermes. 3a. Edición. pág. 352.

Los presupuestos a los que se refiere Jiménez de Asúa, son los que se atienen al orden jurídico, aquellos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta.

El primer presupuesto a que hace referencia es la imputabilidad, el cual ya fue explicado.

Como segundo presupuesto se refiere a la necesaria existencia de un acto injusto concreto, esto es, para que pueda iniciarse el estudio relativo a la culpabilidad, necesariamente deberá existir aquel acto típico y antijurídico, pues esa antijuricidad es la que va a permitir la reprochabilidad, la conducta puede estar tipificada, es decir, calificada en la ley como conducta reprochable, pero al mismo tiempo debe de ser antijurídica, contraria al derecho, y si el derecho establece que dicha conducta típica, puede no ser antijurídica, pues ésta no podrá ser valorada para su reproche en juicio alguno. Como ejemplo, alguna excluyente de responsabilidad, las cuales no extinguen la conducta realizada pero sí la responsabilidad del sujeto, es decir, que el acto no sea contrario al derecho y, ¿porqué no lo es?, pues porque el mismo derecho así lo está estableciendo.

Ahora, ¿porqué se reprocha al sujeto imputable? y ¿que es lo que se le reprocha? Hablando de aquél acto injusto concreto, como ya se vió en el Tema del Delito, la conducta (acto o acción), se lleva a cabo con la propia voluntad del hombre, esta voluntad es individual y es la que manifiesta la conducta del hombre y al mismo tiempo lo hace culpable. Esto corresponde más a la personalidad del sujeto que al mismo reproche, dado que el sujeto actuó contrariamente al derecho

u omitió un acto exigible por el Estado, en este sentido fue el sujeto quien por sí mismo eligió éste camino y no el correcto; de aquí que la culpabilidad sea el reproche a la persona, por un acto injusto concreto voluntario que es sobre el que versa el juicio por el que se reprocha esa cierta y determinada conducta.

Quiénes están sujetos al imperio del Derecho Penal (toda persona imputable), tienen el deber de actuar conforme al mismo, de no ser así están realizando un comportamiento antijurídico, ya que contradicen el ideal que busca la norma penal, es decir, al producirse la antijuridicidad tipificada se está dando una violación a la norma del deber y, consecuentemente, produce ésta una reprochabilidad dirigida contra el sujeto imputable, o sea, al autor de la violación. Se puede decir que, de lo normativo surge el deber y de la violación del deber el posible reproche. Cuando se incumple un deber limitado por el tipo legal, se habla de una conducta típica y antijurídica que además será culpable cuando habiendo plena exigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma, éste no se haya realizado.

A esta exigibilidad, se refiere Jiménez de Asúa, que para fundamentar el juicio de culpabilidad que resulta del reproche, se requiere que "el acto sea imputable y que el sujeto haya obrado con intención o negligencia, y hubiera sido exigible que el agente obrase de otro modo; es decir, de conformidad con el deber de respetar la norma, cuando las circunstancias le permitan al sujeto activo una motivación normal." ³⁶ A lo que se refiere ésta exigibilidad es poder llegar a saber que efectivamente en aquella conducta típica y

³⁶ Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Ob. Cit., págs. 230-231.

antijurídica, en cada caso particular, humana y racionalmente, se podía o debía haber actuado, en forma distinta y adecuada al derecho. Por esto se dice que para la exigibilidad, es necesaria la individualización, refiriéndose siempre a un sujeto particular y en atención a un caso concreto. Como lo señala el mismo Jiménez de Asúa: "la culpabilidad es el momento de máxima individualización del Derecho Penal. El juez, al hacer el proceso de un hombre, tiene que individualizar la exigibilidad; pero para decidir el caso concreto tiene que referirse a un común arquetipo, no al héroe a quien podría serle exigido otro comportamiento, ni al máximo cobarde, al pusilánime extremo, a quien no podría exigírsele que obrase de otro modo. Es así como se llega a la necesidad de suponer al hombre normal (ni héroe ni extremado miedoso)."³⁷ De esta manera es como se debe de calificar el grado de culpabilidad, debe de basarse en los elementos motivadores y caracterológicos del autor de la conducta, en el hecho psicológico, o como expresa Jiménez de Asúa, en relación "a la intención o negligencia del autor"³⁸, constituido por su acto de voluntad, los motivos que tuvo para su comportamiento y su total personalidad. Sin embargo, se dice que para una correcta individualización, es conveniente juzgar siempre el hecho, y no el carácter de la persona. Por lo tanto es importante recalcar, que el enjuiciamiento del que se ha estado haciendo referencia, no es a la personalidad, sino al acto injusto concreto y a las especiales condiciones y características del sujeto.

Hasta aquí, el concepto de Jiménez de Asúa, el cual, nos enseña la importancia que se tiene en conceptualizar el término culpabilidad, ya que es la base para determinar que la voluntad del hombre en su acción es culpable y contraria

³⁷ Ob. Cit., Idem, pág. 232.

³⁸ Ob. Cit., Idem, pág. 232.

al derecho, y con esto, el poder reprochar dicha conducta. Como anteriormente se expuso, el delito consiste en aquella acción voluntaria contraria al derecho de la cual surge el delincuente, al cual se le reprocha por medio de una pena, pero, ¿quién es delincuente y quién no?, y ¿quién se merece una pena o quien no la merece?, la determinación de la culpabilidad nos da estas respuestas. Así es, he aquí la importancia de ésta, pues va a determinar si el actor es culpable o no, y en que grado procedió, si se actuó con intención (dolo) o por simple negligencia (culpa) e inclusive se puede determinar que su acción no es culpable aún cuando ésta sea antijurídica. Un ejemplo lo es, actuar en legítima defensa, es decir, si alguien mata a una persona, se está realizando una conducta contraria a la ley (antijurídica), pero ésta conducta se realizó sin la intención de contradecir al derecho, o sin que haya sido producida por un accidente consecuente de una negligencia o falta de cuidado, simplemente se recurrió a actuar en protección propia de conservar la vida o de no ser dañado, es decir, en legítima defensa, a lo cual, a esta persona al calificársele su culpabilidad, se determinará que no la hay, o sea que no es culpable.

Por último, en lo que se refiere al concepto de culpabilidad, habrá que señalar la definición realizada por el gran Maestro Penalista Sergio Vela Treviño. Antes de enunciarla, cabe mencionar acerca de la existencia de las dos grandes teorías sobre la culpabilidad, la Teoría Psicológica y la Teoría Normativa o Normativismo, de las cuales haremos mayor referencia más adelante, pero siendo que el concepto de éste autor está basado conforme al normativismo, era importante realizar esta observación.

Este autor nos comenta que para que haya culpabilidad se requiere aquel acontecimiento producido por la voluntad (conducta), realizada por un sujeto imputable, que sea reprochable conforme a las normas jurídicas, en la cual había la exigibilidad de realizar otro comportamiento distinto, es decir, en donde se exigía un comportamiento adecuado a la pretensión del derecho para satisfacer el contenido cultural de las normas.

Por lo tanto, tomando en consideración estos fundamentos y, conforme a la Teoría Normativa, Vela Treviño define a la culpabilidad de la siguiente manera: "culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma." ³⁹ En este sentido, nuestro autor en cita se está refiriendo a la culpabilidad como el resultado de un juicio, juicio que realiza un juez que, tomando en consideración los presupuestos de la culpabilidad, así como los motivos psicológicos del actor e individualizando el hecho concreto, va a decretar una resolución determinándose así el posible reproche contra el sujeto. Y como bien dice Vela Treviño, "Nadie, sino un juez, puede declarar la culpabilidad de alguien." ⁴⁰

Como se ha podido observar, la mayoría de los autores se refieren al juicio determinante de la culpabilidad, el cual representa el principal y único elemento para la reprochabilidad, pues aquella conducta culpable será reprochada y aquella que sea determinada no culpable pues jamás podrá exigirse

³⁹ Sergio Vela Treviño. Ob. Cit., pág. 201.

⁴⁰ Ob. Cit., Idem, pág. 202.

el reproche en ella. Ya se explicó como se lleva a cabo dicho juicio, por lo que se puede argumentar que el juez tiene una difícil tarea que realizar, no solamente va a analizar el hecho concreto, ni la forma de actuar del sujeto, sino que además tiene que determinar si uno es culpable o no. Ya se sabe que elementos estudia, es decir, el acto u omisión, la voluntad del individuo, la antijuricidad, el dolo o culpa, la exigibilidad en el hecho, la imputabilidad, la tipicidad sobre la acción y para algunos autores la personalidad del sujeto, pero ¿cuál es la personalidad del sujeto?, ¿acaso no viene sobrando este elemento?, el sujeto puede ser tímido, cícnico, educado, grosero, impulsivo, introvertido, amable, apático, etc..., cada quien con su personalidad y forma de ser, pero ésto no va a determinar que la conducta antijurídica que se está analizando merezca el reproche o no. Si la conducta resulta antijurídica, entonces procede el análisis de la culpabilidad que, al existir imputabilidad en el sujeto, pues es de determinarse culpable su acción, pero no del sujeto aunque parezca una persona maligna o peligrosa. A lo que procede el análisis repito, es a la culpabilidad, al hecho concreto, al acto aislado, es decir, se debe individualizar la conducta realizada, pero no se debe presumir, o peor aún, decretar que existe culpabilidad, por el simple hecho de encontrar una personalidad (que pueda aparentar ser peligrosa) en el individuo.

Ahora bien, esto no quiere decir que no se efectúe el análisis sobre la voluntad en la conducta o el aspecto psicológico -hecho de la persona, pero la personalidad es distinta, no es esa voluntad ni reacción del sujeto, es simplemente, un rasgo particular del hombre independiente de la voluntad de actuar conforme o contrariamente al derecho.

Es importante también hacer mención de la necesidad que implica llevar a cabo el referido juicio de reproche, pues el resultado de este, significa lo más importante en una sentencia emitida en un juicio penal, ya que resultando una ausencia de la culpabilidad, necesariamente se recurre a la absolución del procesado y, en caso contrario, se recurre a la inmediata aplicación de la pena correspondiente.

b) Criterios aplicables actualmente, culpabilidad en México:

A continuación se desarrollará y se establecerán mayores criterios en relación al fondo del problema planteado en la introducción de la presente tesis y por el cual se realiza la misma, recordando que éste es la situación que se vive en varios de los Juzgados Penales de los Estados de la República Mexicana y en todos los del Distrito Federal, así como en los Juzgados Federales, es decir, en materia Federal. Dicha situación es básicamente a lo que en la práctica se desarrolla con frecuencia, en donde los jueces basándose en lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal en sus artículos 51 y 52, en el Capítulo de la aplicación de las sanciones, realizan para determinar y aplicar la pena, siendo ésto el considerar, analizar y tomar en cuenta los antecedentes penales de los procesados con lo que agravan automáticamente la sanción, determinándolos además con un grado alto de peligrosidad. Situación que en lo particular y como lo señalé en el principio de ésta tesis, no estoy de acuerdo, y a lo cual me refiero como solución correcta a dicha situación el principio de considerar a la culpabilidad como criterio rector en la individualización de la pena y como

principal base para la aplicación y determinación de la misma. Por lo tanto, comenzaré a desarrollar éste subinciso.

En la actualidad, se puede apreciar como en los Códigos vigentes de la mayoría de los países, no se establecen principios generales sobre la culpabilidad, es decir, no se determina una definición de ésta o particularidad alguna sobre su concepto; sin embargo, se contempla dentro de sus formas como son el Dolo y la Culpa. Importancia enorme tiene pues la doctrina y pensamiento de los grandes penalistas quienes a base de ideas y mucho estudio han logrado aportar conceptos y teorías sobre la culpabilidad, tanto de la de antes, como de la de ahora.

En realidad, sí ha variado el concepto, lo que no ha cambiado son esas ideas reconocidas mundialmente y que han logrado mantener en firme la importancia de considerar a la culpabilidad como juicio de reproche necesario para dictar una sentencia e inclusive para la determinación de una correcta individualización de la pena. A esto se debe básicamente el interés de desarrollar este tema de tesis, ya que, lo que se intenta demostrar es que aplicándose adecuadamente este multicitado juicio de reproche por parte del juez en relación al delito en particular, a ese hecho concreto, así como de su posible autor, se llegaría a determinar, además de la responsabilidad en el individuo, la justa pena a cumplir por su conducta antijurídica realizada, es decir, individualizar la pena refiriéndose tanto a su conducta como a su sanción, basándose principalmente en el resultado obtenido de la culpabilidad analizada en esa acción antijurídica específica.

Abundando en lo anterior, ya se ha mencionado que el papel que representa el juez como juzgador es de gran responsabilidad y a la vez se torna de manera difícil, ya que independientemente de la obligación en dictar una sentencia en la cual siendo condenatoria deberá forzosamente determinarse y aplicarse una sanción, tiene la difícil tarea de determinar si el individuo es penalmente responsable del delito en cuestión, o si realmente no lo es. Una vez resuelta ésta interrogante y en el supuesto de resultar positiva, comienza la segunda difícil tarea para el juez de individualizar la pena que es precisamente la determinación y aplicación de la sanción correspondiente.

Ahora bien, para resolver estas dos tareas, el Juez tiene como recurso para la primera (responsabilidad en el individuo) el de la culpabilidad, es decir, basarse en el resultado del juicio de reproche a que hace referencia Sergio Vela Treviño (ver pág. 54), y para la segunda (determinación y aplicación de la pena) se tiene como recurso el resultado de la individualización de la pena.

Pues bien, para individualizar la pena, tanto como para el análisis de la culpabilidad, el juez requiere de la realización de un estudio amplio y estrictamente detallado sobre las causas, intervención y realización del delito, particularidades y personalidad del individuo, así como de la objetividad en la acción y sus resultados, con la diferencia de que en la culpabilidad se analiza el hecho concreto en relación a la conducta desarrollada por el procesado en ese delito en particular, y en cambio para la individualización de la pena el juez examina y toma en cuenta las particularidades y personalidad del individuo así como sus antecedentes penales. Sin embargo, y siendo que el estudio sobre la

culpabilidad es más importante e inclusive se realiza antes que el de la determinación de la sanción, me atrevo a decir que basándose el juez en la culpabilidad o lo que resulte de ese estudio para determinar y aplicar la pena, puede ser de lo más correcto, ya que éste estudio o juicio de reproche desarrollándose a como nos hemos referido (hecho concreto analizado) y más aún contemplando la personalidad del procesado demostrada en su accionar sobre ésa conducta, puede permitir al juzgador, conocer al sujeto en su máxima personalidad que lo llevó a cometer ese delito del que se le juzga, y a su vez convencerse el mismo juez del grado de peligrosidad demostrada en ese hecho abstracto, de esa conducta analizada en la cual se actuó forzosamente en base a su situación peculiar de ese momento y no de años atrás, siendo más importante su mayor o menor peligrosidad que el sujeto está demostrando en esa época, y que indudablemente, en mi opinión, queda demostrada en el resultado del análisis realizado sobre su conducta en el juicio de culpabilidad, y por lo tanto, esto daría como resultado el no ser necesario indagar en los expedientes para saber si el sujeto tiene o no antecedentes penales y con eso determinar si es o no peligroso.

Para que no parezca contradictorio este análisis con relación a lo que anteriormente se ha mencionado, explicaré ésto con mayor claridad.

En México, así como en la mayoría de los países, el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, artículo Octavo, proporciona la fórmula de interpretación de la Culpabilidad, pues éste artículo establece:

"Los Delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de Imprudencia;
- III. Preterintencionales."

Así es como con estas simples palabras se define qué es lo que se requiere para que un delito se dé, y esto es la existencia forzosa de la intención o culpa porque la fracción 3a. que menciona el delito Preterintencional contempla los dos elementos anteriores, pues la Preterintencionalidad es aquella acción que se realiza con intención o culpa y que el resultado va más allá de lo inicialmente querido, sin embargo resulta una acción culpable. El que exista culpabilidad es que la acción sea realizada, mediante la voluntad del hombre, con intención o por culpa, es decir, por falta de cuidado, imprudencia en la acción o negligencia y a contrario sensu, si en la acción se demuestra que no existió intención o imprudencia alguna pues se da la inculpabilidad en el sujeto. Esto requiere de mucho énfasis, pues es lo más importante para el juez, saber en qué forma se actuó, si hubo intención de transgredir las normas establecidas por el Estado o haber actuado sin falta de cuidado provocando consecuencias graves, tomándose en cuenta también que siempre ésta conducta debe llevar consigo un contenido de voluntad y así el Juez poder reprocharla.

Efectivamente, determinándose la culpabilidad (dolo o culpa) el Juez por medio de la sanción, va a reprochar dicha conducta al delincuente, y además puede saber con que grado de intención actuó o la intensidad de la negligencia o culpa, lo que puede determinar también según mi punto de vista, el grado de

peligrosidad con que actuó el delincuente. Como anteriormente se ha dicho, la culpabilidad va a demostrar que el delito imputable al sujeto en proceso, es intencional o culposo, situación que el mismo juez junto con auxiliares como lo son peritos, así como los elementos aportados por el Ministerio Público durante la averiguación previa y procedimiento y demás elementos existentes en la causa penal lo van a determinar, y de aquí que el juez pueda conocer la forma de actuar del sujeto al momento de delinquir en ese caso estudiado. La personalidad del sujeto no la está estudiando ni determinando el juez, sino que éste se está basando en los dictámenes periciales, pruebas testimoniales y demás elementos de convicción que demuestran la forma de actuar y hasta la propia personalidad de la persona procesada. Pero insisto, esta personalidad o peligrosidad que demostró tener el delincuente se está determinando por su actuar en ese delito en particular, por su gran o poca intención o por su enorme o pequeña falta de cuidado, pero de esa acción, la que se está estudiando y por la que se está desarrollando el proceso penal, y definitivamente, en mi opinión muy particular, la existencia de antecedentes penales en el sujeto no pueden determinar con la precisión que muchas personas lo creen, que éste sujeto sea de alta peligrosidad, más bien confunden al juez, quien en realidad no necesita de ese conocimiento para él mismo determinar en base al resultado de la culpabilidad y demás circunstancias de la acción en particular, de si existe un grado alto o bajo de peligrosidad en el procesado.

El ya mencionado artículo 8° de nuestro código Penal, claramente está estableciendo las únicas formas con las que el delito puede ser realizado, es decir, la dolosa (intencional) o culposa (no intencional o de imprudencia) y he aquí

la culpabilidad, porque si no se diera alguno de estos elementos entonces no habría culpabilidad y el sujeto sería absuelto en la sentencia. Una vez más aclaro, ¿Qué resulta más importante, conocer el expediente del individuo para saber si tiene o no antecedentes penales, o saber cómo, porqué y en que circunstancias se actuó para cometer el delito?, si para que exista un delito se requiere del dolo o la culpa, pues lo que se debe de saber es si efectivamente se actuó con intención o imprudencia y porqué, pero no si antes (años anteriores) se actuó de esa forma, ya que lo que se está reprochando es la última y actual conducta.

De esta misma opinión e ideas es el autor venezolano Alberto Arteaga Sánchez, y siendo que en su obra "La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible" establece criterios tanto de él como de los autores que cita que coinciden en gran sentido con lo que he mencionado en los párrafos que antecedente, considero necesario transcribir ampliamente en forma de cita lo que éste autor expresa utilizándolo como corroboración a mis ideas y apoyo en la presente tesis, así como para demostrar que en la Legislación Venezolana tanto como en la de otros países se contempla ésta misma fórmula aportada. Por lo tanto, Alberto Arteaga Sánchez establece lo siguiente:

"El Juicio de Culpabilidad tiene por objeto el hecho concreto realizado por el sujeto y no su personalidad, la cual, sin embargo, con las debidas aclaratorias, juega un papel de importancia en la teoría jurídico-penal de la culpabilidad... Debe afirmarse, por lo tanto, que la culpabilidad se determina sobre la base de un concreto hecho realizado por un hombre. Como señala Binding, citado por diversos autores, se trata de un hecho singular de la vida, una

acción instantánea, tal vez completamente excepcional en el tenor de vida llevado hasta entonces por el sujeto, lo que lo ha hecho culpable y sólo por ello penalmente responsable, y no por su carácter, ni por su permanente temperamento, ni por su conducta antecedente o subsiguiente a la acción. Y como apunta Bettiol, al exponer esta concepción, se trataría de un fragmento, de un segmento de la vida de un hombre lo que constituye el objeto del reproche..., sólo se es culpable por un hecho cometido, la culpabilidad es un juicio sobre un hecho concreto realizado y no podríamos no citar a Mezger, quien aclara con gran concisión que toda culpabilidad es culpabilidad por el hecho concreto y que son a hechos concretos a los que se unen las particulares amenazas de pena y, por tanto, sólo puede tenerse culpabilidad en relación a tales hechos: es siempre una culpabilidad por el hecho concreto. Culpabilidad es a la vez una característica y un juicio sobre la acción concreta. No hay duda de que según la vigente legislación (la Alemana) únicamente la culpabilidad en relación concreta con el hecho cometido corresponde a la ley. El magistrado debe pronunciar sentencia y aplicar la pena, en relación al hecho y en relación a la culpabilidad que emerge de ésta...

...Es verdad que el juicio de culpabilidad en nuestro sistema positivo (habla del venezolano), se refiere fundamentalmente al hecho concreto no pudiéndose aceptar la tesis de una culpabilidad fundada en la anormalidad del carácter, pero ello no significa que el hecho en sí pueda desvincularse de la personalidad del sujeto agente. El juicio de culpabilidad se refiere también a las características personales del individuo; en otras palabras, siguiendo con ello el pensamiento de Mezger y de Musotto, si bien sostenemos que el juicio de

culpabilidad en el derecho vigente tiene por objeto el hecho concreto, creemos que asimismo subsiste una relación indirecta entre el juicio de culpabilidad y la personalidad del agente, esto es, en otras palabras, el hecho a que se refiere el juicio de culpabilidad no puede ser entendido en su plenitud sin la consideración de la personalidad del agente, en sus relaciones con el carácter del reo. Así, pues, diremos, en síntesis, con Delogu, que la culpabilidad se refiere al hecho, pero a través del hecho nos remontamos a la personalidad, la cual sirve para iluminarlo...

.... De esta manera, en el marco de la teoría normativa, si bien la culpabilidad se establece por un hecho concreto, ello no implica que no deba tomarse en cuenta un elemento caracterológico, el cual tiene particular importancia en la teoría de la culpabilidad.

Como afirma Díaz Palos, con la consideración de la personalidad acaba de recortarse el juicio de culpabilidad y puede individualizarse al máximo la pena, acoplándose tal referencia perfectamente al tono individualizador y subjetivo que palpita en la culpabilidad".⁴¹

Por último, continuando con nuestro autor en cita, cabe transcribir: "... los motivos y la personalidad del autor constituyen elementos que son tomados en cuenta a fin de determinar el grado de culpabilidad del sujeto, esto es, son

⁴¹ Alberto Arteaga Sánchez. La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975. págs. 86 a 92.

también criterios para fijar la mayor o menor gravedad de la culpabilidad del autor de un delito." ⁴²

Esta transcripción, como ya lo he mencionado, corrobora lo planteado a través de este capítulo y que a la vez demuestra la auténtica verdad sobre la culpabilidad, coincidiéndose en que ésta es válida para aplicar su resultado sobre una determinación correcta de la sanción y sin ser necesario el análisis y consideración sobre los antecedentes penales al momento de individualizar la pena.

Por otra parte, continuando con el concepto actual de la culpabilidad, los modernos Penalistas como Paul Logoz, que es citado por Luis Jiménez de Asúa en su obra "Tratado de Derecho Penal", Tomo VI, consideran que "no hay pena sin culpabilidad", ⁴³ o como establece Petrocelli, igualmente citado por Jiménez de Asúa, que "no existe delito sin culpabilidad". ⁴⁴ Nuevamente se aclara como en la actualidad éste concepto predomina, y como en México se desarrolla de igual manera, quedando sin lugar a dudas que lo establecido en el Artículo 8° de nuestro Código Penal es lo correctamente actual y apegado al concepto moderno y mundial.

Por último y para concluir con este subinciso cabe transcribir la siguiente ejecutoria que nos demuestra la interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación al criterio de la culpabilidad en nuestro

⁴² Ob. Cit., Idem, pág. 92.

⁴³ Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. Ob. Cit., pág. 292.

⁴⁴ Ob. Cit., Idem, pág. 292.

país y que es tomada de la obra "Culpabilidad e Inculpabilidad" del Maestro Sergio Vela Treviño en su página 203, y que dice:

"CULPABILIDAD, su ausencia trae aparejada la necesaria absolución del acusado. Al consignar la ley en el Artículo 8° que los delitos son intencionales y de imprudencia, está consagrando la necesaria culpabilidad del agente activo de la infracción. La ausencia de culpabilidad no impide que la conducta externamente considerada encaje en el tipo o descripción legal; pero el hecho de que no se consigne en el catálogo de excluyentes la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impida la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria, pues sin necesidad de crear la excepción, mediante la correcta interpretación del Artículo 8° del Código Penal puede dictarse sentencia absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito.

Directo 5612/1951. Emilio Cavazos Garza. Resuelto el 18 de septiembre de 1956, por unanimidad de cuatro votos. Ausente el Sr. Ministro Chico Goerre. Ponente el Sr. Ministro Ruiz de Chavez. Secretario Lic. Javier Alba Muñoz. Primera Sala. Boletín No. 1956, pág. 648." ⁴⁵

B. Teorías sobre la Culpabilidad.

Son dos las principales doctrinas que pretenden establecer la

⁴⁵ Sergio Vela Treviño. Ob. Cit., pág. 203.

naturaleza jurídica de la culpabilidad; la Normativista y Psicologista. Esto es, el porqué nace en la persona el realizar una acción antijurídica y a que se debe o porqué razones se realiza dicha conducta. Entre estas dos teorías existen diferencias de fondo muy importantes lo que hace que sean distintas y que contengan un concepto peculiar, sin embargo esto no quiere decir que la culpabilidad esté dividida o represente dos aspectos distintos, simplemente se trata de dos formas en las que se basan los diversos autores para demostrar la existencia de la culpabilidad, es decir, a que se debe ésta, porqué se da y qué motivos la generan; de esta manera se crean las dos teorías de la culpabilidad con sus principales precursores y seguidores. En mi parecer ambas teorías son muy aceptadas, realistas y con criterios importantes en relación a la existencia de la culpabilidad.

a) Teoría Psicológica.

Esta doctrina clásica concibe la culpabilidad como la relación subjetiva que media entre el hecho y su autor. Es una situación de hechos preponderantemente psicológica, es la fuerza moral del delito; la culpabilidad con este sentido establece los presupuestos de hecho de la pena, situados en la persona misma del autor, es decir en su psique.

Como psicologista podemos mencionar a Garraud quien entre otros de su mismo pensamiento establece, tal y como lo cita Manuel Luzón Domingo en su obra "Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal", que: "La existencia de la culpabilidad depende de una relación subjetiva y psicológica entre la voluntad de

la gente y el delito" ⁴⁶ Continuando con esta concepción, cabe mencionar al autor italiano Ottorino Vannini, el cual es oportunamente citado por Alberto Arteaga Sánchez, en su obra referida anteriormente estableciendo que: "el delito como hecho ilícito penal, como violación de una norma de conducta que implica un llamado de la voluntad de la ley a la voluntad individual, exige un comportamiento dependiente de la voluntad. Como la voluntad de la ley tiene un preciso contenido que se sustancia en el mandato o prohibición de una cierta conducta, para que la ley sea violada es necesaria una exacta correspondencia del contenido de la voluntad individual al contenido del hecho ilícito modelado en el precepto penal; ocurre, en otros términos, una acción culpable." ⁴⁷ Igualmente precisa que: "Querer el hecho (previsto jurídicamente como punible) significa precisamente querer culpablemente". ⁴⁸

Pues bien, y haciendo referencia a lo anterior, en el Derecho Penal, para poder determinar la culpabilidad, como ya se señaló antes (pero ahora refiriéndonos específicamente al concepto psicológico), se requiere de manera previa la realización de un análisis de las condiciones internas del autor, para conocer así su situación psicológica en la que este se encontraba al momento de cometer la conducta antisocial.

Entonces, una vez establecida ésta, se impone el examen del contenido de esa acción, los modos de referencia en la psique para poder determinarlos en dolo o en culpa. De tal modo que este contexto psicológico trata

⁴⁶ Manuel Luzón Domingo. Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal. Editorial Hispano-Europea. Barcelona, 1960. pág. 59.

⁴⁷ Alberto Arteaga Sánchez. Ob. Cit., pág. 30.

⁴⁸ Ob. Cit., Idem, pág. 31.

de establecer que la culpabilidad sólo consiste en ésto, en la situación de hecho y su representación psicológica entre el acto y su actor.

En otras palabras, las causas que produjeron la conducta están estrechamente vinculadas con los motivos internos del propio agente. En este aspecto es ineludible el que exista una relación objetiva que media entre el agente y el hecho.

De ello se desprende entonces que la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta, por lo que la culpabilidad queda en un marco intelectual y voluntario que se da en los procesos mentales internos del hombre.

b) Teoría Normativa.

Se conoce con el nombre de concepción Normativa de la Culpabilidad, a aquella doctrina que ve en la misma una situación de hecho valorable normativamente y no una situación del hecho psicológico.

Para esta teoría, la esencia de la culpabilidad ya no radica tanto en la voluntad, como afirman los psicólogos, sino en la exigibilidad.

Como elaboradores o creadores de esta moderna concepción normativa de la culpabilidad, entre otros, podemos enunciar a los juristas alemanes (Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger, Liszt-Schmidt), siendo que ésta nace en Alemania.

Esta concepción adquiere este nombre ya que afirma que la culpabilidad consiste en un juicio valorativo del concreto actuar antijurídico del agente. Como bien explica el penalista Gustavo Labatut "No es el nexo psicológico en cuanto a tal lo que le imprime carácter, sino la valoración de dicho nexo; no la voluntariedad de un resultado ilícito, sino una voluntad jurídicamente reprochable"⁴⁹

Concretamente, la culpabilidad normativa consiste en aquel juicio de reproche fundado en la exigibilidad de la conducta por la ley. Esto quiere decir que esta culpabilidad corresponde a aquella conducta que se realiza a través de la voluntad en la que se está actuando contrariamente a la ley, y lo que le interesa conocer al juez para aplicar el reproche es precisamente el proceso psíquico que impulsó al agente actuar de esa manera. El normativismo se enfoca a la violación de la norma por el simple hecho de contradecir el derecho, a lo cual el sujeto puede o sabe que debe de actuar conforme a la Ley, y sin embargo no lo hace, por lo tanto, su acción antijurídica comprende no únicamente al estado psicológico en la persona, sino el no actuar correctamente, provocando así, obviamente una acción culpable. También es importante recordar sobre la exigibilidad en la conducta, ya que si al sujeto no podía exigírsele otra conducta a la que realizó en esos momentos con la que provocó la antijuricidad, pues su accionar no es culpable. (Esto conforme a lo que contempla el Normativismo).

El desarrollo de la tesis Normativista dentro de su rigorismo técnico es el siguiente: toda norma considerada desde un ángulo, es objetiva de acción, y

⁴⁹ Gustavo Labatut Glens. Derecho Penal; Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1963. pág. 161.

contemplada desde otro, es subjetiva de determinación, la contradicción a la norma objetiva de acción, genera, la antijuricidad y la contravención a la subjetiva de determinación genera culpabilidad. La norma es por ende, esencialmente valorativa.

Explicando el planteamiento que se acaba de hacer y que corresponde a Goldsmidt, podemos decir, que la norma penal (que para el efecto viene a ser el tipo) al describir una conducta como acreedora de pena, obviamente lo hace porque lo desaprueba, pues resultaría contradictorio que una conducta no desaprobada se considerará merecedora de una sanción; no es que la ley enuncie se prohíbe matar, pero sí establece una pena para quien lo haga.

Desde luego, que en todo juicio de culpabilidad hay una fase característicamente valorativa y otra psicológica, nunca ha existido como tendencia un normativismo puro como tampoco un psicologismo puro.

El Normativismo no puede desconocer los elementos psicológicos, sino que precisamente, son ellos el objeto del juicio de valor, juicio que toma como índice para aprobar o desaprobar, únicamente los valores que el derecho reconoce.

Esto es, definitivamente éstas dos teorías de la culpabilidad contienen significados distintos, sin embargo, no son del todo ajenas, ya que es necesario tanto como para una, como para la otra el que se consideren ambos aspectos al momento de determinar la culpabilidad, atreviéndome a decir que se

concreten en el estudio sobre el juicio valorativo al momento de cometerse la acción, pero observando al mismo tiempo el comportamiento que demostró el sujeto en su accionar, y que indudablemente corresponde o mejor dicho, puede corresponder a un estado psicológico peculiar en el individuo, pero conforme a esa situación y en esos momentos.

Para redondear dichos conceptos, cabe citar de nueva cuenta al venezolano y gran penalista Alberto Arteaga Sánchez, quien en relación a lo anterior expone de manera sobresaliente lo siguiente: "La Teoría Normativa ha puesto de relieve la referencia del juicio de culpabilidad no sólo al acto volitivo en sí (elemento psicológico) sino también al proceso de motivación de dicho acto, a la motivación que impulsó al sujeto a la acción criminal. Ahora bien, como anota Musotto, para aprehender este proceso de motivación no es suficiente considerar solamente la influencia de las circunstancias extrínsecas, sino también el mundo íntimo, el carácter, la individualidad del reo. En el proceso de determinación de un comportamiento externo, continua este autor, entran las cualidades del agente, su temperamento, su carácter, porque el hombre actúa según su naturaleza. Y así, en conclusión, ha de señalarse que el juicio de culpabilidad se refiere al hecho criminal, pero considerado este en relación al acto volitivo, al proceso de motivación y a la personalidad del agente. Y, lógicamente, no se trata de darle al hecho un valor sintomático y entender la culpabilidad como culpabilidad del carácter, sino de atender a las relaciones efectivas entre la personalidad del agente y el hecho." ⁵⁰

⁵⁰ Alberto Arteaga Sánchez. Ob. Cit., págs. 91 y 92.

A lo anterior, es a lo que realmente le llamó culpabilidad, entendiéndose como un proceso de estudio y de juicio de valor aunado a mayores circunstancias pero que logran obtener la verdad en si existe o no acción culpable y por lo tanto reprochabilidad para el sujeto. Entonces, podemos advertir como no es, definitivamente, el antecedente o antecedentes penales de la persona en proceso lo que demuestra la culpabilidad (error gravísimo en los Jueces Mexicanos del Distrito Federal que intentan e inclusive "logran" atribuirle al sujeto su culpabilidad en la acción, basándose en dicho reporte del expediente penal del mismo), y al mismo tiempo se puede observar cómo aplicándose correctamente el concepto de la multicitada culpabilidad, se lograría una correcta apreciación de la intervención culposa o no del sujeto. Por lo tanto, cabe señalar que algunos Jueces en la práctica penal, aún antes de dictar sentencia (mucho antes) ya están solicitando el reporte sobre el expediente penal del sujeto, el cual contiene el dato de si existen o no antecedentes penales en la persona, actitud que en mi parecer resulta injusta, puesto que ese dato no tiene que intervenir en el estudio relativo a la culpabilidad, ya que esto estaría presumiendo que la persona si es culpable (otro error), y definitivamente aquello no es lo que lo va a demostrar, sino, nuevamente repito, la base lo es el juicio de culpabilidad a que tanto nos hemos referido y explicado en este Capítulo.

C. Diversas formas que adopta el término "Culpabilidad".

Debido a que el presente capítulo se ha extendido de más, y siendo que ya se ha hecho referencia en diversas ocasiones sobre las distintas formas

existentes en el término culpabilidad, las cuales son el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, éstas serán explicadas de manera breve y concisa en los siguientes subincisos:

a) El Dolo:

Según el criterio de Jiménez de Asúa, en un principio hay que establecer si el concepto de la intención debe basarse en la voluntariedad o en la representación, ya que, como sabemos, para que exista el dolo se requiere forzosamente de la existencia de la intención.

Respecto a la voluntariedad, podemos señalar que dicha teoría, se refiere al dolo en relación a la consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; es decir, el mismo autor concreta un plan en la mente tomando en cuenta, la idea de la acción, su modo y forma en el procedimiento, y ante esto su respuesta, siendo el resultado dañoso expresado en la realidad concretamente, esto es, se obtiene el fin en función de la perpetración en los medios.

Ahora bien, respecto a la otra teoría, es decir, la de la representación, ésta establece que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá determinado al autor a realizar la acción, sino también cuando esa representación no lo movió a cesar en su actividad voluntaria.

El Dolo se configura cuando alguien quiere o pretende voluntaria e intencionalmente causar un daño, realizando así algo ilícito. Por esto, Jiménez de

Asúa lo define como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito.

Sin embargo, para otros autores, el Dolo es la consciente voluntad de causar un daño con intención. O bien, el dolo tiene como fin el cometer un delito determinado mediante intención consciente y voluntaria de la criminalidad del acto.

El Dolo en efecto, contiene como principal elemento la intención que, en los diferentes instrumentos legales, se le define como propósito, voluntad, ánimo, dirección y finalidad; sin embargo, queda como predominante el elemento voluntario.

Cabe mencionar también, que el dolo existe no sólo cuando la intención comprende el acto en sí, sino también cuando su resultado da realidad al fin propuesto por el sujeto. En este mismo orden de ideas, importante es recordar que al contemplarse la realización de un acto, de igual manera se contemplan las consecuencias del mismo, siendo que, quien conoce el resultado que puede producir su conducta, y una vez realizada ésta voluntariamente, significa también que dicha conducta es aceptada.

Ahora bien, lo anterior, no quiere decir que el sujeto esté aceptando el castigo a que pudieran someterlo, sino al resultado ocasionado por su acción ilícita.

Finalmente, y siendo que el dolo se manifiesta a través de la intención y que ésta provoca la culpabilidad en la persona, se puede enfatizar que dicha intención se refiere al provocar un daño a través de una acción realizada voluntariamente para la obtención de algún beneficio, satisfacción o necesidad en la persona o para otras, dándose dicha intención al mismo momento de ser meditada o realizada dicha conducta antijurídica. Entonces, la intención, por ende la culpabilidad, no es provocada por la peligrosidad de un sujeto, ni por el hecho de haber realizado algún delito anteriormente, repito, se da en base al deseo de obtener o ir en contra de algo en esos momentos, con algún objetivo, motivos o fin en especial y en relación a la situación que la persona vive en esa época y en esas circunstancias. Por lo contrario, si estuviéramos refiriéndonos a un sujeto que realiza una o varias conductas antijurídicas por el simple hecho de cometerlas, porque lo divierta o le gustara, entonces nos estaríamos refiriendo a un retrasado mental o algún loco desquiciado, requiriendo éste de la internación en un manicomio para un tratamiento psicológico intenso.

Por lo tanto, a lo que quiero llegar, es a demostrar la importancia y justicia que sería el individualizar la conducta en base al hecho concreto al momento de determinar la culpabilidad (así como para la individualización de la pena), puesto que la realización de dos delitos en distinta época y cometidos por la misma persona, nunca serán iguales, ni por las mismas circunstancias, ni motivos, ni razones, ni sentimientos, e inclusive el hecho de que en ambos delitos se manifieste el dolo (la intención), también éste es impulsado por condiciones distintas, precisamente a aquellas que llevaron a esa persona a realizar el acto con intención, independientemente del conocimiento de sus consecuencias de ilicitud.

Entonces, ¿Por qué tomar en cuenta una conducta anterior ya sancionada, cumplida y hasta sufrida, para analizar una nueva conducta que, independientemente de haber sido ilícita, fue cometida por otros motivos, hechos, circunstancias, razones, etc...?

b) La Culpa:

La Culpa, es otra de las formas específicas de la culpabilidad, en ella se manifiesta una imprudencia o negligencia en la persona responsable de la conducta antijurídica.

Como primer concepto de la culpa, quisiera señalar el aportado por Luis Jiménez de Asúa, concepto amplio y completo considerándose todos los aspectos importantes y sobresalientes del significado de esta figura jurídica: "Culpa es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), por falta del deber de atención y previsión, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá (o de la consecuencia del no hacer), sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor (o de sus omisiones) que se producen sin querer el resultado antijurídico (o lo injusto de la inacción) y sin ratificarlo." ⁵¹

En la culpa no se encuentra una abierta rebeldía contra la ley, existe una desobediencia en cuanto al autor por haber faltado a ciertos deberes, cuya observancia es indispensable para la vida en sociedad.

⁵¹ Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Ob. Cit., págs. 841 y 842.

La culpa, consiste en una conducta de la persona, cuyo elemento subjetivo es la voluntad de realizar un acto determinado, el cual puede producir un daño o comportarse de modo que su misma conducta produzca violación de normas, a lo cual la no observancia es la que puede producir dicho daño.

El daño como resultado de la conducta no es querido por el autor, pero debía ser previsible y evitarlo, en caso de no ser previsible, entonces nos estaríamos refiriendo a un caso fortuito.

Por otra parte, es importante diferenciar entre voluntad e intención, ya que se requiere para lograr un concepto claro de la culpa.

Entonces, la voluntad es el motor del acto, mientras que la intención es la voluntad dirigida hacia un fin, sin voluntad no hay acto.

Existen diversas teorías acerca de la culpa, destacando como principales las de la previsibilidad, la de prevenibilidad y las psicológicas, aceptándose en ellas, términos generales de idea común de la culpa como elemento subjetivo que atiende básicamente a la voluntad, en el obrar humano. Para dejar claro el concepto de culpa, señalaré algunas otras definiciones de ésta, de distintos autores.

Para Antonio Bucellati, "En la culpa pura se da la intervención de la libre voluntad, pero sólo indirectamente al hecho delictuoso en cuanto en él se ha

omitido la necesaria diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles de un hecho criminoso." ⁵²

Eugenio Cuello Calón, enuncia que: "Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley." ⁵³

Para otros autores, el acto es culpable y el hecho es culposo, el que viola las normas lo hace voluntariamente pero no intencionalmente, sin embargo, esa voluntad de no preveer o no prevenir una situación de la cual resulta un acto criminoso, es precisamente lo que se le va a reprochar al sujeto, así como su negligencia y falta de cuidado que no es más que lo mismo, el no preveer ni prevenir lo acontecido.

También hay autores que manifiestan que la culpa se produce por un defecto de la inteligencia, y otros, que la culpa es el producto de una conducta que subestima los valores generales y particulares de los individuos y de la sociedad, y procede por consiguiente a la acción culposa sin importarle los resultados dañosos. Este criterio puede ser válido para aplicarse en ciertos casos, sin embargo, no siempre se actúa negligentemente o sin cuidado por rebeldía o apatía; muchas veces se producen este tipo de acciones antijurídicas sin intención, por simple confianza personal, descuido por distracción, etc., pero de igual manera provocando un daño.

⁵² Antonio Buccellati. Instituciones de Derecho Penal y Procedimientos Penales. Editorial Guadarrama. Madrid, España. págs. 156 y 157.

⁵³ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., pág. 393.

La culpa como resultado o expresión de una conducta puede ser valorada no como un concepto rígido, sino que, admite graduación, con lo que están de acuerdo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, y por lo tanto la culpa tiene diferentes grados, que la pueden hacer más grave o más leve, según las circunstancias, y la situación que medió en el propio agente al momento de la comisión. Por ejemplo, no es lo mismo matar (sin intención por supuesto) a una persona por tirar balazos al aire en un campo o bosque, que matar a ésta por tirar balazos al aire libre en la ciudad, pues obviamente resulta más riesgoso (y por lo tanto más negligente y grave) ésta última conducta.

Finalmente, existe polémica entre diversos tratadistas sobre si en los delitos culposos se da cierta peligrosidad en las personas o no, la mayoría insiste en determinar que efectivamente se presenta peligrosidad en las personas que cometen dichos delitos. Ahora bien, siendo que dicha conducta culposa se genera inicialmente a través de la voluntad en el sujeto, pues podría pensarse en que efectivamente existiera cierta peligrosidad en personas cuya acción culposa fuera grave o inclusive no fuera la primera, sin embargo, existen muchos casos de delitos culposos muy distintos unos de otros, aún cometidos por una misma persona, y, descuidos, negligencias, etc., se dan frecuentemente y en repetidas ocasiones. Esto es, cualquier persona es susceptible de caer en un descuido o realizar un acto sin prevenirlo, claro que hay personas que pueden ser más descuidadas que otras, pero en estos delitos no hay mala intención, es decir, no existe intención de dañar, más bien podría ser debido a alguna necesidad en la persona o simplemente falta de consciencia en la misma.

Para complementar lo anterior y concluir con éste subinciso, cabe transcribir lo que nuestro ordenamiento legal penal vigente señala con relación a la culpa, a lo cual establece: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones penales le imponen." ⁵⁴ Dicho ordenamiento considera como delito culposo a aquella conducta que produce un ilícito provocado por algún incumplimiento de cuidado que las mismas leyes penales establecen como tal. Sin embargo, el dejar prendido el gas de la estufa y el que se origine un incendio o se realice una explosión por dicha acción, no está establecido en la ley penal, es decir el Código Penal no establece que se prohíbe dejar prendido el gas de la estufa, pero sí establece sanciones por consecuencias que se den por un acontecimiento de ese tipo, considerándose así como una falta de cuidado en la que se produce un daño, provocando ésto el reproche al sujeto negligente.

c) La Preterintencionalidad:

Como anteriormente se mencionó, nuestro Código Penal vigente, en su artículo 8° establece la tercera forma en que puede darse el delito, es decir la preterintencionalidad, una más de la culpabilidad. Sin embargo, en la doctrina aún no se establece una unanimidad de criterios sobre la esencia de ésta y su existencia. Para algunos autores es una forma y expresión del dolo, para otros un concurso de dolo y culpa; algunos establecen que se trata de delitos que se califican conforme al resultado; y por último hay quiénes lo consideran un concepto híbrido pero diferente y propio.

⁵⁴ Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, Art. 9°, pág. 3.

Para dejar claro este concepto, habrá que enunciar lo que diversos autores establecen, comenzando por Celestino Porte Petit, quien enuncia que: "La Preterintencionalidad es el querer o aceptar un resultado menor, produciéndose uno más grave, que se previó, teniendo la esperanza de que no se realizara o que no se previó siendo previsible." ⁵⁵

Otro concepto es el aportado por Eugenio Cuello Calón, quien menciona lo siguiente: "Sucede a veces que de la acción u omisión, se origina un resultado más grave que el querido por el agente, entonces aparece la figura jurídica del llamado delito preterintencional." ⁵⁶

Manuel Luzón Domingo, cita a Carrará en su obra "Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal" para dar una idea de la preterintencionalidad y de esta manera transcribe que: "Al hablar de preterintencionalidad, sobre la base del delito mixto de dolo y culpa, propone la doble estimación de esta figura que sería dolo en cuanto al acto inicial intencional y parte del resultado que al mismo corresponda y culpa en cuanto al exceso del resultado con relación a la intención." ⁵⁷

Como puede observarse, en dichos conceptos se habla de dolo, de culpa, y de un resultado más grave del inicialmente querido. Efectivamente, la preterintencionalidad reúne en su concepto estos elementos, sin embargo en mi opinión muy particular, la preterintencionalidad contempla definitivamente mayor

⁵⁵ Celestino Porte Petit. Programa para la Parte General de Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1978. pág. 27.

⁵⁶ Eugenio Cuello Calón. Ob. Cit., pág. 62.

⁵⁷ Manuel Luzón Domingo. Ob. Cit., pág. 363.

dolo que culpa, puesto que el simple hecho de querer un resultado, que será con la intención de producirlo, porque de otra forma estaríamos hablando de un delito culposo, el cual se provoca por una acción que inicialmente tiene la intención de dañar y posteriormente resulta más dañoso, ya implica la existencia del dolo, es decir de una intención de causar daño.

En relación a lo anterior, lo que determina el título fundamental de imputación y gravedad del hecho en la culpabilidad, lo es la intención mas no el resultado. Sin embargo, sucede a veces que el acto inicial voluntario encaminado a producir un hecho delictuoso causa un mal de mayor gravedad que el proveniente del delito querido, es decir, se realiza un delito preterintencional. Por esto, algunos autores establecen que existe también culpa en dichos delitos, y por parte no les falta razón, ya que en manera de ejemplo, si una persona excede la velocidad al momento de conducir su automóvil, y provoca por ésto un resultado dañoso, pues aquí la culpa radica en iniciar un acto riesgoso; entonces, realizar una conducta para producir un daño específico, querido y deseado (es decir, con intención), y se produce otro, o sea, uno mayor, pues este resultado se debió a que la intención de producir uno menor implica también un acto riesgoso, y por lo tanto un resultado (el no querido inicialmente) culposo.

Para la existencia de la preterintencionalidad es preciso que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes del mismo género que los lesionados por el acto inicial, ya que si el agente causa un daño diverso del resultado querido, entonces el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad.

Resulta complicado determinar claramente el nacimiento de esta tercera forma de la culpabilidad, pero lo que queda muy claro es que representa una manera culpable en el delito, y quien realice una conducta con cierta intención y produzca un resultado distinto al pretendido, dicha persona será reprochada por su accionar en relación a la realización de un delito preterintencional.

CAPITULO TERCERO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Corresponde ahora hablar de la Individualización de la pena o aplicación de la sanción. Este capítulo será enfocado hacia el estudio de la participación del Juez al momento de determinar la pena y a los supuestos establecidos en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

La individualización de la pena es realizada por el Juez (dentro de la sentencia) una vez determinada la culpabilidad en el procesado; es decir, después de considerar el Juez, que el sujeto en proceso es culpable del delito por el cual se le enjuicia, corresponde determinar la sanción a que se hace merecedor, individualizado está en relación a su accionar y demás circunstancias particulares.

Como se sabe, los delitos pueden ser de diversas índoles, por ejemplo: el homicidio, el robo, la violación, etc., y también hay delitos especiales como lo son: la tentativa, el concurso (Ideal y Real), el delito continuado y el continuo o permanente. En nuestro Código Penal se establece para cada clase de delito un parámetro entre el mínimo y el máximo de años de prisión a cumplir por quien incurra en los supuestos de éste. Asimismo, en los delitos especiales se establecen reglas particulares para modificar lo ya establecido en cada clase de delito. Esto es, el hecho de que la Ley establezca un mínimo y un máximo de pena, así como reglas modificadoras, quiere decir que ésta es indefinida por lo cual el Juez la fijara de manera exacta en relación al caso particular. Por lo tanto,

la pena en nuestro sistema legal, no es determinada ni tampoco indeterminada, sino que encuadra ésta en un marco penal normal.

Ahora bien, éste marco penal normal, como ya se mencionó, puede ser modificado tanto por razones de carácter general como de carácter especial, consistiendo éstas en una agravación de la pena (aumento de ésta, cualificación) o en una atenuación de la pena (disminución de la misma, casos privilegiados).

Entonces, como es de observarse, cada pena determinada será única pues en cada caso existirán circunstancias distintas y agravantes o atenuantes diversas que analizar, dándose así una individualización de la pena en cada caso particular.

A. Concepto.

Son pocos los conceptos existentes en cuanto a la Individualización de la pena, ya que la mayoría de los autores tratan este tema en base a las facultades que se le dan al Juez para realizar ésta. Sin embargo, hay algunos que la conceptúan en forma general especificando su significado. Entre estos está el penalista Guillermo Colín Sánchez quien define a la Individualización de la pena de la siguiente manera: "es una facultad netamente jurisdiccional; se lleva a cabo a través de un acto procesal independiente de la función legislativa, fuente de donde emana la facultad del juzgador para aplicar el Derecho, atendiendo a las necesidades y características de cada caso."⁵⁸

⁵⁸ Guillermo Colín Sánchez. Ob. Cit., pág. 428.

Aquí, nuestro autor en cita se está refiriendo a quien se le otorga la facultad de realizar la individualización de la pena, especificando que ésta corresponde al poder judicial quien a la vez tiene le obligación de aplicar el derecho (lo estipulado en las Leyes Penales, creadas por el cuerpo legislativo) conforme a lo concerniente en cada caso particular.

Para no entrar en una confusión, cabe señalar que quien crea la determinación de la cuantía a duración de la pena es el legislador, fijando amplios espacios entre un mínimo y un máximo, pero quien tiene que aplicarla y adaptarla a las condiciones personales del delincuente es el Juez.

Un concepto conciso y bien aportado de la Individualización de la pena es el que hace Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra "Manual de Derecho Penal", consistiendo éste en: "La individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización." ⁵⁹

En efecto, en términos generales eso es la individualización de la pena; pena que como antes se refirió, busca además de salvaguardar los bienes jurídicos y protección de la sociedad, la readaptación del delincuente en el medio social. Y la precisión a que se refiere éste autor es precisamente la que va a surgir de una correcta individualización de la pena que el Juez deberá realizar conforme a sus facultades y arbitrio otorgadas por el propio Código Penal y las

⁵⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal; Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991. pág.747.

cuales tiene que utilizar en base al caso particular revisando todos y cada uno de los elementos existentes en la causa penal y demás circunstancias tanto del sujeto como las relativas al hecho delictivo.

Como bien apunta Jorge Ojeda Velázquez: "En la aplicación de sanciones: éstas deben ser tantas como los individuos juzgados y ninguna de ellas deberá ser igual puesto que el juzgador, el hecho y el individuo sometido a juicio son diferentes en cada caso."⁶⁰

B. Criterios para la aplicación e Individualización de la Pena en México.

a) Facultades y obligaciones para el Juez.

En toda sentencia es forzoso individualizar la pena, situación para la cual el Juez deberá hacer uso del llamado arbitrio judicial, facultad que le es concedida legalmente a los órganos jurisdiccionales para dictar sus resoluciones, según las necesidades de cada caso. Además de éste arbitrio judicial, el Juez posee un poder discrecional otorgado por la misma ley, con el cual, sin rebasar los límites expuestos en la legislación Mexicana, podrá realizar una valoración completa de los elementos existentes en cada caso y resolver en base a sus conocimientos y criterio personal de manera discrecional, obligado con ésta a determinar en concreto la duración de la pena.

⁶⁰ Jorge Ojeda Velázquez. Derecho Punitivo, Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Trillas. México, 1993. pág. 104.

Nuevamente repetimos, la individualización judicial es la que hace la autoridad jurisdiccional al señalar en la sentencia la pena correspondiente al infractor. Para realizarla, el Juez tiene necesidad de una especial preparación y del concurso de ciertos auxilios técnicos, como lo son: dictámenes periciales, etc., que aunados a las facultades referidas, más otras circunstancias a analizar, se prepara la pronunciación final de la pena a aplicar.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe tener presentes las normas señaladas en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Penal y en los de Procedimientos Penales, para aplicar la sanción o medida de seguridad y así llevar a cabo la individualización procedente, de manera clara y precisa.

En relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Juez deberá estar a lo dispuesto en el Artículo 14, párrafo tercero, que establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." En base a esto, el Juez tiene la obligación de seguir estos lineamientos, así como lo establecido en el artículo 51 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que dispone: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito..."

Como se puede observar, el Juez posee conforme a la ley, facultades y obligaciones a seguir, con las cuales se garantiza a los ciudadanos

Mexicanos una justicia social tanto para quien sufre el daño como para quien lo provoca. Sin embargo, éstas facultades (el arbitrio judicial y el poder discrecional) que son la base para el juzgador al momento de determinar la pena, considerando asimismo los supuestos de los artículos 51 y 52 del multicitado Código Penal, pueden variar conforme a los criterios de cada juez, pero lo que no cambia, son las disposiciones legales y a las que el Juez debe avocarse.

Estas representan una obligación para el Juez, quien debe tomarlas en cuenta, y en base a su criterio (arbitrio judicial) determinar la peligrosidad del sujeto aplicando así la pena correspondiente entre los mínimos y máximos establecidos por la ley para cada delito.

De esta obligación y poder discrecional, apunta acertadamente el Penalista Jorge Ojeda Velázquez en su obra "Derecho Punitivo", estableciendo que: "El juzgador o tribunal no podrá suavizar el rigor de una ley aplicada al caso concreto con el fin de favorecer al reo, sino que estará obligado a moverse dentro de un arco punitivo, dentro del mínimo y máximo de cuotas sancionadoras impuestas por otro poder del Estado: el Legislativo".⁶¹, asimismo comenta: "Aún cuando el juzgador tiene el deber de motivar sus determinaciones, no está obligado por la propia ley a seguir ciertos criterios o indicios de evaluación antes que otros. Una vez que motiva su resolución, puede extraer las fuentes de su convencimiento de cualquier elemento que aparezca idóneo para explicar el porqué de ese juicio de punición. Sólo se le exige que vincule esa discrecionalidad a una norma enunciativa, que es aquella que caracteriza al

⁶¹ Ob. Cit., Idem, pág. 341.

modelo de punición judicial mexicano, expresada en el artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal."⁶²

Esto es, el juez no está obligado a aplicar el arbitrio judicial, o sea la determinación exacta de la pena entre el máximo y mínimo establecidos en la ley de manera específica; aplicará su criterio a su modo considerando los supuestos del artículo 52 del Código Penal, en el orden que prefiera y pudiéndole dar mayor valor a uno que a otro, pero motivando su decisión.

Entonces el Juez deberá determinar una pena exacta que será fijada a través de la valoración y consideraciones que el propio Juez realice teniendo que especificar éstas de manera clara y lógica en la sentencia.

Jorge Ojeda Velázquez conceptúa el arbitrio judicial de la siguiente manera: " La soberanía judicial que se expresa a través del arbitrio, se entiende como la facultad que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial que la ley no alcanza a manifestar. De esta manera, la cuantificación o individualización 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, sin más limitación que la observancia de las reglas normativas previstas en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal. " ⁶³

⁶² Ob. Cit., Idem, pág. 341.

⁶³ Ob. Cit., Idem, pág. 119.

En resumen, el Juez debe atender lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal, pero tiene la facultad de realizar sus consideraciones de manera individual aplicando su propio criterio en base a las circunstancias obligadas a analizar. Y, en relación a lo conceptuado por nuestro autor en cita, cabe argumentar que efectivamente la ley no manifiesta la manera en que se deban de considerar las circunstancias previstas en el Código Penal, a lo cual surge un problema básico en la práctica al momento de determinarse la pena; ésto será analizado en el siguiente subinciso.

b) Circunstancias y métodos en la individualización de la pena.

Nuestro sistema Punitivo está fundamentado en el Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal en el Capítulo I, del Título Tercero, Aplicación de las Sanciones, en sus artículos 51 y 52.

Independientemente de los principios de legalidad conceptuados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás disposiciones legales, lo importante a estudiar en el presente subinciso son los artículos referidos, en los cuales se estipulan las circunstancias que se deben utilizar para la determinación precisa de la pena.

El artículo 51, establece: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo

en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente..."

De esta manera se están generalizando las circunstancias a considerar en dos aspectos, el objetivo, o sea las circunstancias exteriores de ejecución, y el subjetivo, es decir, las circunstancias peculiares del delincuente.

Más aún, en el artículo 52 entre todas y cada una de las circunstancias establecidas a tomar en cuenta, se nota la distinción de dichos aspectos, los cuáles serán considerados cada uno para el efecto de la individualización de la pena, correspondiendo el aspecto objetivo al hecho concreto y el subjetivo a la determinación de la peligrosidad del sujeto.

Entonces el artículo 52 establece: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido;
2. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas;
3. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones

personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidas de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestran su mayor o menor temibilidad...

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Para los fines de éste artículo, el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales."

La Ley está siendo muy clara en cuanto a las circunstancias que deberán ser tomadas en cuenta al momento de la determinación de la sanción, sin embargo no establece los métodos a seguir, dejando únicamente al arbitrio del juez la tarea de aplicarlas según su criterio.

En la práctica, el Juez divide éstas circunstancias, de un lado coloca los elementos objetivos del delito, que son: la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión en que se cometió. Del otro lado coloca los elementos subjetivos, que son: las características del delincuente como la edad, educación, ilustración, costumbres, conducta precedente y los motivos que lo impulsaron a cometer el delito, así como sus condiciones económicas y la relación con el ofendido. Del estudio de éstos elementos se

determinan las circunstancias agravantes y atenuantes. En caso de existir más agravantes que atenuantes el monto de la pena se moverá hacia el máximo, en situación contraria la pena será dirigida hacia el mínimo.

Ahora bien, el Juez toma en cuenta la conducta precedente y demás antecedentes del sujeto para agravar la situación del mismo, considerándolo automáticamente más peligroso de lo que pudiera representar éste con su acción particular, y así aumentar la pena, independientemente de existir reincidencia o habitualidad. Esto representa una injusticia al momento de aplicarse la pena, pues no es justo que si de las circunstancias objetivas y subjetivas necesarias a considerar se determina cierta pena en relación al caso concreto, se aumente ésta por conductas anteriores. Por otra parte, y en el caso de que no desaparezca tal criterio de considerar el antecedente penal en el delincuente para el efecto de individualizar la pena, resultaría más justo que el juez investigara a fondo la existencia de dichos antecedentes, sus motivos y circunstancias por las que se dieron esas conductas anteriores, y así por lo menos saber cómo y porqué existen; dicha situación no se lleva a cabo.

Esto se da en la práctica debido a que la ley otorga al Juez la facultad de realizar dicha consideración de los antecedentes penales, los cuales consisten automáticamente en una agravación siendo éstos una circunstancia independiente del hecho concreto, o sea, de las circunstancias objetivas del delito. Si la ley quiere que a través de las circunstancias subjetivas se determine la peligrosidad en el sujeto relacionando éstas con las objetivas, se puede lograr sin la necesidad de considerar la conducta precedente en el sujeto. Ahora bien, si

dicha subjetividad fuera tomada en cuenta únicamente para los efectos de la Reincidencia y Habitualidad no habría objeción, pues un Reincidente o Habitual merece un análisis específico a través de un tratamiento especial, pero no una condena mayor de prisión.

En mi parecer, viene siendo más importante la objetividad en la acción que la subjetividad del sujeto, sin embargo entrar en estudio de ciertas peculiaridades en el autor del delito puede ser importante, sin tomar en cuenta esa conducta precedente de la que hace mención la ley, pues si bien es cierto que quien realiza el delito es una persona de la cual es necesario realizar un estudio, es más importante para la determinación de la pena en ese accionar, la conducta que realizó y esos multicitados elementos objetivos.

El juez, cuanto más dañosa aparezca la modalidad de la conducta, y más riesgosos sean los medios para realizarla, considerará más grave el delito y, por lo tanto, impondrá una pena más alta. Asimismo, entre más grave sea el daño o puesta en peligro del bien jurídico y entre más intenso sea el dolo o la gravedad de la imprudencia, pues más grave será el delito y más alta será la pena.

Lógica y acertada resulta dicha situación, pues un análisis de ésta manera individualiza la conducta del sujeto, el hecho realizado, la intensidad del daño y la culpabilidad resultante. Sin embargo, al considerarse la conducta precedente, se deja de relacionar el hecho delictuoso concreto, con la conducta desarrollada y daño producido, y más bien, en lugar de individualizar una pena sobre la acción concreta, se individualiza al sujeto.

Este mismo problema se refleja en los delitos culposos al individualizarse la pena, pues el segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal establece: "La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. Si para ella bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes:
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios; y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos."

Como es de observarse, para la aplicación de la pena en los delitos culposos, el legislador enuncia otras circunstancias que el Juez deberá considerar junto con las ya señaladas en el artículo 52 del Código Penal.

Dichas circunstancias del artículo 60, son creadas por el legislador con el fin de que éstas se apeguen más a la realidad del hecho ocurrido, así como al accionar culposo del sujeto y lograr conocer el grado de culpa en que se incurrió.

Pues bien, como ya se ha señalado, este grado de culpa, o bien de dolo, se obtiene del juicio de reprochabilidad de la culpabilidad y su resultado, con el cual se puede determinar junto con las demás circunstancias objetivas y subjetivas (no los antecedentes penales) del delito, una justa y correcta individualización de la pena, apegada cien por ciento al hecho ocurrido o acción delictuosa solicitada, sin tener que mezclar una conducta en particular, con una vida personal.

Una cosa son las circunstancias subjetivas relacionadas con la acción delictuosa, y otras son aquellas subjetivas relativas al pasado y futuro del individuo que, como vuelvo a repetir, no tienen que ver con la acción criminosa en particular (delito imprudencial o intencional), ni con la pena que de ésta resulte. Claramente señala nuestro Código Penal en su artículo 7º: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...", así es, lo que se sanciona es la acción delictuosa, es decir el delito, más no una conducta precedente. En caso de querer castigar una repetición de delitos (reincidencia y habitualidad) en primer lugar se debe de conocer esos otros delitos en todas sus causas y circunstancias existentes y en segundo lugar, se debe aplicar además de la pena correspondiente al último delito, un tratamiento especial, con el fin de lograr una

rehabilitación social en el sujeto de manera individual y en relación al estado psicológico y humano del delincuente.

Por lo anterior, ¿A qué vendría al caso la fracción tercera del segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal? ¿De qué puede servir, para el efecto de la determinación de la pena de un caso concreto y conducta en particular las anteriores conductas delictivas del sujeto? ¿Será que quien comete una acción críminosa jamás será perdonado ni siquiera aún después de cumplir una pena y de vivir con el sufrimiento moral? ¿Es individualización de la pena el sancionar una conducta presente junto con otras anteriores?.

Nuevamente establezco, en la práctica se suscita dicho problema debido a que la ley provoca esta situación, pero lo que sucede es que la ley confunde entre la aplicación de la pena por el delito cometido, y el tratamiento o medida de seguridad a la que un individuo con antecedentes penales debe ser sometido. Es decir, son dos cosas aparte que la ley quiere relacionar aplicando una misma sanción para dichos aspectos distintos.

La pena, como lo señala la ley, corresponde aplicarse por el delito cometido, obviamente será señalada al delincuente como condena a cumplir. Sin embargo, el que se tome en cuenta los antecedentes penales y no la culpabilidad como criterio rector para individualizar la pena, quiere decir que se está penalizando al sujeto por lo que es, y no por la acción producida específica.

Una vez más aclaro, toda conducta es distinta y la pena debe

corresponder al delito cometido, es decir, en relación a la conducta. La ley así lo establece, pero comete el error de querer sancionar al individuo por su no rehabilitación social, siendo que quien está obligado a resocializar a las personas delincuentes es el Estado. Entonces, repito, el hecho de que en la individualización de la pena se tomen en cuenta los antecedentes penales y que el Juez no se ajuste al criterio de la culpabilidad, quiere decir que lo que se castiga es esa no rehabilitación de los individuos, además de su acción delictuosa; en pocas palabras, se aplica una doble pena en una presente y particular acción, por otras conductas anteriores.

De esta misma idea es el penalista Jorge Ojeda Velázquez, quien al referirse a la individualización de las sanciones, establece que: "La pena debe ser proporcional al delito cometido, y para ello se debe tener en cuenta la gravedad de la culpa en el hecho cometido y no la peligrosidad social del sujeto, como erróneamente en la actualidad se individualiza judicialmente a las sanciones, ya que si nos vanagloriamos de ser un país democrático, el derecho punitivo mexicano debe estar fundado sobre bases democráticas. En un derecho liberal se castiga al hombre delincuente por lo que hizo, es decir, por el hecho antijurídico por el que está siendo juzgado, relacionándolo con el grado de culpa en él desarrollado. En un sistema de derecho penal totalitario, al delincuente se le castiga por lo que es, por su conducta presente, pasada y futura, es decir, por lo que hizo y por la probabilidad que tiene de cometer nuevamente un delito, parámetros calibrados a través de su peligrosidad social."⁶⁴

⁶⁴ Ob. Cit., *Idem*, pág. 107.

En relación a ésta última cita, se puede decir que el sistema punitivo consagrado en el Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, corresponde a un sistema de derecho penal totalitario. Esto seguirá siendo así, mientras no se realice una separación entre la sanción al delito cometido en particular y el tratamiento especial para la rehabilitación social.

Independientemente de las circunstancias subjetivas consistentes en la conducta precedente y antecedentes del sujeto, todas las objetivas, así como algunas subjetivas necesarias, concretan las consideraciones aptas para la individualización de la pena sobre el hecho concreto, ya que con éstas el juez visualiza toda la acción delictuosa y el motivo de ésta. Ahora bien, aunadas dichas circunstancias a la aplicación de la culpabilidad como criterio rector en la individualización de la pena, es decir, que el juez se base en su estudio y resultado obtenido del juicio de reprochabilidad, se estaría a lo conceptuado por la ley en relación al delito, y asimismo, se lograría sancionar el hecho concreto por la conducta antijurídica realizada, y no como en la actualidad sucede, sancionar al sujeto en sí. De esta manera, se obtendría un derecho Penal más liberal y justo en nuestro país.

Sobre dichas circunstancias hace referencia Jorge Ojeda Velázquez, quien se pregunta y responde a la vez: "¿Cuál de estos parámetros (se refiere a las circunstancias objetivas y subjetivas) debe prevalecer al ejercer el IUS PUNIENDI (derecho punitivo) judicial? Ello depende de las tendencias liberal democrática o totalitaria que posea cada código. Nosotros pensamos que es la

gravedad del hecho cometido, el daño o puesta en peligro del bien jurídico, lo que se debe ponderar al momento de dictar una sentencia, relacionándola con el grado de culpa desarrollada (leve, media o alta), más no las circunstancias subjetivas del autor del ilícito, que son tan cambiantes como las aguas de un río y que se deben dejar para el momento de la individualización ejecutiva o la llamada individualización-tratamiento del delincuente." ⁶⁵

En la presente tesis, no está el solucionar la gran problemática existente sobre el sistema de Rehabilitación Social en México, ni proponer el tratamiento correcto o necesario para resocializar a los reincidentes o habituales. Sin embargo, es necesario considerar dichos aspectos para la solución a proponer en relación al problema referido existente en la práctica.

Las medidas de seguridad, como en capítulos anteriores se mencionó, son aplicadas para personas que requieran un tratamiento especial, y no únicamente para inimputables como sucede en la actualidad. Ahora bien, una persona con antecedentes penales, un Reincidente o Habitual, son considerados como personas peligrosas, y por lo tanto requieren de un tratamiento especial, sin embargo, en lugar de aplicarles dicho tratamiento especial o alguna medida de seguridad, se les aplica una mayor pena de prisión, tratando de lograr con esto una rehabilitación social en su persona, situación que hasta la fecha no ha dado resultado y que evidentemente no es la solución correcta a seguir.

⁶⁵ Ob. Cit., *idem*, pág. 109.

Desde mi punto de vista, y siendo que un problema es el no individualizar la pena en relación al hecho concreto, y otro es el aumentar la sanción por la existencia de antecedentes penales sin obtener resultados de rehabilitación en el delincuente, considero que debe omitirse el tomar en cuenta la conducta precedente y demás antecedentes del sujeto para la fijación de la sanción sobre la acción delictuosa o delito en particular, y utilizarse como criterio rector para la individualización de la pena lo que resulte del estudio de la culpabilidad, así como de las consideraciones realizadas sobre las circunstancias objetivas y subjetivas trascendentes en el hecho. Y por otra parte, que se consideren los antecedentes penales únicamente para los efectos de la reincidencia y habitualidad, aplicándole en dichos casos, una medida de seguridad o tratamiento especial en el tiempo que se requiera para obtener la resocialización del delincuente.

C. Peligrosidad y Temibilidad.

a) **Relación con los antecedentes penales.**

¿Qué se entiende por antecedente Penal?, es la constatación de sentencias pronunciadas contra un individuo, de la adopción de medidas de seguridad o de la mera declaración en rebeldía del mismo, ¿Cuál es su misión?, el comprobar la existencia de anteriores infracciones jurídico-penales.

En nuestro país, cualquier ingreso a prisión existente en el expediente del delincuente representa un antecedente penal, lo cual ocasiona que

el sujeto sea considerado peligroso social.

La peligrosidad es el resultado obtenido del análisis de las circunstancias subjetivas y objetivas del delincuente y demás referentes a su persona y ejecución del hecho delictuoso. Esta consiste en la probabilidad de que en el futuro un sujeto vuelva a cometer más delitos.

Anteriormente se expuso, que de la valoración realizada por el Juez sobre las circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se determina la sanción exacta entre los máximos y mínimos establecidos para cada delito.

Ahora bien, la peligrosidad social es uno de los parámetros principales que sirve para individualizar las sanciones. Esto es, el Juez está facultado por la ley para conocer al sujeto en su máxima personalidad, a través de las consideraciones de las circunstancias objetivas y subjetivas (antecedentes penales), del multicitado artículo 52, así como del conocimiento personal del expediente, del procesado y del auxilio de los dictámenes periciales, principalmente del clínico-criminológico, que ilustra al Juez sobre la estructura de personalidad del sujeto, los motivos que lo impulsaron a cometer el delito y el grado de peligrosidad del mismo. Así es, de dicho análisis, y haciendo uso de su arbitrio, el juez determina un grado mínimo, medio o máximo de peligrosidad en el delincuente, y en base a ésta consideración, determina la pena exacta a aplicar.

En realidad, nuestro sistema punitivo (D.F. en materia Común y República en materia Federal), consiste en un sistema de individualizar la pena en relación al grado de peligrosidad que demuestra tener el sujeto, tanto por sus características personales, sus antecedentes penales, y conducta desarrollada en el hecho criminoso. Se hace referencia de la conducta desarrollada en la acción delictuosa, porque de ésta es muy importante que el juez realice un estudio y determine la gravedad en la misma, es decir, mientras más grave se considere dicha conducta, más alto grado de peligrosidad demuestra el sujeto, y a contrario sensu, en cuanto más leve sea el accionar, más bajo grado de peligrosidad se considerará en la persona. De esta manera se clasifica la Temibilidad del delincuente, consistente en esa gravedad del hecho demostrada por el sujeto a través de la conducta realizada y elementos empleados para su ejecución. Recordemos lo conceptuado en el punto tercero del artículo 52 del Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal: "En la aplicación de las sanciones penales, se tendrán en cuenta:

3.- Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad."

Mientras más temible demuestre ser el sujeto, más peligroso se le determinará, y entre menos temible, pues menos peligroso.

La temibilidad a que se refiere el citado precepto legal, no es más que un sinónimo de peligrosidad, el cual refleja un índice de estado peligroso latente en el hombre delincuente, sirviendo esto como base para individualizar las sanciones.

Por otra parte, para determinar la temibilidad, no se requiere, o mejor dicho, no es elemento para su consideración, los antecedentes penales o conducta precedente de la persona, sino únicamente la gravedad en la acción. Como ejemplo, cabe citar lo que nuestra Suprema Corte de Justicia, establece en la siguiente jurisprudencia:

***Instancia:** Primera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 7a.

Volumen: 78

Página: 39

Rubro: Violación, individualización de la pena en caso de, en agravio de menor, hija del propio inculpado. (Legislación del Estado de Jalisco).

Texto: En el supuesto de la violación de una menor por su propio padre, aún cuando el causado no reporte antecedentes penales, la pena máxima que establece el artículo 239 del Código Penal del Estado de Jalisco está correctamente señalado, si se considera que el delito cometido constituye un ataque de extrema gravedad por las consecuencias que origina en la menor ofendida, al quedar afectado su desarrollo psicosomático con motivo del atentado que sufriera por parte de su padre, quien estaba obligado no sólo a respetarla, sino a protegerla, con mayor razón si la pasivo es huérfana de madre, por lo que el causado en cuestión revela un alto grado de temibilidad que da lugar a la imposición de la pena máxima.

Precedentes: Amparo Directo 429/75. Esteban Mariscal Guzmán. 27 de junio de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva:"

Entonces, en relación a lo anterior, una persona que demuestra una temibilidad muy alta, puede ser considerada de máxima peligrosidad, y en este caso los antecedentes penales vendrían sobrando. Esto quiere decir, que la peligrosidad, y por ende la pena correspondiente para el caso concreto, puede ser decretada conforme a los lineamientos y consideraciones de los multicitados artículos 51 y 52 y del grado de temibilidad determinado, sin necesidad alguna, de tomar en cuenta los antecedentes penales del individuo, pudiendo ser únicamente necesaria su consideración, para los efectos de la Reincidencia y Habitualidad.

Por último, los antecedentes penales, como anteriormente se señaló, representan un papel muy importante para la consideración de la peligrosidad, pues su presencia implica la agravación automática de ésta, y así, independientemente de la temibilidad demostrada por el sujeto en su accionar delictuoso, provocan que el Juez sienta temor de que la persona vuelva a delinquir en el futuro, agravando así la pena a cumplir. Esto implica que el sujeto sea condenado a un mayor tiempo de prisión, por lo tanto en lugar de resocializar al delincuente, lo vuelvan más peligroso, debido a la forma de vida tan desagradable que se da en las penitenciarias y centros de rehabilitación social de nuestro país, así como al ineficaz sistema de resocialización.

CAPITULO CUARTO**PROPUESTA A REFORMAS DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**

Antes de proponer la modificación de ciertos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, cabe transcribir y comentar sobre diversas Jurisprudencias relativas a lo tratado en la presente tesis.

A. Tesis y Jurisprudencias importantes a combatir.**a) Jurisprudencias sobre aplicación de la pena.****TESIS No. 1.**

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: IX Enero
Tesis: VI. 2o. 462 P
Página: 208
Clave: TC062462 PEN

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION CORRECTA DE LA.

TEXTO: Para una correcta individualización de la pena, aunque el juzgador puede hacer uso de su arbitrio para cuantificar las sanciones que estime

ajustadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe ser congruente con la peligrosidad del acusado, tomando en consideración las circunstancias externas del delito y las peculiares del delincuente, es decir, el juzgador individualizará la pena cuidando que no sea el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos razonado de las características ostensibles del reo, sino la conclusión racional resultante del estudio de su personalidad en los diversos aspectos sobre móviles que lo indujeron a cometer el delito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 98/91.- Francisco Alejandro Tecuati Hernández.- 2 de abril de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo Directo 259/90.- Pedro Nava Vite.- 11 de julio de 1990.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Galván Rojas.- Secretario: Vicente Martínez Sánchez."

TESIS No. 2

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: II SEGUNDA PARTE-2
Tesis: 61
Página: 3880
Clave: TC031061 PEN

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA (SUJETO DE ESCASOS RECURSOS Y POCA INSTRUCCION).-

TEXTO: No existe base para suponer que por tener escasa instrucción o no ser un sujeto de temperamento pasivo y con pocos ingresos, se deba estimar a un individuo como de baja peligrosidad, si su

comportamiento anterior a la comisión del delito que motivó la sentencia condenatoria, de muestra la petición de una conducta quebrantadora del orden social, como es el hecho de tener procesos pendientes en su contra.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 308/88.- Antonio Vázquez Velasco y coagraviados.- 7 de diciembre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Alfonso Núñez Salas.- Secretario: Francisco Javier Ruvalcaba Guerrero."

TESIS No. 3.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: II SEGUNDA PARTE-2
Teoría: 24
Página: 530
Clave: TC023024 PEN

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA.
TEXTO: Con el objeto de que pueda imponerse al sentenciado el máximo de sanción señalada en la ley, es menester que se demuestre indubitadamente el grado de temeridad respectivo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 67/89.- José Cruz y otros.- 6 de abril de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretario: Javier Ramos González."

Como se puede observar, a través de las jurisprudencias en cita, la ley exige al juez la valoración de todas y cada una de las circunstancias relativas a la ejecución del delito (Tesis No. 1), pero exige más el estudio de la personalidad en los diversos aspectos sobre los móviles que indujeron al sujeto a cometer el delito. También se establece que para una correcta individualización de la pena es necesario adecuar la sanción conforme al grado de peligrosidad del sujeto. Asimismo, se demuestra (Tesis No. 2), como el hecho de existir algún antecedente penal en el sujeto, es motivo para agravar su situación, independientemente de la gravedad en su último accionar. Y por último, se puede observar (Tesis No. 3), que la temeridad demostrada por el sujeto en el delito cometido, es un elemento necesario para la aplicación de la pena.

En mi parecer, la peligrosidad no debe ser considerada como criterio rector para la individualización de la pena, pero puede ser utilizada para demostrarle al juez que el sujeto requiere de un tratamiento especial. Si la peligrosidad consiste en la probabilidad de que en el futuro un sujeto vuelva a cometer más delitos, una manera de evitar dicha continuidad delictuosa, sería el practicar un tratamiento en aquellos sujetos considerados peligrosos. De esta manera, se evitaría el estar sancionando al mismo tiempo, y con el mismo castigo (privativa de libertad), el hecho criminoso en particular, y el estado de peligro detectado en el sujeto. Cuando el sujeto, por tener antecedentes penales, y por lo tanto, sea considerado más peligroso, será condenado a una mayor pena privativa de libertad, con el fin de que "en el futuro no cometa más delitos", yo más bien diría, "para que se tarde más en cometerlos", pues si el sujeto no es tratado para su recuperación, cuando se encuentre en libertad, seguirá siendo el mismo.

Una persona con antecedentes penales, en mi opinión, no demuestra necesariamente más peligrosidad, sino una mala rehabilitación.

En conclusión, la pena debe ser aplicada en base a la culpabilidad del reo, de la cual se conoce el grado de temibilidad con que se actuó, y así, determinar justamente la sanción correspondiente al hecho concreto, en congruencia con la gravedad de la conducta desarrollada. Como bien apunta Jorge Ojeda Velázquez: "Una pena es sustancialmente justa sólo a cambio de que ésta se aplique sobre el presupuesto de la culpabilidad del reo, dado que la culpabilidad es un conocido abuso de la libertad para escoger entre un valor y un desvalor social, y, sobre este límite la pena no puede castigar al delincuente más allá de la culpa por el hecho cometido." ⁶⁶

b) Jurisprudencias referentes a los antecedentes penales.

TESIS No. 4.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomos: IV SEGUNDA PARTE-1
Tesis: 02
Página: 356
Clave: TC121002 PEN

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. LOS ANTECEDENTES PENALES NO SON INDISPENSABLES PARA DETERMINAR EL GRADO DE PELIGROSIDAD.

TEXTO: Los antecedentes penales revelan lo primario de un delincuente de tal suerte que si el juez

⁶⁶ Ob. Cit., Idem, pág. 81.

natural al individualizar la pena no los tomó en consideración y el tribunal responsable en la apelación al examinar el grado de temeridad sólo los mencionó, pero no los tuvo en cuenta porque conforme a otros datos ubicó al acusado en el mismo grado de peligrosidad del a quo y confirmó la sanción impuesta, ello no es violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 173/89.- Aarón Montaña Cota.- 9 de agosto de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eliseo Gustavo Araujo Arriaga.- Secretaria: Ana María Arce Becerra."

TESIS No. 5.

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: VII JUNIO
Tesis: II. 3o. 25 P
Página: 343
Clave: TC023025 PEN

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA DELINCUENTES PRIMARIOS.

TEXTO: La ausencia de antecedentes penales no necesariamente obliga al juzgador a estimar en el acusado un grado de peligrosidad inferior al máximo; ya que pueden existir casos en los cuales, de acuerdo con el desarrollo de los acontecimientos, el activo demuestre un índice mayor de temeridad que obviamente debe repercutir en la sanción a imponer.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 758/90.- Primitivo Rodríguez Vázquez.- 16 de enero de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Angel Mandujano Gordillo.- Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Amparo directo 67/89.- José Cruz y otro.- 6 de abril de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.- Secretario: Javier Ramos González.

Octava Epoca, Tomo III, Segunda Parte-2, página 532."

TESIS No. 6.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: V SEGUNDA PARTE-1
Tesis: 4
Página: 332
Clave: TC121004 PEN

RUBRO: PENA, LA REINCIDENCIA NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR).

TEXTO: No puede tenerse como válida la sentencia que al individualizar las sanciones procedentes, tenga en cuenta como antecedentes o dato revelador de mayor peligrosidad la reincidencia del amparista, pues esta circunstancia no se encuentra prevista dentro de los elementos que para individualizar la sanción señalan los artículos 61 y 63 del Código Penal de Baja California Sur.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 369/89.- Juan Manuel Cadena Núñez.- 8 de febrero de 1990.- Ponente: Eliseo Gustavo Araujo Arriaga.- Secretaria.- Ana María Arce Becerra."

A través de las Jurisprudencias citadas (Tesis No. 4 y 5), nos damos cuenta como la ley no define con exactitud la forma en que deben ser considerados los antecedentes penales al momento de individualizarse la pena, e inclusive nos dan a entender que no es necesario su análisis.

Entonces, ¿Se deben, o no se deben tomar en cuenta los antecedentes penales para individualizar la pena? La ley dice que si pero no dice cómo y únicamente hace referencia de su aplicación en los casos de la Reincidencia y Habitualidad. Pero, ¿qué sucede cuando existen antecedentes penales en un sujeto, que no encuadra en los supuestos de Reincidencia y Habitualidad? La ley no explica dicha circunstancia en el Código Penal, pero se establece a través de las diversas Jurisprudencias, aunque no de manera clara. Lo que si es muy claro, es que, de cualquier manera, los antecedentes penales perjudican al sujeto, y la valoración que se realice de éstos, siempre será en su contra.

Afirmo la anterior, debido a lo que en la práctica sucede, es decir, muchos Jueces se basan en el contenido del artículo 52 del Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal, para considerar la conducta precedente y demás antecedentes del sujeto, y en el supuesto de existir antecedentes criminosos, determinan un mayor grado de peligrosidad en el mismo, agravando automáticamente la pena a aplicar.

En mi opinión, dicha consideración de la conducta precedente y demás antecedentes del sujeto, debe desaparecer para los efectos de la

individualización de la pena en el hecho concreto. De ser tomada en cuenta, que sea exclusivamente para realizar cierto tratamiento en el sujeto y procurar su resocialización, así como para situar a la persona en Reincidente o Habitual y buscar el método idóneo para evitar que realice más conductas delictuosas.

Por otra parte, en diversas partes del mundo, hay autores con las mismas ideas relativas a la necesaria desaparición de dichos antecedentes penales, como es el caso del penalista Español Manuel Grosso Galván, quien se expresa de la siguiente manera: "Los antecedentes penales son, sin discusión alguna. El mayor impedimento que hoy en día tienen los condenados para alcanzar su reinserción en la sociedad, y sin embargo, son sistemáticamente ignorados a la hora de hacer el balance sobre el sistema de penas y medidas. Son, en palabras de HARTUNG, peores que las marcas a fuego que se utilizaban en la Edad Media, ya que le da un carácter indeleble al condenado prácticamente de por vida y no sólo frente a las autoridades, sino incluso frente a los particulares." ⁶⁷, asimismo, establece: "Hay que insistir en la idea de que el autor no debe de recibir más pena que la impuesta legalmente por los Tribunales, y en este sentido resulta del todo impropio prolongar los efectos de la misma a través de los antecedentes penales." ⁶⁸, y por último, comenta: "La condena no sólo debe extinguirse con su cumplimiento, sino que además ésta debería extinguir todas las demás consecuencias que trae anexas la comisión de un hecho delictivo". ⁶⁹

⁶⁷ Manuel Grosso Galván. Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1983, pág. 8.

⁶⁸ Ob. Cit., Idem, pág. 10.

⁶⁹ Ob. Cit., Idem, pág. 9.

Ahora bien, en relación a la última Jurisprudencia en cita (Tesis No. 6), es de notarse que en el Estado de Baja California Sur, así como en algunos otros Estados de la República Mexicana, los antecedentes penales no son tomados en cuenta para la determinación de la pena en el hecho concreto. Por lo tanto, sin más comentarios al respecto, ¿Porqué no aplicar el mismo criterio en el Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal?

c) Jurisprudencias sobre Personalidad y Temibilidad.

TESIS No. 7.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice 1985
Parte: II
Teoría: 176
Página: 374

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, SEGUN LA PELIGROSIDAD.

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

PRECEDENTES:**Sexta Epoca, Segunda Parte:**

Vols. VI, Pág. 211. Amparo Directo 6008/55. Andrés Soria Rochel. 14 de agosto de 1957. 5 votos. Ponente: Gerardo Ruiz de Chávez.

Vol. XIX, Pág. 188. Amparo Directo 4108/58. José Osuna Valdez y Coag. 16 de Enero de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Vol. XXII, Pág. 129. Amparo Directo 4329/58. Fidel Carrillo Galicia. 8 de abril de 1959. 5 votos. Ponente: Luis chico Goerne.

Vol. XXVIII, Pág. 14. Amparo Directo 2139/59. Arturo Quezada Ramírez. 5 de octubre de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Vol. XLVI, Pág. 26. Amparo Directo 43/61. José Paredes González y coags. 19 de Abril de 1961. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rivera Silva."

TESIS No. 8.

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: VIII NOVIEMBRE
Tesis: IV. 3o. 63 P
Página: 259
Cleve: TC043063 PEN

RUBRO: PELIGROSIDAD. GRADO DE, CIRCUNSTANCIAS PARA DETERMINAR EL.

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

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

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 59/91.- José Mata Hernández.- 27 de marzo de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Ramiro Barajas Plascencia.- Secretaria: Gloria Fuerte Cortés."

TESIS No. 9.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: VIII AGOSTO
Tesis: IV. 1o. J/56
Página: 129
Clave: TC061150 PEN

RUBRO: PENA. SU INDIVIDUALIZACION DEBE SER ACORDE AL GRADO DE TEMIBILIDAD.

TEXTO: La legislación penal vigente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamentales; uno el del arbitrio judicial, y otro, el de la temibilidad; esto es, que toda pena debe ser cuantificada por el grado de temibilidad del acusado, y el juzgador debe moverse entre los términos que fija la ley, teniendo en cuenta el grado de esta temibilidad para juzgar la pena.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 33/89.- Rodolfo Rosas Ramírez.- 9 de marzo de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eric Roberto Santos Partido.- Secretario: Martín Amador Ibarra.

Amparo directo 284/89.- Fernando Peralta País.- 23 de noviembre de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente.- Eric Roberto Santos Partido.- Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Amparo directo 359/89.- Sergio Cortés Avendaño.- 27 de noviembre de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eric Roberto Santos Partido.- Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Amparo directo 95/90.- Pedro Cortés Alameda.- 29 de marzo de 1990.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eric Roberto Santos Partido.- Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

Amparo Directo 97/91.- Agustín Hernández Angulo.- 19 de abril de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Eric Roberto Santos Partido.- Secretario.- Roberto Javier Sánchez Rosas."

TESIS No. 10.

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: IV SEGUNDA PARTE-2
Tesis: IV. 2o. J/34
Página: 643
Clave: TC

RUBRO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA DELINCUENTES PRIMARIOS.

TEXTO: La autoridad no está obligada a considerar en el sujeto activo del delito una temibilidad mínima por ser un delincuente primario, sino que debe tener en cuenta para fijar la gravedad de la conducta delictiva, todos los datos que al respecto arroje la causa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**PRECEDENTES:**

Amparo directo 161/88.- Jorge Villalpando Bastida.- 13 de julio de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Galván Rojas.- Secretario: Jorge Núñez Rivera.

Amparo directo 324/88.- Alberto Flores Tecanhuey.- 26 de octubre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Galván Rojas.- Secretario: Jorge Núñez Rivera.

Amparo directo 45/89.- Isauro Flores Fernández.- 17 de marzo de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Galván Rojas.- Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Amparo directo 103/89.- Juan Herrera Espejel.- 9 de mayo de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Arnoldo Nájera Virgen.- Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 300/89.- Jesús Anaya Castillo y otro.- 17 de octubre de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario: Jorge Alberto González Álvarez."

De éstas últimas Jurisprudencias en cita (tesis No. 7 y 8), claramente se aprecia la injusticia desarrollada en la individualización de la pena, al establecer que se consideren los antecedentes penales como circunstancia agravante del grado de peligrosidad en el sujeto.

Como es de observarse en la Tesis No. 8, independientemente del delito cometido por el sujeto, éste es considerado más peligroso de lo demostrado en su accionar, por el simple hecho de tener un antecedente penal, es decir, un delito diverso por el cual se le aplicó una pena corporal. Con dicha consideración,

el sujeto no está siendo castigado por el hecho concreto, sino por dos conductas, la anterior y la última. Por otra parte, no se hace mención del delito anterior, o sea no se especifica qué tipo de conducta se realizó, ni por qué motivos se dio o de que forma se ejecutó, simplemente se le reprocha al sujeto, aún cuando ésta ya la fue reprochada anteriormente.

Yo no estoy en contra de que se castigue al delincuente, es más, considero que debe ser castigado por cualquier conducta antijurídica que realice, pero que sea en base a ese accionar delictuoso, es decir, que se individualice la pena en relación al principio de culpabilidad (conducta desarrollada en el hecho concreto).

Analizando las Tesis No. 9 y 10, es importante observar cómo nuestra Suprema Corte de Justicia establece que la pena debe ser cuantificada en base al grado de temibilidad en el sujeto, la cual representa la peligrosidad del mismo, pero del acto delictuoso realizado. Entonces, cualquier sujeto podría ser sancionado conforme al principio de la culpabilidad, cuantificándose la pena a través del grado de temibilidad demostrada en su acto criminoso. Y, en relación a la peligrosidad del sujeto, ésta podría ser considerada por el Juez, a través de su arbitrio y del estudio de otras circunstancias peculiares del delincuente, para determinar si éste requiere o no un tratamiento especial para su recuperación y rehabilitación social.

De esta manera, se estaría en lo justo, es decir, se aplicaría al sujeto la pena correspondiente por el delito cometido, y se sometería al mismo a un tra-

tamiento especial en caso de necesario.

B. Proyecto de Reforma en los Artículos 52, 60, 65 y 66 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

a) Propuesta de modificaciones.

En relación a lo desarrollado a través de la presente tesis, motivos y circunstancias expuestas en los incisos y capítulos anteriores, propongo las siguientes reformas y modificaciones al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal:

1. ARTICULO 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta el resultado del estudio de la culpabilidad realizado en el sujeto, y las circunstancias especiales siguientes:

1. La naturaleza de la acción u omisión, y la extensión del daño causado y del peligro corrido.

2. La edad, la educación y costumbres del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.

3. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas

ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

4. _____

_____.

Para los efectos de la Reincidencia y Habitualidad el Juez tendrá en cuenta la conducta precedente y demás antecedentes del sujeto.

Para los fines de este artículo, el Juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales y tratamiento especial que se requiera.

II. **ARTICULO 60.** Se deroga la fracción III del segundo párrafo.

III. **ARTICULO 65.** A los Reincidentes y Habituales se les aplicará la sanción correspondiente al último delito cometido y un tratamiento especial para obtener su Rehabilitación social.

En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad para procurar su resocialización.

IV. **ARTICULO 66.** Se deroga.

b) Finalidad de la Propuesta.

- Que en la individualización de la pena aplicable al caso concreto, no se tome en consideración como agravante los antecedentes penales del delincuente.

- Que en la individualización de la pena aplicable al caso concreto, se ponga de relieve el principio de culpabilidad.

- Que se aplique un tratamiento especial de Rehabilitación Social en los delincuentes Reincidentes y Habituales.

CONCLUSIONES

1. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Sus elementos son: tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

2. El Delincuente es aquél sujeto que comete el delito o participa en su ejecución. Únicamente el ser humano puede ser considerado como el responsable de la acción delictuosa.

3. Un Reincidente es aquél delincuente que recae en la comisión de un nuevo delito en un determinado tiempo. Un delincuente habitual es quien comete tres delitos de la misma pasión o inclinación viciosa, en un período no mayor al de diez años.

4. La pena y las medidas de seguridad, son el castigo merecido por el delincuente, en razón de su transgresión a la norma penal, aplicadas éstas por el Estado, con el fin de hacer prevalecer el bienestar social. La Pena se diferencia de las medidas de seguridad en relación al grado de peligrosidad criminal, aplicándose la primera al grado no muy elevado y las segundas al grado elevado. Sin embargo, hoy en día se ha acostumbrado a aplicar las medidas de seguridad únicamente en las personas inimputables.

5. La Culpabilidad es el aspecto más importante para el resulta-

do de un juicio penal. Si no hay culpabilidad en el sujeto activo, no puede haber sentencia condenatoria.

6. La culpabilidad requiere de la conjunción de ciertos presupuestos. Estos son: la imputabilidad, un acto injusto concreto, la exigibilidad; al reunirse dichos elementos y una vez realizado el estudio correspondiente respecto a la conducta en particular, procede el reproche justo y directo al responsable del delito.

7. Siendo que la culpabilidad se refiere al accionar concreto de un sujeto por una conducta antijurídica aislada, la cual le será reprochada por el Estado, considero que la pena merecida por el delincuente debe ser aplicada en base al grado de culpabilidad que éste haya demostrado. Con esto, el sujeto sería castigado por su conducta antijurídica realizada de la cual fue enjuiciado, logrando así una justa y correcta aplicación de la pena.

8. La individualización de la pena consiste en la determinación exacta de la sanción, que será aplicada al delincuente una vez determinada la culpabilidad en el mismo, quien tendrá que cumplir ésta conforme a la ley. Dicha individualización de la pena es realizada por el Juez dentro de la sentencia, la cual tendrá que estar fundada y motivada conforme al arbitrio judicial y demás facultades concedidas por la ley.

9. El Juez debe de considerar todas y cada una de las circunstancias establecidas en el artículo 52 del Código Penal para el Distrito

Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal para el efecto de la individualización de la pena. De dichas circunstancias los Jueces determinan la peligrosidad del delincuente y con ella la pena a aplicar.

10. Los antecedentes penales son la constatación de sentencias pronunciadas contra un individuo, o la existencia de cualquier ingreso a prisión anterior.

11. En la práctica penal, los antecedentes penales son tomados en cuenta para conocer la peligrosidad del sujeto, con los cuales se determina un mayor grado de peligrosidad en el individuo, y por ende una pena más alta. Esta situación provoca que el delincuente sea doblemente castigado por una sola acción delictuosa.

12. Considero que si los antecedentes penales fueran tomados en cuenta únicamente para los efectos de la Reincidencia y Habitualidad en el delincuente, con el fin de aplicar en éstos un tratamiento especial o medida de seguridad, se lograría una mejor rehabilitación social en el sujeto.

13. Como propuesta: la individualización de la pena debe ser determinada en base al resultado del juicio de culpabilidad realizado sobre la acción delictuosa en particular y hecho concreto del delincuente.

14. Por último, cabe señalar que la presente tesis se terminó de realizar pocos días antes de la Reformas al Código Penal para el Distrito Federal

en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, obviamente sin tener conocimiento alguno de dicha situación. Por lo tanto, me alegra saber que la Legislación Mexicana se preocupó por resolver la problemática aquí desarrollada y que existía hasta antes de la publicación de dichas reformas.

Entonces, y sirviéndome de corroboración a lo expuesto en el presente trabajo, transcribo la reforma aplicada al artículo 52 del citado Código Penal, el pasado 10 de enero de 1994: "Artículo 52.- El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

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

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

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

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

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

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

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma." 70

70 Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1954, Segunda Sección, Secretaría de Gobernación, pág. 3.

BIBLIOGRAFIA

1. ABARCA, Ricardo, "El Derecho Penal en México". Editorial Jus. México, D.F.
2. ALMARAZ H., José, "El Delincuente". Librería de Manuel Porrúa, S.A. México, D.F.
3. ARTEAGA SANCHEZ, Alberto, "La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible". Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975.
4. BACIGALUPO, Enrique, "Estudios de Derecho Penal y Política Criminal". Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1989.
5. BUCCELLATI, Antonio, "Instituciones de Derecho Penal y Procedimientos Penales". Editorial Guadarrama. Madrid, España.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, "Derecho Penal Mexicano: Parte General". Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.
7. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, "Tres Ensayos". México, 1944.
8. CASTELLANOS, Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
9. CASTRO ZAVALETA, S., "La Legislación Penal y la Jurisprudencia".
10. CENICEROS, José Angel y Luis Garrido, "La Ley Penal Mexicana". Ediciones Botas. México, 1934.
11. COLIN SANCHEZ, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

12. CUELLO CALON, Eugenio, "Derecho Penal". Tomo I, Editorial Nacional, S.A. México, 1951.
13. CUELLO CALON, Eugenio, "Penalología". Editorial Reus, S.A. Madrid.
14. DE QUIROZ, Constancio, "Derecho Penal: Parte General". Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México.
15. GOMEZ MONT, Felipe, "Derecho Penal: Parte General". Tomo II, Universidad Iberoamericana. México, 1968.
16. GROSSO GALVAN, Manuel, "Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social". Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1983.
17. HUACUJA BETANCOURT, Sergio, "La Desaparición de la Prisión Preventiva". Editorial Trillas. México, 1989.
18. JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal". Tomo II, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962.
19. JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal". Tomo V, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962.
20. JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal". Tomo VI, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962.
21. KOWALEWSKY. "Psicología Criminal". París, 1905.
22. LABATUT GLENA, Gustavo, "Derecho Penal: Parte General". Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1963.
23. LACROIX, Jean, "Filosofía de la Culpabilidad". Editorial Herder. Barcelona, 1980.

24. LATAGLIATA, Angel Rafael, "Contribución al Estudio de la Reincidencia". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
25. MAGGIORE, Giuseppe, "Derecho Penal". Volumen I, Editorial Temis. Bogotá, 1954.
26. MEZGER, Edmund, "Derecho Penal: Parte General". Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1985.
27. OJEDA VELAZQUEZ, Jorge, "Derecho Punitivo, Teoría sobre las consecuencias jurídicas del Delito". Editorial Trillas. México, 1993.
28. PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.
29. PORTE PETIT, Celestino, "Programa para la parte general de Derecho Penal". Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1978.
30. QUINTANO RIPOLLES, Antonio, "Derecho Penal de la Culpa". Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1958.
31. RIVERA SILVA, Manuel, "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
32. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "Filosofía del Derecho".
33. VELA TREVIÑO, Sergio, "Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito". Editorial Trillas. México, 1977.
34. VILLALOBOS, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.
35. VILLALOBOS, Ignacio, "La Crisis de Derecho Penal en México". Editorial Jus. México, 1948.

36. VON HENTIG, Hans, "La Pena". Volumen 2, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1968.
37. WELZEL, Hans, "El nuevo sistema del Derecho Pena". Editorial Ariel. Barcelona.
38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal: Parte General". Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991.

LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

- Código Federal de Procedimientos Penales.