

320809

**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**  
PLANTEL TLALPAN

12  
209

**ESCUELA DE DERECHO**

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México



**LA ESTRUCTURA DE LA PENA Y EL ABUSO DE LA SANCION  
PRIVATIVA DE LIBERTAD**

**FALLA DE ORIGEN**

**T E S I S**

QUE PRESENTA:

**LUIS GERARDO FLORES OCHOA**

PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

CONDUCTOR DE TESIS : LIC. ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ

MEXICO, D. F.

1995



## **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.

## **AGRADECIMIENTO**

Difícil me resulta en la brevedad de estas líneas, el mencionar a todas aquellas personas que de una u otra manera han contribuido a mi formación, empero, quiero aprovechar tan significativa ocasión para agradecerles a todos ellos por su aportación, sin la cual no hubiese sido posible que hoy tenga la oportunidad de dirigirme a Ustedes por este conducto.

Al tiempo que les agradezco su apoyo y comprensión, quiero dedicarles mi trabajo aquí contenido y mi esfuerzo por realizarlo, como lo fué, la necesidad de hacer algo que de alguna manera me permitiera hacerles sentir que ese tiempo que gastaron en mí, y en mi preparación académica, cobró fruto.

Al hacer conciencia y remembranza de lo antes mencionado, surgen dos necesidades de referencia; la familiar, en la cuál úbico también a todos mis amigos, y la académica; comenzando por los primeros:

A mis padres **FRANCISCO FLORES CUADRA Y ALICIA OCHOA GARCIA**, para quienes de la forma más amplia y sincera les digo "gracias por todo".

A mis hermanos por su apoyo y cariño: **JORGE, TERE, LETICIA, MARTHA, CARLOS, SERGIO Y JAVIER**; a estos dos últimos de manera especial, pues con uno compartí la decisión y con otro la convivencia de la etapa que hoy culmino.

A mi esposa ROSALBA , y mi hija PAULETTE, de la primera su decidido apoyo , cariño y comprensión; de la segunda, su inocente y vigorosa presencia, y con ésto, a quien así lo permitio; pues con ello nos empuja a superarnos cada vez más.

A mis amigos, por serlo y demostrarlo constantemente.

A mis compañeros de generación.

A todos mis maestros de generación, y de forma especial a mi asesor de tesis Lic. ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ, a mi dictaminador Lic. TOMAS CORTEZ SAMPERIO; Al Lic. ARMANDO LOPEZ SALINAS y JOSE LUIS FARRERA OLMEDO, por sus decidido apoyo; así como a los integrantes del jurado.

A mi Universidad, por darme cabida y trato con calor humano a travez de su personal docente y administrativo, ya que atravez de ellos logro uno de mis más caros anhelos.

De forma muy especial quiero agradecer a la Institución DEFENSORIAS DE OFICIO, dependientes de la Coordinación Jurídica y de Gobierno de el Distrito Federal, por permitirme pertenecer a ella, y por su conducto ubicarme en la realidad jurídicosocial que vive nuestro país.

A Usted lector, por su amable tiempo. Gracias.



## INDICE

### LA ESTRUCTURA DE LA PENA Y EL ABUSO DE LA SANCION PRIVATIVA DE LIBERTAD.

#### CAPITULO PRIMERO

##### ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS EN RELACION CON LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

I	- LA ANTIGUEDAD .....	1
a)	- ROMA .....	3
b)	- GRECIA .....	5
c)	- BABILONIA .....	6
II	- MEXICO PREHISPANICO .....	6
III	- MEXICO INDEPENDIENTE .....	8
IV	- EVOLUCION LEGISLATIVA EN MEXICO.....	12
a)	- CODIGO PENAL DE 1871.....	13
b)	- CODIGO PENAL DE 1929.....	16
c)	- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL (1931).....	21
d)	- REFORMAS AL CODIGO PENAL VIGENTE EN LO RELATIVO A LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.....	24

#### CAPITULO SEGUNDO

##### LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y EL ARBITRIO JUDICIAL.

I	- CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACION.....	32
II	- CONCEPTO DE ARBITRIO JUDICIAL.....	37
III	- DIVERSAS CLASES DE INDIVIDUALIZACION.....	43

a) - INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA .....	48
b) - INDIVIDUALIZACION JUDICIAL .....	51
c) - INDIVIDUALIZACION EJECUTIVA .....	57
IV - LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD .....	59

### CAPITULO TERCERO

#### PRINCIPIOS GENERALES DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA DENTRO DE LAS ESCALAS LEGALES.

I - LA CULPABILIDAD COMO BASE Y MEDIA DE LA PENA .....	65
a) - FORMAS DE RESPONSABILIDAD .....	68
b) - RESPONSABILIDAD MORAL .....	69
c) - RESPONSABILIDAD SOCIAL .....	76
d) - PRINCIPIOS DE LA CULPABILIDAD .....	78
II - LA PELIGROSIDAD COMO PRINCIPIO DE LA CUANTIFICACION DE LA PENA .....	85
III- EL GRADO DEL INJUSTO EN LA CUANTIFICACION DE LA PENA .....	90

### CAPITULO CUARTO

FINES DE LA PENA .....	93
CONSIDERACIONES GENERALES .....	93
I - ESCUELAS PENALES .....	96
a) - ESCUELA CLASICA .....	97

b) - ESCUELA POSITIVA .....	105
c) - ESCUELA ECLECTICA O TERCERA ESCUELA .....	113
II - TEORIAS DE LAS PENAS .....	116
a) - TEORIA ABSOLUTAS .....	120
b) - ANALISIS DE LAS DISTINTAS TEORIAS RESTRINGIDAS PREVENTIVA O RELATIVA DE LAS PENAS .....	129
b.1) PREVENSIÓN GENERAL .....	133
b.2) PREVENSIÓN ESPECIAL .....	137
b.3) TEORIA DE LA UNIÓN MIXTA O ECLECTICA .....	140

## CAPITULO QUINTO

I - ETAPAS PROCEDIMENTALES .....	144
II - ETAPAS DE JUICIO .....	150
1 - LA INTERPRETACION JUDICIAL .....	153
a) - EL JUZBADOR .....	153
b) - FACULTADES Y LIMITACIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL EN EL ACTO DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA .....	157
2 - LA DETERMINACION DE LA PENA .....	159
a) - LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA .....	160
3 - PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD .....	161
a) - DISTINCION ENTRE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD .....	164
4 - LA APLICACION DE LAS SANCIONES .....	167
a) - LOS ARTICULOS 51 Y 52 DE NUESTRA LEGISLACION PUNITIVA .....	167
b) - EFECTOS DE LA PUNIBILIDAD ALTERNATIVA EN LOS	

DELITOS, DENTRO DEL PROCESO PENAL MEXICANO ..... 175

CONCLUSIONES ..... 178

BIBLIOGRAFIA ..... 189

## PROLOGO

Desde el primer día que tuve la oportunidad de estudiar la ciencia del derecho penal, entré en mí una inquietud por conocer más de cerca la responsabilidad de aquellas personas que tienen en sus manos la delicada función de juzgar a los hombres por los actos delictuosos que cometen; siendo dos los puntos neurálgicos de tan admirada encomienda: la decisión de declararlo plenamente responsable por el delito que se le acusa, y la determinación de la pena a imponer tanto en su cuantía como en su naturaleza.

La creación de este sencillo trabajo lo inspira el segundo de los puntos mencionados, ya que es aquí donde creo se da una limitación al órgano jurisdiccional para el desempeño de esta decisión, pues por lo que ve al primero, si existe una gran libertad procesal para hacerse llegar de las pruebas necesarias, incluso de las no ofrecidas por las partes, para estar en condiciones de resolver, no teniendo más limitaciones que las que sean consideradas contrarias a derecho, que tengan relación con la materia del proceso y sean idóneas para esclarecer los hechos controvertidos.

En la época actual, considero que se han venido dando cambios importantes en nuestra legislación penal siendo la más reciente sobre el tema que nos ocupa, la del párrafo primero parte segunda.

Del artículo 51 del código punitivo, en donde se habla ya de la punibilidad alternativa para efectos de la aplicación de las sanciones obligando al juez a motivar su resolución. En el caso que éste opte por la pena privativa de libertad, dando así seguridad jurídica al gobernado y abriendo la posibilidad de que legislativamente se de más alternativas al juez para impartir justicia, pues existe ahora mayor certidumbre en lo que respecta a las reglas generales en materia de individualización de las penas cuando se de esta opción en la naturaleza de las mismas.

Hablando de penas y su individualización, nos viene a la mente las sabias palabras de Piero Calamandrei, quien decía: "Un anciano magistrado, sintiéndose morir oraba serenamente en su lecho. Señor, quería al morir estar seguro de que todos los hombres a quienes he condenado han muerto antes que yo, porque no puedo pensar en que dejé en las prisiones de este mundo, sufriendo penas humanas, a aquellos que fueron encerrados por orden mía. Quería, señor, cuando me presente a tu juicio encontrarlos en espíritu en el umbral para que me dijeran que saben que yo los juzgue según justicia, según lo que los hombres llaman justicia. Y si con alguien, sin darme cuenta, he sido injusto, a él más que a los otros quisiera encontrar allí a mi lado, para pedirles perdón y decirles que ni una vez, al juzgar, olvidé que era una pobre criatura humana esclava del error, que ni una sola vez, al condenar pude reprimir la turbación de la

conciencia, temblando ante una función que, en última instancia, puede ser solamente tuya señor".

Compartiendo estas bellas palabras y constatando lo importante de la función jurisdiccional, creo que hace falta una mayor libertad en el acto de la individualización de las penas, ya que se abusa de la sanción privativa de libertad para quien ha quebrantado el orden jurídico, con todo lo negativo que esto conlleva. Un ejemplo lo constituye la saturación de las cárceles, a las que en sus remotos orígenes se les concibió como un eficaz sustituto de la execrable pena de muerte y a la cual hoy se le buscan atributos y bondades que no sólo persigan la opresión; lo cual cada vez estamos más lejos de lograr, aunando a esta circunstancia el alto costo social y económico de la reclusión, ya sea durante el tiempo que dura el proceso penal, o mientras se compurga la pena. Haciendo mención especial que al haber más penas alternativas, habrá más autos de sujeción a proceso, y menos prisión preventiva; la cual merece atención especial por negativa. Por lo tanto, los sujetos a proceso penal pueden preparar su defensa y esperar el fallo definitivo en libertad, trabajando, produciendo, estudiando, atendiendo a su familia, y por qué no, preparándose a cumplir con la justicia y la sociedad por haber realizado u haber omitido una conducta que repercutió en el ámbito penal transgrediendo la ley punitiva y quizá su conducta no sea sinónimo de desadaptación social, sino tal vez un tanto determinado por las circunstancias. Pues sin caer en los

extremos del determinismo psicológico que niega la esencia del libre albedrío del hombre, y sin afirmar la tesis ya superadas del contractualismo social, creo que el medio ambiente donde vive y se desarrolla el hombre, influye decisivamente en el proceso del quehacer del ilícito penal, siendo en algunos casos necesarios que el cambio se de en esos medios (educación, fuentes de trabajo, claridad en la ley), y no precisamente que sea el hombre el que tenga que cambiar del medio donde vive y se desarrolla por haberse desadaptado a él, mediante la segregación social.



**CAPITULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS EN RELACION  
CON LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

## CAPITULO PRIMERO

### ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS EN RELACION CON LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

#### 1 - LA ANTIGUEDAD

Para estar en condiciones de conocer el principio verdadero de las primeras ideas penales, no nos sirve la dialéctica jurídica, tenemos que valer nos de la historia; por esta conocemos las primeras sociedades humanas, los primeros pueblos. La psicología despues nos descubre en los espíritus primarios el punto de arranque de las leyes de la evolución del espíritu humano.

Con la existencia del hombre sobre la tierra, fueron naciendo los instintos de sociabilidad y por tanto la necesidad de que existiera un orden social, pues tal aproximación produjo choques y pugnas que culminaron con el predominio del más fuerte. ya dijo Aristóteles, que el hombre es un ser esencialmente sociable (zoon politikón). En el hombre, como en el animal, un obrar que satisface sus necesidades se hace costumbre; la costumbre automatizado, viviente sin trasponer los umbrales de la conciencia, se hace instinto. Sobre la fuerza, la inteligencia, o la astucia, vinieron por último los intereses generales creando fórmulas de derecho, de paz jurídica, para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social de unos y otros. Y como la función crea

al órgano, así las penas fueron creando el derecho penal.

Las penas primitivas fueron, primero la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes: vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo después reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. De aquí el carácter social de la venganza. Todo cuanto ofendiera, cuanto atentara -mundo racional o irracional-, contra los bienes de los hombres debía ser castigados. El niño devuelve mal por mal y todo su mundo circunstancial -seres y cosas-, es responsable; así, también ha procedido la humanidad. Las normas penales protegen eficaz e inmediatamente los derechos, y así, en el reinado de los instintos primarios, la pena tutela toda clase de derechos; en las XII tablas se encuentra la sanción penal protegiendo contra infracciones puramente civiles: el acreedor que no pueda cobrar íntegramente su crédito podrá servirse de su deudor cortando cierta cantidad de carne, y si cortarse más no merecerá castigo.

Surge así la venganza privada, bajo la base de que el hombre como todo ser vivo, acciona por el impulso de tres fuerzas -instintos: de conservación, de reproducción y de defensa. Los tres no hacen más que afirmar su existir como individuo y como especie. Por ello la defensa se descompone, a la vez, en ofensa. Es defensa ofensa (así como ciertas flores muy

sensibles aprisionan y matan al insecto perturbador), todo organismo que se sienta en presencia de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo al par. El animal responde al ataque con el ataque; el hombre primitivo, como el niño, reacciona a la ofensa con conductas puramente animales.

En la pugna triunfa el más fuerte sobre el menos fuerte, el débil es totalmente aniquilado, porque en el mundo de la defensa ofensa, el juego de las fuerzas naturales es enteramente libre. No se puede hablar, entonces, ni de derecho ni de justicia. La naturaleza no es injusta ni justa.

Sólo hasta después, durante el imperio romano, al extenderse la idea de la extraordinaria cognito, se concedió al juez la facultad para ser el quien fijara el grado de la pena según las circunstancias, así fué concediéndose más facultad al juez, sólo que así imperó la mayor arbitrariedad por falta de una ciencia penal.

Algunas de las culturas más sobresalientes en la antigüedad fueron las civilizaciones de Roma, Grecia y Babilonia, entre otras.

#### a) ROMA

Se crea un sistema jurídico que proteja su seguridad patrimonial y social, constituyendo cargas y obligaciones a sus

ciudadanos en beneficio del imperio. "Las penas por conducta delictiva son impuestas por el imperio a travez de sus representantes conocidos como quaestores parricidi y los duavani perduellionis, sancionandose con penas corporales y pecuniarias"(1).

A causa de la extención territorial alcanzada por las conquistas surge el "pretor peregrino", quien resuelve los problemas civiles o penales de pueblo en pueblo. Por otra parte cabe mencionar que es el "pater familias" el único que puede ser responsable por delitos cometidos por personas que estuviesen bajo su potestad.

El sistema imperante en la Roma antigua, es la causa de la tiranía al aplicar penas. Con el transcurso del tiempo, cambia su sistema de gobierno, existiendo un senado como contrapeso al poder de los máximos dirigentes que forman parte de triunviratos. Los cónsules instruyen el proceso penal siempre que el delito influya en la seguridad pública, es así como las penas tienen que ser aprobadas por el senado.

"Más tarde es el magistrado la persona que fija el monto de la pena en base a sanciones pecuniarias. Estableciendose de ésta manera un antecedente del arbitrio judicial. Toda vez que la

---

(1) COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos penales. Edit. Porrúa, p. 18. México 1984.

conducta es calificada de acuerdo al actuar doloso o culposo del individuo"(2).

#### b) GRECIA

Esta cultura fué la cuna de grandes sabios y pensadores, quienes con sus aportaciones marcan el desarrollo intelectual del hombre.

Los procesos penales eran de forma oral, "ejerciendo la función de juez el "arcontado" y el tribunal de los heliastas resolviendo por medio del sistema de bolos"(3).

La mentalidad del hombre griego se encuentra condicionada para concebir al mundo toda vez que el destino del hombre se encuentra determinado por sus dioses, por consiguiente no existe el estudio del individuo ni de su conducta humana; sólo se toma en cuenta su posición ante la comunidad.

La exposición oral de las partes en el proceso penal adquirió tal relevancia que llegaron al extremo de no importar el acto ni el actor sino la forma de la exposición.

---

(2) MARGADANT GUILLERMO, Derecho Romano. Edit. Esfinge. p. 198 México 1968.

(3) GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1991 p. 201.

### **c) BABILONIA**

Es aquí donde se localiza el primer código penal de la historia conocido con el nombre de Hamurabi el cual encuentra el primer indicio de la existencia de la pena como salvaguarda del orden y aplicada por el estado a través de jueces quienes se encargaban de clasificar las penas.

En esta cultura no interesa el individuo como persona, sólo su conducta. Una vez clasificados los delitos, sólo es necesario una autoridad que imponga la pena correspondiente, la cual es reparadora del mal, los caracteres personales del individuo sólo son tomados en cuenta para agravar la sanción. El juzgador en esta época, tiene un poder ilimitado debido a los nexos que le unen con dios, por consiguiente el infractor del orden social, atenta también contra la divinidad.

El arbitrio judicial dentro de esta cultura, no existe ya que en el monarca se reunía el poder de legislar, ejecutar e impartir la justicia.

### **II - MEXICO PREHISPANICO**

Sin entrar todavía directamente en el estudio de los antecedentes de la individualización de la pena antes de la llegada de los europeos y como una breve remembranza del orden que guardaban las cosas durante esa época, se puede decir que:

"desde el inicio de su peregrinación, hasta que se establecieron en Tenochtitlan los mexicas, estuvieron regidos por sacerdotes que obedecían ciegamente las ordenes de sus dios Huitzilopochtli; pero, a partir de su establecimiento decidieron cambiar su regimen teocrata por otro que les garantizara su supervivencia en aquel medio hostil, resolviendo por darse un rey y pidieron al nieto del señor de Culhuacan Macapichtli, para que los gobernara" (4).

"La ciudad mexicana, dividida en barrios o calpilli, tiene un representante específico, uno denominado Tlaotani, quien tenia la función de castigar a los delincuentes o prisioneros de guerra. Las funciones jurisdiccionales de este personaje eran delegadas a los consejeros, jueces y demás agentes que participaban en ellas, ya sea para perseguir y aprehender a los delincuentes o para sentenciarlos en los diversos grados de juicio" (5).

Para poder dictar una sentencia es tomado en cuenta el estrato social del individuo, a los nobles y dirigentes de la comunidad se les agrava su situación debido a su posición entre las penas más aplicadas por los aztecas, están la muerte y la esclavitud. El perdón no ópera por no existir momento para el,

---

(4) GONZALEZ BLACKALLER CIRO Y BUEVARA RAMIREZ. Historia de México. Edit. Herrero. México 1985.  
p.p. 115-116.

(5) ROMÁN LUGO FERNANDO. Apuntes de la Historia del Ius Puniendi en México. Edit. por la PGJDF. México 1979  
p. 31



ya que el tlatoani ejecuta la pena inmediata al resolver que el individuo es responsable por el delito que se le imputa, el criterio del juzgador para determinada no es influenciado por la personalidad del mismo, únicamente como ya dijimos, su estrado social.

"La pena resulta ser reparadora del orden social y el juzgador sólo se concreta a recoger el sentido de la religión y la filosofía en los casos de asalto, éste pagaba la cura de la víctima y de cualquier perjuicio que le causara. "El adulterio se castigaba con gran severidad y aún con la muerte" (6).

En los demás pueblos que habitaban la República Mexicana, tenían un sistema penal similar al que mencionamos.

### III - MEXICO INDEPENDIENTE

A la consumación de la Independencia entre México y España (iniciada el 16 de septiembre de 1810), el 21 de septiembre de 1821 el nuevo estado conserva en vigor la legislación heredada de la colonia y que no era otra cosa que la misma España, como ciertas adaptaciones propias del coloniaje ya que al mismo tiempo, permitió un esbozo de personería particular en cada uno de los virreynatos; lo que dió por resultado el nacimiento de

---

(6) VAILLANT GEORGE. La Civilización Azteca, Origen grandeza y decadencia. Edit. Fondo de la Cultura Económica. México 1988 p. 312.

normas jurídicas propias.

Fue así como en México independiente continuaron en vigor las principales de uso en España, como la Novisa Recopilación (1805) y las siete partidas (1265), cuerpos legales que prácticamente eran utilizados para decidir la mayor parte de los conflictos políticos, por su autoridad resultó mayor que la misma ley escrita las asignaba.

Desgraciadamente, la decadencia jurídica en España se tradujo en México en un grave retardo en la labor codificadora, las primeras leyes expedidas en este periodo, se refirieron al Derecho Constitucional, ya que la esencia del Estado corresponde una Constitución, siendo la primera la de Apatzingan en 1814. Aunque no pudo entrar en vigor, se establece la República ya como Estado. Fue la Constitución de 1824 la que estableció el Sistema Federal Mexicano y la primera que tuvo vigencia. A ella sucedieron las "Leyes Constitucionales" de 1836, las que desaparecieron del Sistema Federal de aquella e implantaron el "sistema central" republicano, que duró hasta 1846, en que se resolvió el sistema federal que fue recogido luego en la constitución de 1857 donde se sientan las bases del derecho penal mexicano propiamente dicho, poniéndose fin a la dominante anarquía legislativa, en esta constitución se plasma el principio de que las penas sólo pueden ser aplicables en base a una ley vigente con anterioridad a un hecho.

Establecido el régimen político federal, van surgiendo, aunque en forma lenta, tantos códigos penales como estados integran la federación. Correspondiendo al estado de Veracruz promulgar en 1835 el primer código penal de México y segundo, en América independiente, es el primer intento de mexicanos de sistematizar con espíritu científico el derecho penal, notándose en su contenido un cambio en las ideas penales respecto a la función y facultad del legislador como consecuencia de la necesidad social de prevenir la delincuencia y salvaguardar el orden social.

El arbitrio judicial, como facultad del juzgador para imponer una pena en razón a su criterio valorativo, se fundamentaba en los artículos 95, 99, 105, 107, 110, 114, 121, 127, 168 y 757 del Código Penal veracruzano, variando la duración de la sanción en base al criterio del juzgador dentro de un mínimo y máximo en relación a la valoración de las circunstancias externas que rodearon al hecho delictuoso. De tal forma que éste código fundamenta y legitima la facultad del juzgador para determinar la pena según le dicte su libre albedrío, sin atender las características personales del individuo, para sólo ser tomados en cuenta los factores de sexo y edad (art. 110 y 157).

Los jueces al usar del albedrío que le conceden los artículos 105 y 107 tendrán presente para atenuar la pena, las circunstancias de ser mujer o desendientes del reo principal (art. 10).

El menor de 17 años que incurrió en delito digno de pena capital será solamente castigado con la de trabajo forzado perpetuo (art. 757).

El juzgador puede a su criterio salirse de sus límites establecidos por la ley al determinar una pena en base a un criterio totalmente en libertad de valoración. En el artículo 107 del mismo ordenamiento determinaba una conceptualización del arbitrio judicial equivocada, ya que se cita el concepto arbitrio judicial que hoy se conoce, por el de arbitrio, la connotación de arbitrario es y resulta dependiente de un capricho ó por la propia voluntad, mientras que por otra parte el arbitrio es una facultad legal del juez para imponer pena de acuerdo a su criterio valorativo, apreciando circunstancias que la ley no alcanza y limitado en ciertas medidas por los máximos y mínimos de duración que señala la ley. El juzgador de ésta época se encuentra facultado para imponer una pena menor a la establecida por la ley siempre que las circunstancias que rodearon al delito se aprecia que en un caso de coautoría la conducta de éste no fue del todo importante en la comisión del mismo.

Esta facultad prevista en el código veracruzano, se torna un tanto peligrosa, ya que un momento determinado la pena no es adecuada, ni proporcional a las características personales ni de ejecución.

Como lo mencionamos con anterioridad en 1836 México adopta un gobierno centralista y como consecuencia el código penal en mención desaparece, quedando así como el primer código sistematizado con base en las doctrinas más avanzadas en la ciencia del derecho y por lo que hace al arbitrio judicial ser el primer antecedente en la individualización de la pena "posteriormente las leyes constitucionales de 1836 fijaron la manera de individualizar la pena desde un punto de vista formal" (7).

#### IV. EVOLUCION LEGISLATIVA EN MEXICO

"Al ocupar la capital de la República el presidente Juárez (1867) había llevado a la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro, quien preside la comisión redactora del primer código penal federal mexicano en 1871" (8).

Formular una legislación para México, fue la principal preocupación de los redactores de este código. Después de señalar las necesidades de la codificación, para no continuar como hasta aquí, sin más ley que el arbitrio, prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar

---

(7) Op. Cit. MARGARIT. p. 198

(8) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano, parte general. Edit. Porrúa. México 1988 p. 125.

justicia; en su exposición de motivos sienta Martínez de Castro, que: solamente por una casualidad muy rara podría suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero, puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el sólo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron.

#### **a) CODIGO PENAL DEL 1871**

Este código en sus lineamientos generales, seguía las tendencias de la escuela clásica. En primer término por dejar supeditada la conducta del individuo al cometer un delito a su libre albedrío y en segundo, por ...considerar al delincuente como moralmente responsable de la comisión del mismo.

Reconoce excepcional y limitadísimo el arbitrio judicial (art. 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (arts. 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo y se acepta la de la muerte.

En este ordenamiento, el aspecto subjetivo y volitivo de la persona, no tiene gran trascendencia en su estudio para la determinación de la pena por el juez, debido a, que el

resultado de la conducta ilícita, es a criterio del legislador de esta época. Cesar Lombroso y su teoría del hombre delincuente, comenzaba a penas a conocerse y en consecuencia el derecho penal de esa época carecía de todo juicio científico en lo que se refería al estudio del individuo en su aspecto interno, los estudios de personalidad necesarios actualmente para determinar la peligrosidad del delincuente, no se llevaban a cabo en este código.

En el artículo 39 del código en referencia, se contemplaban las modificativas atenuantes de la pena y cuya esencia jurídica se encuentra profundamente enlazada con el arbitrio judicial. Este artículo a la letra dice: Son atenuantes de primera clase:

- 1.- Haber tenido anteriormente el acusado buenas costumbres.
- 2.- Hallarse al delinquir en estado de ceguera y arrebatos producidos por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por gran afecto ilícito, si este no es agravio para el ofensor.
- 3.- Delinquir exitado por una ocasión favorable.

El órgano jurisdiccional para poder atenuar la pena deberá analizar la mentalidad y reacción del delincuente, así como el llevar a cabo el análisis de difícil apreciación como es la evaluación de las buenas costumbres.

El mínimo y máximo, con su punto medio de referencia que establecía el artículo 66 del código en mención, no tenía artículo expreso donde se fundamentara esta determinación cuantitativa, ni disposición expresa que señalara, en base a qué precepto valorativo fijaría el juez estos términos de duración de la pena.

Es de tomarse en consideración que además del artículo 39, el único artículo que fundamentaba legalmente el arbitrio judicial por contener el punto de referencia para fijar el criterio jurisdiccional, es el artículo 135 en cuyo contenido se contempla una tendencia netamente clásica y humanista al expresar:

Artículo 135.-A los mayores de 60 años no se les podrá agravar la pena con reclusión absoluta.

La forma de valorar los factores externos del hecho punible, sin tomar en cuenta los aspectos interno-subjetivo-volitivo del individuo, resulta una forma muy incompleta de determinar una pena proporcional y justa, ya que la peligrosidad delictiva puede ser superior al resultado del delito y sin embargo, el peligro aparente que representa el sentenciado en relación al hecho objetivo punible, no guarda una proporción entre personalidad, peligrosidad y delito cometido.

Este ordenamiento se adelantó a su época, por situar al juzgador en el plano superior de acuerdo a sus alcances



intelectuales, es decir, intrinsecamente la exigía al juez una mejor preparación. Al ser incluidas las agravantes y atenuantes como castigo o beneficio accesorio de la pena principal obligaron al juzgador a respetar los mínimos y máximos establecidos por la ley. Podemos concluir que la aplicación del arbitrio judicial al determinar una pena, no contaba con los elementos suficientes para clasificar al individuo de acuerdo a su peligrosidad. Considera al delito no como un hecho, sino como un ente jurídico, al libro albedrío como la base de la responsabilidad penal, y la sanción para ésta, como un castigo, como una retribución de un mal por un mal.

#### **b) EL CODIGO PENAL DE 1929**

Los antecedentes del código penal de 1929, lo constituyen los trabajos de revisión al código de 1871. El presidente Portes Gil, en uso de sus facultades que al efecto le confirió el congreso de la Unión por Decreto de febrero de 1929, expidió el código penal del 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año, "muy al contrario del código penal de 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, por lo cual, se dificultó su aplicación práctica"<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Cit. Post. CARRANCA Y TRUJILLO, P. 128

El más enérgico defensor del código penal de 1929, fué también su principal autor, el licenciado don José Almaraz, quien también reconoce que el código es de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes, si bien entre sus méritos señala el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones.

Ciertamente, representó un progreso el sistema adoptado para la individualización judicial de las sanciones, mediante los mínimos y máximos señalados para cada delito, lo que se conjugaba con la regla siguiente "dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de temibilidad del delincuente (artículo 161)".<sup>(10)</sup>

Es de esta manera que surge la importancia que debe darse a la peligrosidad, para que así la pena que se aplique, sea proporcional al resultado objetivo, antijurídico y a la personalidad del delincuente.

...el fin buscado en la, correcta aplicación del arbitrio judicial en este código penal, en la seguridad jurídica y

---

(10) Cit. Post. 1929 P. 129

social de todos los miembros componentes de la comunidad, ya sea segregando, readaptando, rehabilitando ó sancionando económicamente al infractor de la ley.

El arbitrio judicial, se encontraba previsto en este código en los artículos 50 y 55, en relación con los artículos 194 y 195, al contemplar la aplicación de las penas, así como las medidas de seguridad y las multas determinadas por el juzgador.

Artículo 194. Dentro del máximo y mínimo que este código establece como sanción para cada delito los jueces aplicarán la que a su juicio proveda en consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes que en cada caso comprueben.

Art.195. Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, se aumentará o disminuirá, la sanción señalada en la ley según que predomine el valor de las primeras o de las segundas.

Como se aprecia de la lectura de los artículos en cita, el juzgador necesita de mayor preparación para estar en posibilidad de estudiar todas y cada una de las diversas causas que generan el delito. Las circunstancias personales como de las exteriores que influyeron en la comisión de un ilícito, son ya contempladas en este código para que el órgano jurisdiccional pueda determinar en su caso, la aplicación de

una pena o bien la de una medida de seguridad, como se aprecia de la redacción del artículo siguiente:

Artículo 190. Los alcohólicos y toxicómanos que hayan sido condenados por delitos distintos de la embriaguez habitual, o toxicomanía y que durante su condena no se hubieren curado, continuarán reclusos en el establecimiento especial respectivo por tanto el tiempo necesario para su curación.

Aquí se contempla una medida de seguridad indeterminada, hasta que el juzgador considere si se ha logrado una rehabilitación ya que la medida de seguridad podría durar un tiempo indefinido.

"Fundamentalmente la aportación del código de 1929, en lo que respecta al arbitrio judicial, consistió en incorporar a la legislación penal, conceptos de tipo criminológico como lo es la figura de la peligrosidad criminal, elemento esencial para el análisis de las características internas volativas del individuo que darán como consecuencia de su valoración un mayor conocimiento del sujeto y su personalidad, con el efecto de determinar una pena proporcional".(11)

La aportación de este ordenamiento respecto a la medida de

---

(11) LEYES PENALES MEXICANAS, Tomo IV. Edit. por el INACIPE. México 1985 p. 17

seguridad en relación al arbitrio judicial, consistió en imponer al juzgador a investigar las circunstancias personales del delincuente, como lo era el de percatarse si existía adicción o dependencia a la droga o a la bebida, como lo contempla el artículo 192 del código en mención:

Artículo 192. Las circunstancias de ser alcohólico o toxicómano los delincuentes se investigarán de oficio por los jueces.

Podemos concluir mencionando que el código penal de 1929, incluyó en su contenido figuras jurídicas novedosas tendientes a mejorar la aplicación del arbitrio judicial como la determinación e individualización de la pena y abrir un cauce legal a las corrientes modernas del derecho penal en México considerando al delito ya no como un ente jurídico, como algo creado por la ley (como lo hacía la escuela clásica), sino como un fenómeno natural que el hombre produce dentro de la sociedad; a la responsabilidad penal como algo atribuible socialmente y no moralmente, puesto que los positivistas niegan el libre albedrío proclamando el determinismo ... (esto es que el hombre debido a todas las cosas que lo rodean, está fatalmente determinado a cometer el delito), de manera tal que, tanto imputables como inimputables deben responder por igual del hecho delictivos que cometieran. Aunque si bien estos últimos serán destinados, en su segregación a establecimientos en los que son tratados como enfermos, ya que para los

positivistas la pena no es un castigo, sino un medio de defensa social y esta será aplicada en la medida de la peligrosidad del delincuente.

Fueron precisamente estas ideas, las que llegaron al código de 1929 a considerar como inimputables, tanto a los alcohólicos como a los toxicómanos, mismos a los que imponía reclusión, en centros adecuados hasta su completa curación.

**c) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL (1931).**

El mal suceso del c.p. de 1929 determinó la inmediata designación, por el propio licenciado Portes Gil, de nueva comisión revisora, la que elaboró el hoy vigente c.p. de 1931 del Distrito Federal en materia del fuero común y de toda la República en materia federal. Este código fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el presidente Ortiz Rubio, por decreto de enero 2 del mismo año.

El presidente de la comisión redactora, el licenciado Alfonso Teja Zabre resume las siguientes orientaciones: ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula "no hay delito sino delincuente", debe completarse así: "no hay delincuentes sino

hombres". La manera de remediar el fracaso de la escuela clásica, no lo proporciona la escuela positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por: (entre otros), aplicación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales, disminución del causismo con los mismos límites, individualización de las sanciones, transición de las penas a medidas de seguridad, etcétera.

El Código penal de 1931, señala el maestro Carranca y Trujillo, no está ceñido a cualquiera de las escuelas conocidas, su arquitectura formal, con más de su originalidad, sin embargo es la de todos los códigos del mundo, incluso el mexicano de 1871; pero por otra parte acusa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el código penal de 1929, entre otras las principales novedades consistentes en: la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones privativas de libertad; la fijación de reglas adecuadas al uso del arbitrio judicial, previstas en los artículos 51 y 52, los que señalan a la justicia penal una dirección antro-po-social, que es fundamental en la teoría del código.

Artículo 51. 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.

Artículo 52. En la adecuación de las sanciones penales, el juez está obligado a tener 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 nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de la persona ofendida y las circunstancias de tiempo, lugar, modo, y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad. El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho requeridas para cada caso.

El contenido de estos artículos, son esencialmente, los que contemplan lo referente al arbitrio judicial y a la individualización de la pena, sin dejar de observar que existen otras disposiciones normativas al tema que nos ocupa, y que serán estudiadas más adelante. Pragmático por excelencia, el código penal de 1931, desarrolla modestamente pero con firme dirección, sus desideratas de acuerdo con la nula realidad



mexicana. No crea de la nada, recoge, organiza y equilibra la realidad misma. "En este sentido, es un código que ha permitido cómodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del código penal de los Estados Unidos Mexicanos, instrumento jurídico adecuado de una moderna política criminal aplicada a todo el país" (12).

**d) REFORMAS AL CODIGO PENAL VIGENTE EN LO RELATIVO A LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.**

Comenzaremos por señalar que aún cuando en un sentido estricto el artículo 51 en su primer párrafo, es en cuanto a su redacción el mismo, éste quedó adicionado según decreto de fecha 29 de diciembre de 1984, estableciendo una serie de lineamientos a los que se deberá ajustar el juzgador para determinar e individualizar la sanción; para quedar como sigue: Artículo 51, párrafo segundo: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64 y 64 bis y en cualquiera otro en que éste código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimos y máximos de la pena prevista para aquél.

Cuando se trata de prisión, la pena mínima nunca será menor de

---

(12) Op. Cit. CARRANCA Y TRUJILLO, p. 132

tres días. Esta importante adición al artículo en cuestión es para resolver adecuadamente el problema de cómputo o fijación de pena que se presentaba cuando la propia ley penal estipulaba que ciertas conductas se sancionaran en forma proporcional a la pena que corresponda al delito intencional consumado.

Ejemplo de lo anterior, por citar sólo una hipótesis, es el artículo 63, referente a la tentativa, que ordena sancionar ésta con hasta dos terceras partes de la sanción que se debería imponer si se hubiese consumado el delito. Surge el problema de precisar cómo se computan esas dos terceras partes. Lo mismo ocurre con otras hipótesis, como son con algunos delitos imprudenciales, concursor, complicidad correspectiva, reincidencia, preterintención y varias más. En vista de lo anterior éste segundo párrafo del artículo 51 del ordenamiento de referencia, expone a forma de establecer al denominado tramo de punibilidad, en los casos en que se ha hecho referencia, que si el resultante de la elevación o la disminución según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para el delito intencional consumado.

Por lo que respecta al artículo 52, (el cual es reproducción del artículo 41 del C.P. Argentino de septiembre de 1921), éste es reformado por decreto del 30 de diciembre de 1983 y publicado el 13 de enero de 1984, con el fin de que el juez tenga la potestad de requerir los dictámenes periciales conducentes a la individualización de las sanciones.

Al introducir al medio pericial, para formar técnicamente el arbitrio del juzgador, se habre la posibilidad de una correcta individualización de las sanciones; dicha reforma a la letra dice: 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.

Este nuevo añadido resulta a todas luces obvio. En uso de su prudente arbitrio el juez solicitará dictámenes periciales o cualquier otro tipo de instrumento o información que le sean útiles. Ahora bien, si lo que se busca es obligar al juez, por mandato expreso de la ley, a que se requiera dictámenes periciales se olvida que así como en muchas ocasiones tales dictámenes son punto menos que imprescindibles, en otros no lo son. "La personalidad de un sujeto no siempre se descifra a través de un dictámen. Y en última instancia el único dictámen importante es el del juez que valora así mismo los otros" (13).

Y si bien es cierto que la individualización de la pena tiene sus principales fundamentos en los artículos 51 y 52 de nuestro código sustantivo, su aplicación se encuentra sujeta también a una serie de disposiciones diseminadas dentro del título tercero del código penal vigente y que también han sufrido

---

(13) Cit. Post. IDEN p.p. 189-190.

reformas; como lo son los artículos: 54, 55, 55 bis, 60, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 72 y 90, entre otros, los cuales en términos generales son las siguientes:

El artículo 54 del código penal de 1931, en su contenido original decía "Las circunstancias o calificativas o modificaciones de la sanción penal que tiene relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del delito.

Con las modificaciones efectuadas a éste artículo por decreto de 30 de diciembre de 1983 y publicadas en el diario oficial de la federación el 13 de enero de 1984, el artículo 54 quedó redactado de la siguiente manera: el aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor del delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

Con esta reforma se pretende o más propiamente dicho, se faculta al juzgador a que realice una diferenciación entre los diferentes grados de participación, con el fin de determinar la peligrosidad del activo.

El artículo 55 en su redacción original decía: "Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delinquentes, cuando sean modificativas del delito; perjudican a todos los que lo cometieron con conocimiento de ellas". El 30 de diciembre de 1983 es reformado y su publicación en diario oficial es el 13 de enero de 1984, para quedar como sigue: "Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieran notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad, el juez podrá prescindir de ella". Esta reforma de claro sentido humanitario deja de manifiesto la necesidad de encontrar nuevos caminos para una mejor y moderna individualización de la pena; se faculta al juzgador para que por razones de equidad no imponga penas privativas o restrictivas o bien físicamente sea imposible la ejecución de dicha pena.

Los artículos 57 (retroactividad de ley favorable), 58 (concurso ideal o formal) y 59 (penalidad cuando un mismo hecho pueda aparecer con plural tipicidad), fueron derogados el 23 de diciembre de 1985, 13 de enero de 1984 y 14 de enero de 1985 respectivamente. Por otra parte el c.p. de 1931 en su redacción original, no establecía la existencia del ahora artículo 59 bis, creado por decreto del 30 de diciembre de 1983 y publicado el día 13 de enero de 1984 en el cual se prevé el error o ignorancia invencible en el hecho delictuoso así como el atraso cultural y el aislamiento del activo, como elementos

para la disminución de la pena.

El artículo 60 en su redacción original únicamente contenía a los delitos de imprudencia (leve o grave), y es reformado por decreto publicado en el diario oficial de febrero seis de 1945, enero de 1955 y posteriormente el 13 de enero de 1984, las dos primeras sólo en cuanto a las penas, dependiendo de los distintos grados de culpa y número de homicidios, y la más reciente introduce una innovación dentro del derecho penal mexicano, la cual consiste en la llamado "preterintención, entendiéndose como tal: "el causar un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia". Pudiéndose así reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito fuera intencional.

Por último, caber señalar que los artículos 70 y 90 de c.p. de 1931 mirán a un modo de combatir las penas cortas de privación de la libertad, consideradas modernamente como más contraproducentes que útiles para la resocialización del delincuente, evitando en lo posible la contaminación moral que produce en la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los que se supone corregibles mediante empleo de determinados estímulos. Encontrándonos así que el primero de ellos, después de ser derogado en febrero de 1847, es incorporado más adelante en 1984 conteniendo diferentes hipótesis normativas que señalan sustitutivos penales; y el segundo de ellos que tuvo su origen en el c.p. de San Luis

Potosí de 1921 ya que fué el primero en la República que consagra legislativamente esta institución, también hizo lo propio el c.p. del Distrito Federal de 1929, de donde pasó al c.p. vigente con ligeras variantes. No se pretende entrar al estudio de estas instituciones, sino únicamente el de mencionar la vinculación que debe guardar el juzgador con otras fórmulas jurídicas relacionadas con la aplicación de sanciones privativas de libertad, así como una mención del progreso legislativo en las mismas desde 1931 a nuestros días.

Para poder concluir con este primer capítulo haremos unos breves comentarios de cada uno de los puntos desarrollados, comenzando con los antecedentes históricos: En la antigüedad las culturas más sobresalientes aplicaban las penas de manera absoluta, tanto por lo que hace a su naturaleza como a su cuantía, encontrándonos con que es en Roma en donde se da por primera vez al juez facultad para ser él quien fije el grado de la pena con las consecuencias que en su oportunidad vimos; Ya en nuestro país antes de la conquista de los españoles, nuestro pueblo azteca, como prototipo de la raza mexicana, concide el derecho penal de una manera especial, y se estima que el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se encontraba principalmente las de muerte y esclavitud; la pena es reparadora del orden social y su ejecución es inmediata por lo que no existe ninguna individualización de la misma. En el sistema del código penal de 1871 se fijaron penas con tres términos: mínimo, medio y máximo, correspondientes a las

agravantes o atenuantes previamente catalogadas en el código.

Semejante sistema siguió el código de 1929, aunque éste permitió al juez tomar en consideración circunstancias atenuantes o agravantes no catalogadas, tomando en cuenta las modalidades del hecho delictuoso y la categoría del delincuente, dando así un paso adelante en materia de individualización de la pena; pero fué hasta el código penal de 1931 el que consagró la mayor amplitud del arbitrio judicial compatible con el artículo 14 constitucional; dando así un gran paso hacia una amplia individualización de las sanciones.



## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y EL ARBITRIO JUDICIAL**

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y EL ARBITRIO JUDICIAL**

El término conceptual de individualización y propiamente de la pena, es concebida de diversas maneras por los estudiosos del derecho penal, pero la mayoría coincide en señalar que la individualización de la pena es de acuerdo a la autoridad que la aplica, existiendo por tal motivo, la individualización legal, judicial y administrativa.

#### **I. CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACION**

El término en mención proviene de la palabra individuo, cuya nota distintiva de acuerdo a sus características naturales presentada como ente, respecto a otros seres existentes en su indivisibilidad, substancia que lo hace único, al conformar sus partes como órganos y sistemas de un todo y el ser vinculadas a las funciones desarrolladas por éste. De ahí que el individuo como su nombre lo indica, sea un organismo integrado por un conjunto de órganos, aparatos, sistemas y funciones que conforman una unidad indivisible y en cuya esencia orgánica se determinan funciones bien definidas.

Por lo consiguiente cada persona tiene su individualidad propia al gozar de acuerdo a su naturaleza orgánica única de cualidades exclusivas que lo identifican particularmente en

comparación con otros individuos; y su individualidad como característica propia de cada persona lo hace ser igual a otros sujetos sólo en cuanto al género animal que lo identifica pero diferente al tener sus características únicas e inigualables.

Independientemente que la individualización de la pena, sea efectuada por diferente órgano o autoridades, se hace necesario subrayar, la importancia que reviste el auxilio de la ciencia criminológica en esta tarea, ya que esta aporta grandes conocimientos vertidos en estudios, estadísticas y directrices cuyo objeto es lograr la comprensión de las causas y motivos originarios de el delito. "La individualización de la pena efectuada por la autoridad u órgano jurisdiccional requiere de un cierto rigor técnico o tecnicismo estricto contrario al ejercicio gracioso siendo esta, la labor individualizadora judicial dentro de los marcos de la tipicidad adecuándola no solo al caso, sino al individuo, por lo que tanto tiene de penal, como de criminológica"<sup>(14)</sup>.

Al respecto existen las siguientes tesis de jurisprudencia visibles en la página 415 de la Actualización III, de Ediciones Mayo 1979-1973, PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. Para la correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio

---

(14) QUINTANILLA REPOLLES A. Revista de Derecho Privado. Madrid 1997 p. 19.

judicial sobre el particular, ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumeran, con el mismo lenguaje general abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera como influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto entre el mínimo y el máximo.

La cual ha causado jurisprudencia 1258 Sexta Epoca, Apéndice 1917-1988, Segunda parte página 2031.

**PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA.-** Para una correcta individualización de la pena, no debe hacerse una simple cita de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, sino razonarse su pormenorización con los particulares del hecho delictuoso de que se trate.

Tesis número 1539, visible en la página 828 de la compilación de Jurisprudencias 1974-1975, de Ediciones Mayo.

**PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA.-** Independientemente de que esta sala a considerado respecto a la adecuación de la pena y señalamiento del grado de temibilidad de que corresponda a un delincuente, que las autoridades del grado tienen las más amplias facultades para ello, se estima que en ocasiones las motivaciones de las responsables no corresponden al grado de temibilidad medio que hayan determinado, tomándose en cuenta todas las circunstancias objetivas de los ilícitos cuando las

particulares de los sentenciados que, en cierto modo, les son favorables, como cuando se trata del caso de un estudiante joven que por inquietud prevaleciente en un medio estudiantil y por el clima de violencia en que actualmente se vive, así por las propias deformaciones de las costumbres sociales, haya desviado su conducta, previamente correcta y adecuada, por carecer de antecedentes penales, y el delincuente primerizo, carente de vicios y, por lo tanto, sano, lo que hace llegar a la conclusión de que no sea delincuente peligroso y tampoco de una temibilidad media, sino entre mínima y media, concordante con el ideal de la justicia penal, que, recogiendo realidades, se ubica siempre en el propósito de buscar la regeneración de los que transgreden la ley punitiva imponiendo penas menos severas que, contrario a las más graves, permiten la rehadaptación social, toda vez que el ambiente carcelario con nuestro sistema penitenciario, en el lugar de propiciar la rehabilitación, hace que los jóvenes, principalmente, degeneren más, lo que es contrario a nuestra política criminológica.

Tesis número 1540, visible en la página 828 de la compilación de jurisprudencias 1974-1975, de Ediciones Mayo.

#### **PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, SEGUN LA PELIGROSIDAD DEL REO.**

Si el quejoso, fue sentenciado en primera instancia por el delito contra la salud en sus modalidades de tráfico y transportación de marihuana, y en apelación se le absolvió por una primera modalidad (tráfico) y sólo le redujeron pena de prisión no con digna con la modalidad eliminada, no resulta

lógico conforme a derecho; máxime si no se tomaron en cuenta las circunstancias personales del reo que le favorecen, pues la responsable sólo tomó en consideración para cuantificar la pena la cantidad de enervante decomisado, sin aludir para nada a las circunstancias personales del quejoso, es decir que se violan garantías, pues además de que la pena en sí no guarda proporción ni equidad con la modalidad subsistente (transportación) por lo que se condena al amparista, la responsable se apartó de los lineamientos exigidos en la jurisprudencia definida número 218, visible en la página 457 de la compilación vigente del semanario judicial de la Federación de los años 1917-1975, ya que efectivamente además de que absolvió por la modalidad de mayor peligro y la sanción de la que permanece es excesiva, también se omitió tomar en cuenta las circunstancias personales del reo.

Visible en página 327, Actualización penal VII, 1980-1981, Ediciones Mayo.

#### **PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, SEGUN LA PELIGROSIDAD**

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 debe 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.

Visible en la página 327, Actualización Penal VII, 1980-1981, Ediciones Mayo.

Para finalizar este apartado, citaremos el concepto de individualización de la pena que nos parece más completo: "Es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y la calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización" (15).

## II.- CONCEPTO DE ARBITRIO JUDICIAL

Arbitrio judicial, término proveniente del latín arbitrium y cuyo significado según el diccionario español, consiste en "obrar según la voluntad de alguien", "medio extraordinario para la obtención de un fin", "autoridad", "poder" y "libre albedrío", al ser trasladado al derecho penal y asimilado al concepto judicial como función o actividad por disposición

---

(15) ZAFFARONI EUGENIO. Manual de Derecho Penal. Edit. Cárdenas México 1986. p. 747.

suprema de la Constitución Política Mexicana, significa en un sentido general lo siguiente: Es una facultad propia del juzgador de la pena, delegada por disposición legal con el objeto de lograr el fin inmediato de determinar adecuada y proporcionalmente una sanción, y un fin inmediato consiste en el logro de la readaptación del delincuente, así como el prevenir el delito en defensa de la sociedad.

A continuación citaremos una serie de conceptos vertidos sobre el arbitrio judicial emitidos por estudiosos de la materia; Carrancá y Trujillo expone: "El arbitrio judicial es la facultad para imponer las penas en base a su amplio criterio y de acuerdo a los mínimos y máximos de la individualización de la pena" (16). Rafael de Pina, manifiesta: "El arbitrio judicial es la potestad reconocida a los jueces para usar en los casos sometidos a su decisión, de una discrecionalidad que, sin olvido de las normas aplicables, le permita resolver considerando las circunstancias particulares que sin agravio de la justicia, merezcan ser tenidos en cuenta" (17). Así, González de la Vega afirma; "EL arbitrio judicial es la facultad que tiene el juez para elegir la pena" (18). El maestro Rivera Silva al respecto dice: "EL arbitrio no es una potestad, sino una facultad legal ya que el artículo 21

---

(16) Op. Cit. CARRANCA Y TRUJILLO, p. 158

(17) De PINA VARA RAFAEL Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, México 1976, p. 86.

(18) GONZALEZ DE LA VERA FRANCISCO, Código Penal Comentado, Edit. Porrúa, México 1991, p. 132



Constitucional no habla de poder judicial sino de autoridad judicial" (19).

Guillermo Colin Sanchez afirma: "El arbitrio judicial es la facultad legalmente concedida a los órganos jurisdiccionales para dictar sus resoluciones, según las necesidades del caso" (20).

Ahora bien, es pertinente señalar que esta institución jurídica penal, y la de la individualización de la pena. Tiene una aplicación simultánea en el sentido de que el juez al determinar las penas lo hace a la vez individualizando la sanción, por lo que se desprende una necesaria coexistencia entre ambas figuras jurídicas.

Para ilustrarnos citaremos unas tesis jurisprudenciales. PENA INDIVIDUALIZACION DE LA, ARBITRIDIO JUDICIAL. La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio criterio estime dentro de los límites de los máximos y mínimos señalados en la ley y sin mas limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena. Visible a pág. 727 de la compilación de jurisprudencia 1984-1987 de Editores Mayo.

---

(19) RIVERA SILVA MANUEL. El Procedimiento Penal. Edit. Porrúa México 1979 p. 88.

(20) Op. Cit. COLIN SANCHEZ. p. 468.

**PENA INDIVIDUALIZACION DE LA, Y ARBITRIO JUDICIAL.-** El juzgador no esta obligado a imponer la sanción minima, pues de lo contrario desaparecería el arbitrio judicial y la individualización de la pena no sería discrecional, según lo establece la ley, sino un acto reglado u obligatorio. Visible a número 300 pág. 186 de la actualización VIII de Editores Mayo 1983-1983.

**PENA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA, Y ARBITRIO JUDICIAL.** El juzgador nunca está obligado a imponer precisamente el minimo de la pena, ya que tal obligación haría nugatoria el arbitrio judicial que es siempre un acto discrecional y jamas es reglado u obligatorio. Visible a pág. 584 de la actualización I penal de la compilación de Editores Mayo 1955-1965.

**PENA INDIVIDUALIZACION DE LA.** Si la ley fija como base para aumentar aritméticamente una penalidad señalada entre el minimo y un máximo, debe primero adecuarse a la que corresponda individualizándola en virtud del arbitrio judicial, y de allí derivar al aumento en la forma indicada por la misma ley. La omisión a este respecto implica la onobservancia de las normas aplicables y, por ende, la violación de garantías constitucionales. Visible a pág. 688 de la actualización "volumen penal" 1955-1963 de Ediciones Mayo.

**PENA INDIVIDUALIZACION DE LA.** La legislación penal vigente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamentales:

uno sobre el 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. Visible a pág. 829 de la actualización IV de Ediciones Mayo, 1974-1975.

**PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA.** El juzgador no viola garantías en perjuicio del acusado cuando impone sanciones comprendidas dentro de los márgenes legales y toma en consideración las circunstancias externas del delito y las peculiares del delincuente Quinta Epoca: suplemento 1956, pág. 349 A.D. 2102/52. Maria Dolores Martinez. Unanimidad de 4 votos a.d. 769/64 Artemio Gil Pichardo, 5 votos.

**PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, Y PELIGROSIDAD. ARBITRIO JUDICIAL.** La individualización de la pena y la determinación de la peligrosidad del delincuente precisa absolutamente del arbitrio judicial, puesto que el concepto subjetivo de la peligrosidad es perceptible mediante el conocimiento directo del inculcado por lo que corresponde al juez natural establecer el grado de temibilidad del acusado. Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 62, pág. 21 A.D. 4939/73. Antonio Courrech. Unanimidad de 4 votos.

**PENA, INDIVIDUALIZACION INDEBIDA DE LA.** Por regla general el quantum de la pena debe guardar proporción analítica con la

gravidad de la infracción y con las características del delincuente y si el análisis valorativo de las circunstancias de agravación o atenuación que debe de tomarse en cuenta para la individualización de la pena es favorable al reo, el monto de la sanción se moverá hacia el mínimo y en caso contrario hacia el máximo; más si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva en relación al índice así obtenido, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso. Sexta Epoca, Segunda Parte. Vol XXV, pág. 64 A.D. 2101/59 Marco Ramirez Gonzalez, Unanimidad de 4 votos. Vol XXXIII, pág. 15 a.d. 7858/59 Pedro Rojas, unanimidad 4 votos, Vol XXXVII, pág. 144 A.D. 683/60, Gabriel Sanchez Garcia. Unanimidad 4 votos. Vol. XXXVII, pág. 145 A.D. 684/60. Baltazar Trujillo Herrera, Unanimidad de 4 votos. Vol. XLVI Pág. 27 A.D. 7298/60. Salomón Parra Mora, Unanimidad de 4 votos.

**PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. ARBITRIO JUDICIAL PARA APRECIAR LA TEMIBILIDAD.-** La ley penal otorga al órgano jurisdiccional la capacidad para apreciar la temibilidad de un delincuente, sin mencionar que para que efectuar tal estimación deban producirse dictámenes psicológicos o médicos, sino únicamente que el juez, entre otros datos que señalan los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal. debe apreciar las relaciones, así como la capacidad del enjuiciado, para readaptarse al medio social. Septima Epoca, Segunda Parte; Vol. 63, pág. 31 A.D.

4455/73. Manuel Barroso Noriega. 5 votos.

### III.- DIVERSAS CLASES DE INDIVIDUALIZACION

La individualización de la pena tiene, a mi criterio, dos formas de ser entendida, la primera sera con referencia a las propias características de la ley, como son: generalidad, abstracción e impersonalidad. La segunda en cuando la pena se particulariza y se determina sobre un individuo que se ha ubicado en el presupuesto normativo de un tipo legal, llamándolo delincuente, de ahí que la individualización sea entendida como la adecuación de la hipótesis normativa a un caso concreto particular. Como se vé, sea que se tratará de relacionar pena y delito o que hoy se relacionen pena y delincuente, ha podido existir siempre una individualización de la pena, lo mismo en antiguo derecho que en la escuela clásica y las modernas.

Por lo que siento la pena la consecuencia necesaria del delito cometido por un sujeto penalmente responsable, la misma debe ser adecuada al hecho antisocial que le sirve de antecedente, es la proporcionalidad entre delito y pena.

La pena debe ser graduada en primer término atendiendo a la menor o mayor gravedad de la trasgresión cometida por el delincuente. En la parte especial de los códigos penales se especifican penas que corresponde aplicar a cada uno de los

delitos teniendo en cuenta el distinto grado de valoración social de los bienes jurídicos lesionados por los diversos hechos antisociales.

Se ha negado que sea posible establecer una proporción entre el delito y la pena, aduciendo que se trata de magnitudes incomensurables, que no pueden compararse entre sí. Evidentemente son incomensurables, por el ejemplo, el delito de robo y la pena de prisión que se aplica al autor si se le considera externamente; pero aquí se trata de buscar una comparación de tipo naturalístico sino de un plano axiológico. Esta relación que debe existir entre delito y pena, consiste en que el disvalor social que el delito importa sea proporcional al disvalor que la aplicación de la pena representa para el delincuente que la sufre. De ahí pues, la necesidad de recurrir a la valoración jurídica, de la que no se puede prescindir ni el legislador ni el juez para adecuar la sanción al hecho ilícito.

La escuela positiva puso de manifiesto el error que significaba graduar la pena atendiendo exclusivamente a la naturaleza del delito, prescindiendo en absoluto de la persona delincuente, al advertir que todos los individuos que han cometido un delito determinado no son iguales, ni reaccionan en idéntica forma al imponerseles una pena, ni tienen el mismo grado de temibilidad. Surge entonces el problema de la apreciación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que han condicionado el

delito, para adaptar la sanción al autor de la trasgresión; este es el problema de la individualización de la pena.

Por eso, después de distinguir en la sanción penal el momento de la conminación y el momento de la irrogación y de la ejecución propiamente dicha, la primera puede llamarse también momento legislativo, el segundo momento judicial y el tercero, momento administrativo. En el primer período, la pena es un mandato abstracto expresado en una norma típica, que se dirige indistintamente a todos los gobernados. En el segundo, la pena deja su carácter abstracto y se aviene con el delito como un hecho histórico determinado, produciéndose así la verdadera individualización.

Esta individualización de las penas ofrece, según Saleilles, tres fases; la legal, la judicial y la administrativa.

#### **a) INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA**

La legislativa o legal, como su nombre lo indica, es la que de antemano formula la ley. El legislador criminaliza determinadas conductas, encuadrándolas en unas figuras llamadas tipos. El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar determinado por la ley antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas

características de la conducta delictiva. Dependiendo de lo grave que pudiera ser una conducta, el legislador valora y califica a través de la punibilidad, la cual dependerá de la mayor o menor gravedad de la conducta estableciendo determinados mínimos y máximos para que el órgano jurisdiccional pueda mediante su prudente arbitrio y cumpliendo con las disposiciones legales en materia de individualización de sanciones, aplicar la pena más adecuada al delincuente.

Este tema goza de gran actualidad debido a que posee gran trascendencia no solo en el aspecto jurídico penal, sino también criminológico, victimológico, penológico y sobre todo tiene una capital importancia en el campo de la política criminológica, ya que ahora más que nunca se vive en momentos donde los cambios sociales se notan vertiginosos; las instituciones sociales están cayendo en la crisis, surgiendo la necesidad imperiosa de transformarlas. Las relaciones humanas han sido erosionando por la velocidad de la vida y hay una ruptura definitiva de los ratos de esparcimiento e intercambio de opiniones. No nos detenemos ni un momento a eso no hacer, que da al espíritu la posibilidad de reflexionar y alimentarse de ideas, metas, etc.; que sensibilizan al hombre con el hombre mismo. En el campo del derecho penal frecuentemente se cree que alguna norma está mal estructurada, rápidamente se busca reformarla pero no debidamente, creandose así leyes voluminosas, atóricas, no pragmáticas y en fin sin perspectivas reales de cambio.



La tarea legislativa, como tarea científica, debería de seguir una serie exigente de mecanismos que la sujetaran a un plan o programa dosificado de desarrollo, en donde quedo demostrado previamente "socialmente", cual es el diagnóstico que arroja el programa a resolver mediante la nueva norma, en qué términos debe redactarse, en qué medida le daremos vigencia y cuáles serán los efectos ulteriores. Son innumerables los problemas tan delicados que tienen que tomarse en cuenta cuando analizamos nuestras leyes y nuestra sociedad por lo que el legislador debería dar en su individualización legislativa mayor libertad al órgano judicial quien verdaderamente individualiza.

Creemos que existe una desproporción entre el cambio social y la transformación jurídico-penal, y esto nos hace recordar a Vittorio Sciooja, con una frase muy acertada "El derecho no es más que una parte de vida social, no es más que la directriz de las fuerzas sociales, y por consecuencia es materia siempre móvil, por sí misma, porque es vida"<sup>(21)</sup>. no obstante lo anterior, actualmente se ha llegado a una etapa crítica en que más esfuerzos que se hacen porque el derecho penal sea parte de esa directriz, y la escuela histórica lo alimenta y trate de minimizarlo, el cambio lleva una vertiginosa carrera, dejando el derecho penal a la zaga o precipitando reformas a veces inadecuadas o inmaduras.

---

(21) SCIOLOJA VITTORIO. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala. Edit. por la propia Facultad. Guatemala 1959 p.p. 4-5.

Quizá algunas de las razones sean que:

Primero, es conformado por profesionistas con ideas muy conservadoras, emanadas de doctrina propia de su época, pero imprácticas para el mundo moderno que nos rodea. Y segundo, son personas, profesionistas o no, que no manejan los conceptos teóricos y operaciones de las disciplinas tales como la economía, política criminológica, criminología, victimología, penología, sociología, etc. que son las únicas capaces de aportar los conocimientos interdisciplinarios para la creación de modelos jurídico-penales eficaces y congruentes en su conjunto. El camino para corregir estas deficiencias ya se está dando con la creación de institutos jurídicos especialistas en cada ciencia, como lo es el Instituto Nacional de Ciencias Penales, ahora falta que se haga consulta a éstos institutos de derecho antes de presentar iniciativas de ley.

Es pues indispensable que las personas que intenten hacer que el derecho penal no se quede atrás en el caudal precipitado del desarrollo, analicen los aspectos empíricos y teóricos del plan de desarrollo de la política criminológica, para que se busque contrarrestar con él, un poco los problemas inherentes en las normas penales existentes. Si no es tomado en cuenta, se corre un peligro de tener un derecho penal que, lejos de ser un barómetro social de las ideas de la comunidad, sea un instrumento de control frío que no cubra por completo las necesidades de la sociedad, y cubra únicamente a ciertos intereses de la misma.

Siendo así, es necesario como ya mencionamos, que hubiera consulta o cursos de actualización para las comisiones que valoran, evalúan, crean, modifican o proponen normas jurídicas, asesoradas de cuerpos interdisciplinarios, para que sus frutos sean coherentes a la sociedad en la transformación que vivimos.

Hablando de sociedad, y haciendo conciencia de la forma en que ésta se integra a lo largo y ancho de nuestro país, es de tomar en consideración que en la nuestra, existe un heterogeneidad de grupos raciales bastante considerables, llevandonos a que la aplicación del derecho penal, repercute de diferentes formas creando consecuencias económicas, sociológicas, políticas y sociales dependiendo del lugar en donde de aplique y de las características del individuo. Es necesario así que no se dicten leyes arbitrariamente sin considerar estos problemas tan importantes, que sea mediante el derecho que se busque, sino necesariamente una homogeneidad racial, cosa imposible antropológicamente si una identidad cultural y social, vinculando la heterogeneidad de factores socioculturales, siempre presentes en la unidad de elementos que constituyen una matriz demopolítica para la comunidad.

Una vez mencionado lo anterior, surge como motivo de reflexión el punto referente a la existencia de una individualización legal. A nuestra opinión, esta clase y su forma de conceptualizar la resulta equívoca. En primer término, no

debería llamarsele leal, sino legislativa, además, como nos señala el maestro Carrancá y Trujillo, "La individualización legal es propiamente una falsa individualización, porque la ley no conoce de individuos, sólo de especies llamadas delitos".(22)

Al respecto González de la Vega, señala citando a Salelles, "la individualización de la pena legal, es la que de antemano a priori y objetivamente establece la ley en las distintas especies o categorías de delitos, más que una individualización en presencia del delincuente, es una selección típica de las penas, antes de la comisión del delito".(23)

Los medios más frecuentes que se utilizan para la individualización, son los siguientes: la fijación de circunstancias atenuantes y agravantes de la pena; el establecimiento de un régimen de medidas de seguridad; el establecimiento de beneficios que sólo pueden ser concedidos a los delincuentes primarios; adecuación de la multa a la situación económica del condenado; el establecimiento de penas alternativas.

Es este último el que a juicio nuestro, merece una mención especial, pues creemos que existe un abuso de las penas

---

(22) Op. Cit., CARRANCA Y TRUJILLO, p. 821

(23) Op. Cit., GONZALEZ DE LA VEGA, p. 131

privativas de la libertad, ya que en nuestra legislación penal y en los delitos especiales federales, los cuales, por importancia debemos citar, ya que en la actualidad existen 46 leyes federales con un capítulo de delitos especiales, los cuales contienen 350 delitos tipificados, fuera del Código Penal, contra menos de 150 incorporados a dicha legislación punitiva, existiendo un porcentaje muy alto en donde la única opción para la individualización judicial es la de privar de libertad al acusado, convirtiéndose así la función del juez, a un acto restringido en donde sólo gozará de su arbitrio para ubicar el grado del injusto en un parámetro establecido de mínimas y máximas dentro de la punibilidad establecida legislativamente. Es conveniente que en esta secuencia de ideas y hablando de las diversas clases de individualización, se establezca el término correcto de la palabra "pena", ya que hablamos de tres materias distintas y por consiguiente habrá que dar tres denominaciones diferentes. A nivel legislativo, que es mera descripción legal y abstracta, le debemos llamar punibilidad. A nivel de judicial que es actividad de aplicar la punibilidad al autor del delito, se conoce con el nombre de punición. En cuanto al papel del ejecutivo, el cual es ya el cumplimiento de lo determinado en la sentencia penal, se llamará pena.

#### **b) LA INDIVIDUALIZACION JUDICIAL**

Lo que aquí nos ocupará es la individualización que debe ser el

tribunal en el caso concreto. Para ello la ley contiene escalas generales o especiales dentro de las que el tribunal debe moverse atendiendo un criterio cuya pautas las marcan los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente. Toda vez que a la ley es imposible la previsión casuística de todas las circunstancias que es necesario ponderar en el caso concreto, por lo que no le resta otro camino que conceder esta facultad de ponderación al tribunal (juez); En algunos países las normas a aplicar para la particularización de la pena en cada caso han dado lugar a un capítulo especial del derecho penal que últimamente se ha llamado, particularmente en Alemania "Derecho de cuantificación de la pena".

Esta individualización como su nombre lo indica, es aplicada por el poder judicial a través de las autoridades jurisdiccionales, en las que se delega la potestad de imponer, las sanciones; resultando así que para llevar a efecto esta imposición. necesariamente se deben de guardar cierto grado en relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el correctivo de la peligrosidad, en algunos casos, es decir, dentro de los principios generales de la individualización en nuestras escalas legales.

Comulgando con el maestro Chichizola, "creemos que la verdadera individualización de la pena, comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente

determinado" (24). La individualización que le precedió era sólo aproximada, ya que la ley por ser general y abstracta no le es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez, puesto que por su posición singular, está en franca posibilidad de declarar una pena justa y equitativa que le corresponda a cada delincuente, en particular, en los casos sometidos a su conocimiento.

La posibilidad de realizar una adecuada y acertada individualización judicial de la pena, está en relación directa con la amplitud del margen, variedad y discrecionalidad, que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Cuando mayor sea ese margen, mayores serán las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena, a las particularidades del caso concreto y a la personalidad del sujeto que deba juzgar.

La escuela clásica del derecho penal, ya en comento en este pequeño estudio, prácticamente anuló la discrecionalidad judicial, reduciendo la labor del juez a la de un mero verificador de que se había cumplido los extremos previstos por el legislador, para la aplicación de una pena determinada e antemano, estableciendo una valla infranqueable contra la

---

(24) CHICHIZOLA MARIO J. La Individualización de la Pena. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1967. p.p. 85-87.

que surgió, contra esos abusos la estricta legalidad de los delitos y de las penas resultó, una gran defensa de los derechos individuales y del principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley. Pero si bien la escuela clásica desterró los abusos a que había dado lugar la imposición de penas caprichosas, desiguales y atroces, que se aplicaban, en cambio pasó a la arbitrariedad legal, tanto o más odiosa que la primera.

Un individuo nos demuestra que nos existen dos personas exactamente iguales, ni dos delitos idénticos, tratar a todos con el mismo rigor imponiéndoles una pena igual y uniforme, del mismo género únicamente variando su cantidad, y con circunstancias, características de personalidad, motivaciones que lo llevaron a delinquir, etc., diferentes, implica la más enervante de las injusticias.

"Así como la medicina proclama que no hay enfermedad sino enfermos, el derecho penal moderno reconoce que no hay crímenes sino criminales. ¡Cuántas diferencias, en efecto, en la gravedad de un mismo delito según quién lo comete y según los móviles y causas a que ha obedecido; y bien: no constituye esto la mejor prueba de la necesidad de considerar en la misma proporción, al menos al delincuente que al delito, para determinación de la pena"(25). Es irritante castigar de la

---

(25) Boletín de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho. Edit. por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 1953. p. 1125.



misma forma al malvado que cediendo a los cálculos de la codicia comete un delito, mismo que realiza una persona angustiada por la precaria situación económica que atravieza. Para ilustrar lo que hemos venido manejando, en el sentido del abuso de las penas privativas de libertad y falta de alternatividad en el acto de la punición, por parte de los jueces; mencionaremos uno de los muchos casos en que incurre en verdaderas injusticias el artículo 89 de la ley Forestal, prevee "uno a cinco años de pena privativa de libertad y multa por el equivalente de un día a diez mil días de salario mínimo vigente... Fracción II Realice aprovechamientos sin permiso, de productos maderables con volúmenes mayores a cinco metros cúbicos". Es decir, una persona que habita en la sierra michoacana, en la meseta tarasca, de extracción indígena, por derribar madera en la cantidad mencionada con el propósito de levantar una troje donde vivir y calentarse de las inclemencias del tiempo durante el invierno, será sancionado de acuerdo a sus características personales y en cabal cumplimiento a los artículos 51 y 52 de la Legislación Sustantiva, a sufrir un año de privación de libertad; por otro lado, una persona que aprovecha el mismo volumen de madera, para llevarse a vender a la población más cercana, atendiendo necesidades secundarias; y con características personales semejantes al de la persona antes mencionada, es decir, temibilidad mínima, primo delincuente, etc., será también condenado a sufrir un año de pena privativa de libertad y con los mismos beneficios que el antes mencionado. Tal situación

es notablemente injusta y no equitativa.

Es necesario para establecer la pena justa y equitativa, adecuarla a las particularidades del caso a la personalidad del individuo a quien le impone, tarea que le es imposible realizar al legislador que sólo prevé los delitos en abstracto. Sólo el juez es quien puede computar la extensa gama de factores que demuestran la mayor o menor gravedad de un delito y el grado de temibilidad evidenciada por su autor. Es menester, por lo tanto, darle al órgano jurisdiccional mayor discrecionalidad técnica para que le sea factible realizar con mayor acierto la delicada tarea que se le asigna, al confiarle la fijación de la pena aplicable en cada caso, con respecto a cada uno de los delincuentes sometidos a su juzgamiento.

Constituye un mérito indiscutible de la escuela positiva que puso de manifiesto la urgente necesidad de estudiar la personalidad del hombre que delinque y no sólo el delito cometido, en el haber propiciado la amplificación de las facultades de los jueces para determinar la clase y la medida de la sanción aplicable a cada delincuente.

Actualmente, aunque en práctica ya el positivismo penal, estamos seguros de que es necesario dar mayores alternativas al órgano jurisdiccional encargado de la aplicación de la ley penal a los casos concretos, para que pueda efectuar una adecuada individualización de la pena; dentro del marco

jurídico con mayores alternativas que de la mal llamada individualización legislativa.

### **c) LA INDIVIDUALIZACION EJECUTIVA**

La ejecución de las sanciones penales se encuentra a cargo de la Dirección general de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, y tiene a su cargo la aplicación de la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados en el Distrito Federal por delitos del fuero común y en toda la República en materia federal; y tiene como fin la organización del sistema penitenciario así como, el tratamiento individualizador de las penas, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, considerando sus circunstancias personales.

Esta fase ejecutiva ha sido hasta hace pocos años, una cuestión a la que los penalistas le daban poca trascendencia. En cambio la doctrina más moderna le ha hido dando el lugar preponderante que por su importancia merece, siendo aquella objeto de estudio por diversas disciplinas de origen relativamente reciente. Pues en efecto, de nada serviría a un país tener las más perfectas leyes penales para tener éxito en su lucha contra la delincuencia, si ellas no tienen el cumplimiento indispensable de un buen régimen de ejecución de sanciones; ya que de este último, depende en definitiva, que el hombre que ha violado las normas de convivencia social y se ha hecho acreedor a una

condena se convierta en el futuro en un delincuente habitual, con el consiguiente peligro para la comunidad, o un ser socialmente readaptado, aquíen mediante un acertado método de reeducación sea conseguido corregir y convertido en un individuo útil para la sociedad. De ahí pues, la trascendental importancia que reviste el sistema de ejecución de las sanciones penales en la lucha contra la criminalidad.

Por consiguiente, podemos afirmar que el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho a castigar, y el fallo que lo termina no tiene su importancia y su función, sino en el acto mismo de su ejecución. La pena pronunciada no saca, en efecto, su valor real sino del sistema penitenciario, organizado para hacerla cumplir. La cuestión de la ejecución penal domina entonces por su importancia a toda otra cuestión; ella el punto de vista de la lucha contra el delito por los medios progresivos; el problema hacia lo cual todo converge y al cual todo conduce. Es más conducente para la defensa social, afirma José Peco "un código penal mediano con un buen regimen penitenciario, a un código penal irreprochable con un régimen penitenciario malo" (26).

Esta importante frase ejecutiva de las sanciones penales es como dice Francisco Gonzalez de la Vega, "la individualización

---

(26) Cfr., CHICHIZOLA. Op. Cit., p. 124

judicial constituye sólo un diagnóstico, ya que el remedio lo aplicará el que ejecuta la pena, es decir la administración penitenciaria, dándole así trascendencia a la individualización administrativa" (27).

El juez al señalar la clase de la pena puede caer en un exceso por lo que aquí es sometido a una rectificación individual ya que la duración del castigo, la determinación del momento de la liberación del penado, se produce a través de la administración penitenciaria y por ello, se postula como sistema más perfecto; en este orden de ideas, podemos decir que el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho de castigar, y el fallo que lo determina no tiene su importancia ni su función sino, en el acto mismo de su ejecución, la pena no saca en efecto, su valor real, sino del sistema penitenciario, organizado para hacerla cumplir. "La cuestión de ejecución penal domina por su importancia a toda otra cuestión; ella es el punto de vista de la lucha contra el delito por los medios progresivos; el problema hacia el cual todo converge y el cual todo conduce" (28).

#### IV LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Como su nombre lo indica, "a estas privan al penado de su

---

(27) Op. Cit., GONZALEZ de la Vega., p. 132

(28) Cfr. CHICHIZOLA. Op. Cit., p. 124

libertad ambulatoria recluyéndolo en un establecimiento carcelario, en el que se le somete a un tratamiento penitenciario" (29). En la actualidad las penas privativas de libertad constituyen la base del sistema represivo y son de origen relativamente reciente.

En la actualidad las penas detentativas no tenían aplicación únicamente tenían una medida precautoria para evitar la fuga de los procesados. " Ulpiano decía al respecto que la cárcel debía existir para contener a los hombres y no para punirlos (carcerad contiendos homines non ad puniendum haberi debet)" (30).

Es cierto que esa época existía la pena de muerte, los azotes, y en general las penas corporales, prohibidas hoy en la actualidad en nuestra legislación; ocupando ahora un papel preponderante las privativas de libertad, ya que como instrumento de defensa social, permiten la eliminación de la comunidad de aquellos individuos frente a los cuales resulta ineficaz todo tratamiento correctivo, privándolos de su libertad por un ejemplo determinado. Lo que produce mayor efecto en el ánimo de los hombres -expresa Beccaria-, no es la intensidad de la pena sino su extensión, por que sensibilidad se mueve más fácil y establemente por mínimas y repetidas

---

(29) Cit. Post. IDEN., p. 196

(30) IDEN., p. 201

impresiones que por vigorosos y pasajeros movimientos.

La pena privativa de libertad, como pena propiamente dicha, aparece a fines del siglo XVI y comienzos del siglo XVII, De esa época datan las casas de trabajo o casas de corrección, destinadas a alojar a los vagabundos, mendigos y mujeres del mal vivir, con el fin de hacer de ellos personas útiles a la sociedad mediante una severa disciplina y el hábito del trabajo. El primero de los establecimientos de este tipo, fue de Bridewul, construido en Londres en 1555. Posteriormente en Bélgica se crearon en 1595 la famosa Casa de Trabajo de Amsterdam, para corrección de los hombres, y en 1597 la Casa de Hilados para mujeres, que sirvieron de modelos como auténticas expresiones de esta nueva terapéutica por el trabajo.

A excepción de las casas antes mencionadas, los demás establecimientos que crearon para albergar a los detenidos, no había sido edificados con ese fin, aunando al alto índice de la población penal, las penas detentativas que en un principio tuvieron como finalidad la prevención especial, mediante la corrección de los delincuentes, pronto dejó de lado este objetivo y se convirtió a las prisiones en verdaderos depósitos de gente de mal vivir en los que convivían hacinados, ociosos y en una promiscuidad corrupta, condenados, procesados, dementes, etcétera, comenzando así los problemas propios de las cárceles.

La importancia de las penas privativas de la libertad en el

moderno derecho represivo es innegable. En todas las legislaciones modernas, estas penas constituyen la base del sistema punitivo; son pues, el medio frecuente al que recurren las sociedades para luchar contra la criminalidad.

Es un momento dado estas penas tienen su razón de ser pues en efecto, ellas contemplan con singular eficacia alguno de los diversos fines que se les asignan a las penas, eliminando de la comunidad a aquellos individuos frente a los cuales resulta ineficaz todo tratamiento correctivo, privándolos de su libertad por algún tiempo. Es pues innegable el poder intimidatorio de la pena privativa de libertad, ya que la coacción psicológica que ejercen estas penas sobre el delincuente y los demás componentes del conglomerado social, se encuentra en relación directa con la jerarquía axiológica de los bienes jurídicos que las mismas afectan; como en cualquier sociedad el bien máspreciado después de la vida, es la libertad.

La libertad individual, como facultad que le permite al hombre obrar de una manera o de otra o no obrar, debe ser especialmente tutelada por el derecho, pues constituye un atributo inherente a la personalidad humana. Pues tan importante es la libertad para el individuo, que la vida sin esa libertad no es digna de ser vivida. Siendo ésta la esencia del ser humano, ya que sin ella no se concibe su existencia como persona. Y si bien es cierto que este derecho



constitucional garantizado por nuestra Carta Magna, no es ilimitado, pues tiene que compatibilizar con la libertad de los otros individuos y con los demás derechos de éstos; no debiendo confundir pues, libertad con libertinaje, De ahí que en determinadas circunstancias esa libertad individual tiene ciertas restricciones, como acontece en el proceso penal.

La tutela de los bienes jurídicos que realiza el derecho penal, se hace efectivo por medio del proceso penal, que constituyen el instrumento indispensable para la aplicación de los preceptos abstractos que contienen las leyes punitivas a los casos concretos. Ello es una consecuencia del principio constitucional que establece que a nadie se le pueda molestar sin juicio previo. Este proceso penal, que es el nexo de unión indispensable entre la ley penal y el cumplimiento de sus preceptos impone algunas restricciones a los derechos del imputado entre las cuales se destacan las medidas cautelares que lo privan de su libertad ambulatoria, siendo éste el principal efecto de las penas no alternativas.

Ahora bien, no dudando de la gran necesidad de que existan estas penas, creo que se comete un abuso en la aplicación de las mismas, pues en algunos casos determinados, no es necesario apartar al individuo de la sociedad en que se desenvuelve, pues éste a actuado por causas determinadas y pasajeras, y el hecho de recluirlo en un centro penitenciario, lo único que hace, es frustrarlo y crear en él, un sentimiento negativo para con la

sociedad y deportar en él, un ánimo de sobrevivencia y lucha dentro de las cárceles, ya que es una realidad que éstas no cumplen con los fines que se persiguen convirtiéndose en verdaderas escuelas de la delincuencia, en donde impera la ley del más fuerte, así como el dominio de los internos con mayor capacidad económica, pues, aquí se recrudece este tipo de distinciones.

Por mucho que se pretenda que la pena privativa de libertad debe preparar al sujeto para la vida libre, lo cierto es que da lugar a una sociedad que es antinatural, en la que el sujeto carece de las motivaciones de la sociedad libre, surgiendo otras dudas y primitivas, que suelen persistir al recuperar su libertad y que al entrar en conflicto con la sociedad libre tienen la oportunidad de manifestarse con la sociedad. Dada esta encrucijada en que se encuentra el derecho penal en la medida en que no puede cerrarse a la realidad, a pasado a ser uno de los problemas más arduos de la política penal de nuestros días.

**CAPITULO TERCERO**

**PRINCIPIOS GENERALES DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA DENTRO  
DE LAS ESCALAS LEGALES**

### CAPITULO TERCERO

#### PRINCIPIOS GENERALES DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA DENTRO DE LAS ESCALAS LEGALES

##### I. LA CULPABILIDAD COMO BASE Y MEDIA DE LA PENA

El concepto de la culpabilidad, así como fué en un principio el de imputabilidad se ha elaborado lentamente, en el "sentido de una transición del objetivo a lo subjetivo. Puede considerarse como fruto del derecho canónico"<sup>(31)</sup>, ya que el regimen penal primitivo, consagró la máxima del "versari in re illicita", la cual consiste en hacer responsable al sujeto que incurre en un hecho ilícito, aunque no medie dolo, culpa o bien se produzca por caso fortuito.

Cuando se habla del elemento culpabilidad, es posible diferenciar tres etapas históricas, que según Maurach, se identifican "la primera con el concepto psicológico de la culpabilidad, la segunda se caracteriza por un concepto de complejo a mixto (concepto psicológico y normativo), la tercera en la que hay reconocimiento de un concepto exclusivamente normativo de la culpabilidad"<sup>(32)</sup>

---

(31) Cfr. RAYO NARES, Estructura de la Culpabilidad e inculpabilidad. Tesis UNAM, MEXICO 1986 p. 32

(32) Op. cit. post. p. 33

La evolución del elemento culpabilidad la encontramos en la "ciencia del derecho penal italiano, en la baja Edad Media y en la doctrina del derecho común que sobre esa base se elaboró en los siglos XVI y XVII. En la evolución ulterior influyó, sobre todo, la concepción de la culpabilidad del derecho natural. Desde esa perspectiva, fué Samuel Pufendorf (1634 - 1694), el que ofreció con el concepto imputación la primera estructura mental susceptible de desarrollo. Imputabilidad significa que la acción libre se reputa perteneciente al autor "ad ipsum proprio pertinena" y, por lo consiguiente, fundamento "causa moralis" de su responsabilidad. "Antiguamente el sistema del delito que denominamos clásico, se basaba en la distinción de dos partes del hecho punible, una objetiva o exterior, representada por la conducta, tipicidad y antijuridicidad y otra subjetiva o psíquica, que denominé culpabilidad".(33) Así entendido el sistema clásico, tenemos que "El aspecto interno del delito se refiere por completo a la culpabilidad. La culpabilidad es la relación psíquica del autor con el aspecto externo del hecho. Esa relación psíquica toma la forma de dolo o culpa. El dolo o culpa son formas o clases de culpabilidad y la imputabilidad su condición previa"(34).

---

(33) JESCHECK H. H. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, p. 558 Bosch. Casa Editorial S.A. Barcelona 1981.

(34) Cfr. Dp. Cit. RAYD MARES, p. 34. quien además expone como ya se a indicado, cuando domina el criterio primario de estructuración del delito consistente en colocar a un lado todos los componentes que se creían estrictamente objetivos, y al otro, los que se consideraban puramente subjetivos la culpabilidad era la denominación de este último conjunto. La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado, así como la relación física era la casualidad.

Ante las deficiencias que una tal concepción psicológica de la culpabilidad originada, se fué delineando por Reinard Frank, un concepto normativo de la misma, pero sin desechar las componentes psicológicas, tales como el dolo o culpa, dando por resultado una concepción mixta o compleja de la culpabilidad. Este modo de concebir la culpabilidad como reprochabilidad de un actuar doloso culposo, sufrió sin embargo, diversas interpretaciones y modificaciones; así, para Frank, podía haber dolo y culpa sin que éste implicara que hubiera culpabilidad, en tanto que para Golsmich el dolo y la culpa como datos psicológicos eran presupuestos de la culpabilidad, además de insertar la norma de deber, que fundamenta la culpabilidad al lado de la norma de derecho y finalmente Mezger, el obrar doloso y culposo requerirán, de la conciencia de la antijuridicidad. Como consecuencia de la teoría de la acción finalista ideada por Welzel, surge la teoría meramente normativa de la culpabilidad, teoría de la acción finalista que reside en que la finalidad de la acción descansa en que el hombre, sobre la base de su saber casual, puede proveer, en cierta medida, los posibles efectos de su conducta y en causar, conforme a un plan; su actividad para conseguir una meta determinada. "El indicado concepto de la acción debe su origen a varias causas; se basa principalmente en dos raíces o troncos; la primera raíz es de carácter filosófico y psicológico, es una reacción frente a un concepto naturalista o casual de acción, que estriba en un mero proceso de causación de un resultado sin importar nada, el contenido de la voluntad. La segunda raíz es producto de la teoría del tipo fundada por

Beling, así como el descubrimiento de los elementos subjetivos y normativos" (35).

Esta idea del primer elemento del delito, que identifica finalidad y dolo en un mismo y único concepto, trajo como efecto la correcta ubicación de los movimientos psíquicos como el dolo, culpa y la preterintencionalidad -y como elemento integrante del elemento material del delito-, la colocación sistemática de la conducta en el tipo, supuso un aseo en la culpabilidad de los referidos componentes psicológicos o internos y se le dejó puramente como normativa, ahora culpabilidad se concibe reprochabilidad (36).

En síntesis, el sistema clásico y el finalista coinciden en que ambas estructuran el delito en tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, difieren entre sí en el contenido que dan a esos elementos.

#### a) FORMAS DE RESPONSABILIDAD

Respecto a la forma en que un hombre debe de responder de un hecho se han seguido dos criterios surgidos de la división y lucha de escuelas del derecho penal. Así surge, la responsabilidad basada o teniendo como fundamento al libre

---

(35) MAURACH, Revista Criminalista, No. 5, México 1972, p. 316

(36) Op. Cit., RAYO MARES, p. 36

albedric o responsabilidad moral, y la que se fija en base al determinismo, también llamada responsabilidad social.

#### b) RESPONSABILIDAD MORAL

El libre albedric o responsabilidad moral es uno de los caracteres de la escuela clásica del derecho penal; aborda el tan abatido tema consistente en suponer que el hombre es libre albedric y por tanto puede decidirse hacia el bien o hacia el mal; tiene libertad de elección. Ya Carrará -nos dice Porte Petit-, "hacia saber que el no entra en discusiones filosóficas, al dar por sentada la existencia del libre albedric. Sin embargo, no todos los clásicos estuvieron de acuerdo con su criterio, pues hubo algunos que negaron el libre albedric. Por eso "Liszt, en una parte de su tratado anota que a esta postura se le puede llamar "un determinismo templado" o "relativo" (37).

La mayor parte de los tratadistas actuales, no exponen la teoría de la responsabilidad de la Escuela Clásica, es decir, a manera de Carrará la dan por sentada, lo que las coloca ante la situación de que si el hombre es libre, si tiene libertad de decisión esto es, si puede actuar hacia el bien o hacia el mal, la pena debe considerarse como un mal como un medio

---

(37) PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1987. p. 39



intimidativo para los demás, y por tanto, debe en toda amplitud aceptarse la teoría retribucionista de la pena, sin que para nada pueda asignarse fines preventivos.

El libre albedrío no es algo que se pueda tener o no tener, se puede tener un órgano físico, una viscera, un miembro, tener dos brazos -el manco carece de una o dos-, se puede tener memoria; mucha, voluminosa, rápida, precisa o se puede tener muy poca memoria, se puede tener nariz o no; se puede tener voluntad, más o menos, fuerte en la voluntad, carecer de ella, como los abúlicos que constituyen un caso patológico. Todo se puede tener o no tener, en mayor o menor cantidad. Pero el libre albedrío no es realidad corporal, ni es tampoco una potencia psicológica, no es un reporte anímico. El albedrío quiere decir otra cosa; expresa el modo característico de inserción del hombre en el mundo siempre con algún margen de holgura.

El hombre o género humano ¿tiene o no libertad? para ello hay que precisar, el significado de existencia, de trascendencia o sea de vivir.

Vivir en el sentido filosófico de la palabra, que coincide con la acepción que este vocablo tiene en el lenguaje cotidiano y corriente, consiste en darse cuenta de lo que a uno le pasa; en mis pensamientos, mis emociones, tendencias e impulsos, deseos, propósitos, alegrías, frustraciones.

Vivir es además, también y sobre todo, tener uno que ir elaborando momento a momento su existencia, al cual no es dada como una cosa hecha, prefigurada, como una cosa que esté ya ahí, como la piedra, o la mesa, ni tampoco como una trayectoria dinámica con línea prefijada como la órbita de un planeta. Vivir es estar decidido a cada instante, de modo real y efectivo, o bien de modo virtual, lo que vamos a hacer, o lo que es lo mismo, lo que vamos a ser en el momento inmediatamente próximo.

En nuestra vida hay componentes de fatalidad y componentes de libertad. Los componentes de fatalidad son las leyes cósmicas, físicas y químicas del mundo en el que estamos; las leyes biológicas de nuestro organismo; las leyes psicológicas de nuestra mente, de nuestra alma; las posiciones sociales de carácter irresistible de las que no podemos emanciparnos ni siquiera en ejercicio de un ademán heroico.

En suma, lo que tiene dimensiones de fatalidad en la circunstancia, el contorno, el mundo en el cual estamos. Un mundo que podemos reformar por nuestra acción, en alguna medida. Más para reformarlo, en el momento inicial de esta empresa, hemos de partir de la situación real que en este instante tiene el mundo.

Ahora bien, el ser humano no se halla inserto en el mundo como un clavo en una tabla, ni como un tornillo en su tuerca; antes

bien, por el contrario, siempre en cierto ámbito de holgura, con un margen de franquia, afrontando en cada instante su existencia un repertorio de posibilidades, de caminos, sea como rutas accesibles preconstituídas, sea como potencialidades.

Cada ser humano, en cada momento de su vida se halla ante diversas posibilidades, muchas o pocas, pero siempre más de una.

Ahora bien, si alguien objetara que puede suceder a veces que el horizonte se cierre de modo tan tenebroso y siniestro, en forma trágica que una persona le quede tan solo única posibilidad en cierto momento a esa hipótesis-negada, por lo menos superlativamente improbable replicaríamos diciendo que no se trata de una posibilidad, sino de dos: una de ellas, ya preconstituída entre ir a una conferencia o ir al cine, entre el estudio de una determinada carrera o de otra, o dedicarse al ejercicio de otro que hacer honorable.

Las posibilidades que el mundo concreto real, en el que se encuentra cada persona y le presenta a ésta, no son idénticas para todos los seres humanos, dependen de las circunstancias geográficas. Quien se encuentra habitando en el centro del territorio de la República podrá hacer muchas cosas. Ahora, lo que no podrá hacer es navegar, si no hay ni mar ni río a su vera. Depende también de las leyes de la naturaleza. Ciertamente que el hombre puede aprovechar esas leyes de la naturaleza en

sus inventos técnicos. Así puede hoy volar en avión, habiendo sobrepasado los sueños que se estimaban fruto de una fantasía, pero que la realidad superó pero que no ha llegado a volar sin aparatos, porque si no tiene aeroplano o helicóptero, la ley de la gravedad lo atraería. Ahora bien, si dispone de aviones, entonces se le abre otra posibilidad. Pero no basta con esa posibilidad técnica, esto es, no basta con que haya líneas de avión y jets que realicen esos vuelos; es necesario contar con el dinero para pagar el boleto. Es decir, precisa una condición social.

Las posibilidades de distintos sujetos son muy diversas en número y calidad. Pensemos por ejemplo, en uno de los físicos más ilustres de nuestro tiempo, el profesor Oppenheimer. ¡Cuan ricas y cuan diferentes son sus posibilidades en comparación de las posibilidades de un primitivo de la jungla amazónica! las posibilidades de cualquiera de nosotros, gentes universitarias son mucho más ricas y de rango más elevado que las que pueda tener un hombre que viva en un barrio del hampa, que no haya conocido a sus padres, careciendo del beneficio de la escuela, desarrollándose en un ambiente delictivo. Las posibilidades de una ama de casa que sea solamente eso; ¡Cuan limitadas en comparación con las posibilidades de la esposa del presidente de los Estados Unidos de Norte-América! ¡Ah! pero cada uno de esos seres humanos, por diversos que ellos sean y por diferentes que sean sus circunstancias, se encuentran siempre teniendo que dividir entre varias posibilidades, pocas o

muchas, egregarias o vulgares, infecundadas o estimulantes, que ofrecen la coyuntura de una obra creadora en los que se proyecten las potencialidades singulares de un yo muy acusado, o un repertorio vulgar de caminos sociales, de rutas consuetudinarias preconstituidas. Pero en todo caso, hay que elegir, entre varias posibilidades o potencialidades.

Resulta, pues que el hombre ni tiene albedrio ni deja de tener albedrio: albedrio no es algo que se pueda tener o no tener; el hombre es libre albedrio. No se trata de un juego de palabras, al sustituir el tener por el verbo ser. Con ello se cae en la cuenta primero, de que el libre albedrio no es una parte de mi cuerpo ni de mi alma, segundo, de que esta expresión libre albedrio, lo que denota es el tipo de inserción del ser humano en el mundo, con un cierto margen de holgura, con cierta amplitud de franquía. El hombre no puede hacerlo todo, como irresponsablemente sostuvieron, aunque muchas veces no de modo explícito, muchos indeterministas. Ahora bien, ¿el hombre está predestinado fatal o inexorablemente a seguir un solo camino?. Por el contrario, el hombre se halla en la posibilidad de elegir entre varias rutas; mejor dicho, no sólo está en esa posibilidad, sino que tiene que elegir.

Cierto que hay gentes flojas, haraganas, pasivas, retraídas, que no quieren asumir la responsabilidad de elegir. Y lo que hacen es dejarse llevar por la corriente de opinión pública,

predominante, de los convencionalismos establecidos en los usos. Sin embargo, eso de asumir la responsabilidad personal, de no decidirse por propia cuenta es una de las varias cosas que el hombre puede hacer. Seguramente, en la mayor parte de los casos, es la cosa más pobre de menos rango, pues implica no querer uno hallarse a sí mismo y, en lugar de hacer eso, dejarse llevar por la corriente. Podría también decidirse: una de las que el hombre puede elegir es no hacer nada.

En efecto, una de las posibilidades, entre los múltiples haceres, es el no hacer. Ahora bien, dicho marginalmente no se crea que eso es muy fácil, pues la experiencia muestra hasta que punto es a veces difícil e incluso agobiante eso que se llama hacer tiempo, pasar un tiempo en espera, en el vacío, sin hacer nada. Desde el punto de vista de las perspectivas vitales, aunque halla diferencias de rango, tal ruta posible es hacer energéticamente algo positivo, como no hacerlo, como decidirse por no hacer nada.

Así pues, en todo caso cabe afirmar que el hombre es libre albedío; cierto que cada hombre no lo puede hacer todo. Cada individuo puede hacer algunas cosas concretas, determinadas, que su contorno o circunstancias le ofrece, sea como posibilidades predibujadas, sea como potencialidades (38).

---

(38) Cfr. RICASEUS SICHES. Revista de Derecho Penal Contemporáneo, No. 2. México 1965. p.p. 34-53.

Consecuentemente y aceptando que el hombre es libre albedrío, su responsabilidad en derecho penal estará basado en este, o sea, se la castigará en virtud de tener alternativas, es decir, de poder elegir y haberse decidido hacia el mal en vez de comportarse conforme a la norma. La pena sólo tendrá el efecto intimidatorio para que los restantes miembros de la sociedad en caso de que cometan delitos sean castigados. No habrá delito sin pena y en tal virtud no existirá delincuente sin castigo.

### **c) RESPONSABILIDAD SOCIAL**

La llamada responsabilidad del hombre, es característica de la escuela positiva del derecho penal, que postula, que el hombre por el simple hecho de vivir en sociedad debe responder de sus comportamientos que causen daño a bienes jurídicos individuales o colectivos de la sociedad.

La responsabilidad social tiene como por base o fundamento el determinismo. El haber apostado durante algunos decenios el tema del libre albedrío en el campo del derecho penal, fue debido sobre todo a la mencionada escuela positiva, pero también, a lo que se llamaría: invasión imperialista amorfa y confusa de la criminología en el ámbito de los estudios de la teoría del Derecho Penal. Invasión criminología sufrida hasta el punto de que todos los contornos jurídicos empezaban ya a definirse, si es que no había caído ya en una tremenda confusión, como si hubiesen salido de una licuadora en donde lo

criminológico y lo penal quedaban reducidos a un puré, en el cual ya no era posible distinguir ambos ingredientes. La mayor parte de los estudios criminológicos fueron muy serios sin duda, pero en resonancia de segundo grado se les añadió una salsa románticoide de fascinante tono humanista, pero impertinente desde el punto de vista científico. Según ningún criminólogo, o a lo sumo muy pocos, concibió la idea de actuar de ese modo denominador o subyugante en el campo penal. Pero, aunque los criminólogos no se les opusieran, de hecho se produjo la deformación de la doctrina jurídico-penal por la criminología.

Claro que aquella invasión criminológica está a nuestras espaldas. Hoy la criminología sigue desenvolviéndose venturosamente de un modo fecundo, con prodigiosos avances, que han dado por resultado la creación de la Criminología Crítica, muy en voga en estos tiempos. Pero desde la década de los treinta, varios penalistas reaccionaron contra la invasión del Derecho Penal por la Criminología.

Si el hombre está determinado por factores endógenos y exógenos es claro, que el daño o peligro que su comportamiento origine a bienes jurídicos individuales o colectivos, no sean imputables a él, sino que serán producto de la influencia y desenfreno de los fenómenos casuales. Por tal motivo, la responsabilidad será el determinismo siendo la pena cambiada por otras sanciones, llamadas "medidas de seguridad", en razón de que la pena, no se



podría aplicar, pues está es castigo que se impone a sujetos dotados de libertad de decisión, luego si el hombre está determinado, resultaría ridículo.

#### **d) PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD**

El principio de "nullum crimen sine culpa" o bien "nullum poena sine culpa", es uno de los postulados supremos de la moderna política criminal, que exige para imponer una pena, al autor de un hecho antijurídico, la necesidad de que éste se le pueda reprochar el mismo. Por otra parte, "no existe otro elemento constitutivo del crimen que haya tenido evoluciones en su elaboración, ni un cambio notorio en la interpretación en la ciencia penal"<sup>(39)</sup>, ni se conoce otro elemento del delito que haya presentado más dificultades que el que comentamos. "Ahora bien, el principio de culpabilidad constituye unas de las fundamentales e irrenunciables exigencias del moderno derecho penal, respetuoso de las garantías de las personas y de la dignidad humana"<sup>(40)</sup>, y entendiendo al hombre como libre albedrío esto es, como ente capaz de autodeterminarse. Pues bien, ésta máxima viene a significar que no se puede imponer pena alguna al autor de un hecho antijurídico, sino lo ha cometido culpablemente. "Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo

---

<sup>(39)</sup> Op. Cit. MAURACH, Revista Criminalística, p.234

<sup>(40)</sup> Cfr. RAYO MARES, Op. Cit. , p.p. 21-24.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA 79

responderá de ésta si se hubiera causado al menos, por culpa" (41). Así, clásicamente concebida esta regla, trata de erradicar del derecho penal la responsabilidad objetiva, en otros términos, aquella obligación por un hecho producido que no hubiera sido causado en forma dolosa, culposa o preterintencional, ya que éstos nexos psicológicos son los que se consideraban como especies de la culpabilidad. Por tanto, hay que pugnar porque en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagran especialmente en la ley, como acertadamente se hacen con las reformas llevadas a cabo a los numerales 8 y 9, del código penal del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, en la que se dice: "Artículo 8° los delitos pueden ser:

- Intencionales, no intencionales o de imprudencia, y preterintencionales. Y se expresa en el artículo 9°: 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 causa un resultado típico mayor al querido aceptado, si aquel se produce por impredecencia. Por lo precedente pensamos

---

(41) Cfr. SAINZ CENTERO JOSE. Lecciones de Derecho Penal. Tomo II. Edit. Bosch. p.p. 48-41.

que se rechaza la teoría de los delitos calificados por el resultado en la medida en que con ella se contiene la consagración de una fórmula de "versari in re illicita".

Un paso más significativo para el desarrollo de culpabilidad lo dieron autores como Pettit, quien expresó "preveer y creer un hecho no significa aún ser culpables del hecho mismo". Ello supone la posibilidad de expresar un juicio de reproche que importa la adquisición de otros dos momentos al nexo psicológico. Se trata de la capacidad para el derecho penal, o imputabilidad de un hecho y la ausencia de causas que vayan en concreto a incidir sobre la libre motivación del acto de voluntad".(42)

Más recientemente Zaffaroni, enseña: "que el principio de culpabilidad entendido -no hay pena si la conducta no le es reprochable autor-, debe fundamentarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse"(43). y no podría ser otra forma, dado que la culpabilidad supone libre albedrío a diferencia de la peligrosidad o temibilidad en que la producción de los resultados antijurídicos son motivados por factores.

Mucho se ha cuestionado en la ciencia penal la libertad del

---

(42) Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1977, p. 13).  
(43) Cfr. Op. Cit.: JESCHECK. p. 30

individuo para conducirse; unos aceptándola, otros.. más negándola. Así tenemos que Bettiol expresa, que "si se desea mantener el derecho penal vinculado con las nociones de la culpabilidad y de pena castigo, no puede prescindirse de la idea de libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que otro. Sin esta libertad de elección la noción, de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero significado, porque lógicamente no es posible reprochar a alguien la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutarlo"<sup>(44)</sup>. O como dice el doctor Moisés Moreno Hernández, "que si hasta ahora es aceptable que no puede demostrarse científicamente la existencia en el caso concreto de esa libertad de voluntad. Es igualmente aceptable que no se ha demostrado científicamente que realmente no existía, pues lo que se ha comprobado de esa manera es la concurrencia de factores; factores que, sin embargo, en la medida del conocimiento y de la del hombre, puede arrastrar a éste a la necesaria causación de resultado, como cualquier fenómeno natural o pueden ser neutralizados en mayor o menor medida"<sup>(45)</sup>. Nosotros pensamos que la libertad del hombre no es absoluta, es decir, está siempre condicionada al conocimiento que tenga de los fenómenos y del mundo circundante y de la relación, ya que en la medida en que logre un dominio

---

(44) BETTIOL GUISSERPE. Derecho Penal. Parte General. p. 53. Edit. TEMIS. Bogotá 1965.

(45) Revista Mexicana de Justicia. No. 2 Vol. III Junio. México 1985.

Memorias del primer congreso Mexicano de Derecho Penal, coordinado por JAVIER PIZA Y PALACIOS. consideraciones dogmáticas y política criminal. Edit. P.G.R., P.G.J.D.F. e INACIPE

de estas situaciones, tendrá más alternativas y no serán lo suficientemente fuertes tales factores, como para que se le hagan realizar conductas o hechos antijurídicos, pues conociéndolos podrá dejarse o no motivar, coincidimos plenamente con el parecer de Wessel, cuando expresa que "la posibilidad de guiar la conducta se fundamenta en la capacidad del hombre para controlar sus impulsos dependientes de la predisposición y del medio ambiente y ajustar su decisión con arreglo a normas ético sociales obligatorias, pues negar que en el hombre la libertad de autodeterminación, claro está condicionada a un conocimiento de los fenómenos y control de sus impulsos, sería reducirlo a un ente no responsable de sus actos, dado que ellos no son productos de su voluntad, sino que son consecuencias del desenfreno de una cadena casual de fenómenos que inciden en él, y con lógica consecuencia, la pena y sus fines prevención general y prevención especial perderían todo sentido jurídico.

Para nosotros el principio en estudio significa que no se puede imponer una pena, si el sujeto no ha cometido el hecho que le pueda ser reprochable, y que el máximo y mínimo de la sanción privativa de libertad viene determinada por el grado de reproche aunado a criterios preventivos y de motivabilidad a las normas, lo anterior, teniendo como fundamento la libertad, como ya se vió que lo concebimos al hablar y conocer lo antijurídico de su proceder y no dejarse motivar por las normas y llevar a cabo además una conducta constitutiva de un tipo penal.

Se vulnera este principio, con la llamada presunción de dolo, y que por tanto tiempo padecimos en México, dando lugar a interpretaciones aberrantes, que lesionaban los principios de inocencia y de culpabilidad. Afortunadamente, la presunción de dolo contenida en el artículo 7º del código punitivo en vigor, es decir, el de 1931, fue derogado con la entrada en vigor de las reformas penales de fecha 13 de enero de 1984, la cual resulta altamente plausible, ya su mantenimiento era notoriamente inconstitucional, habida cuenta que existía contradicción con las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales. Tal situación es contraria a lo que establece tanto el artículo 14, inciso segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966, y ratificada por México en 1981 el 24 de marzo, como el artículo 8º inciso dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en vigor a partir del 18 de julio de 1981. Estos instrumentos internacionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Carta Magna, nuestro ordenamiento jurídico interno, y la propia Constitución, son la Ley Suprema de la Unión; "Las exigencias que se desprenden del principio de culpabilidad son:

a) La exigencia conforme a la cual la responsabilidad penal presupone dolo, culpa, preterintencionalidad, ya sea consideren forma de conducta (sistema finalista) o como especies o formas de culpabilidad (sistema clásico) descartando

el puro y simple nexo de causalidad;

b) La culpabilidad como criterio regulador de la pena, es decir como fundamento para su imposición y cuyo máximo y mínimo ha de ir de acuerdo al grado de reprochabilidad, de motivabilidad y de criterios preventivos;

c) La culpabilidad referida al hecho, evitando que elementos tales como un criterio, modo de ser o comportarse, pueden motivar la imposición de las referidas consecuencias penales; que en este caso, sólo se trataría de la imposición de una pena, y no de una medida de seguridad, la cual para su aplicación tiene como fundamento la peligrosidad del autor de un hecho antijurídico"(46).

Muñoz Corde al hablarnos del principio de culpabilidad nos expresa que "la función protectora de dicho principio no es tan amplia como pudiera pensarse, puesto que, el principio de la culpabilidad sólo serviría en todo caso, de protección de los autores culpables, pero no de los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc., que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado"(47), y sigue diciendo el autor mencionado: "que la culpabilidad debilita hasta tal punto la

---

(46) CORDOVA RADA JUAN. Culpabilidad y Pena. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1977. p.p. 19 - 22.

(47) MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Prólogo al libro de ROXIN. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL. EDIT. REUZ MADRID 1981.

prevención que entonces la pena adecuada a la culpabilidad no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un derecho penal dirigido exclusivamente a la prevención de un delito, con los que todos los intentos de complementar en este caso la culpabilidad con criterios preventivos se derrumban estrépitosamente, poniéndose ante el dilema de tener que elegir entre una u otra alternativa"(48).

Es de considerar que parece olvidar Muñoz Conde, que el criterio de culpabilidad, sólo es posible concebirlo como fundamento y límite para la imposición de una pena, ya se sigan con relación a ésta criterios retributivos o bien en prevención especial o general, más para imponer una medida de seguridad a un autor temible o sea con propensión a cometer delitos, toda vez que éste sujeto está determinado por factores endógenos o exógenos; no así el hombre capaz de obrar alternativamente pues a este, se le reprocha por tener alternativas, es decir, libertad y no actuar conforme a derecho. El hecho típico de un autor culpable dará lugar, por tanto, a la imposición de una pena, el de un autor inculpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida de seguridad.

## II. LA PELIGROSIDAD COMO PRINCIPIO EN LA CUANTIFICACION DE LA PENA.

En nuestra legislación penal vigente, la peligrosidad juega un

---

(48) Cit. Post. IDEM, p. 26



papel determinante en la cuantificación de las penas y por consiguiente, es un principio para la aplicación del arbitrio judicial, situación que creemos equivoca; pues, con ello trata conciliar dos posiciones sobre la culpabilidad antitéticas; la culpabilidad del acto y la culpabilidad del actor; queremos que quede asentado que nuestro derecho penal es de acto, es decir, un derecho penal con culpabilidad de acto y no de derecho penal con culpabilidad de autor.

Para una mejor comprensión de lo sostenido diremos que, en la culpabilidad del acto se entiende que lo que se reprocha al hombre es su conducta en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto, es decir, la reprochabilidad del acto es la reprochabilidad de lo que el hombre hizo. En la culpabilidad del autor se le reprocha al hombre su personalidad, no lo que hizo, sino lo que es.

Pues bien, como ya dijimos anteriormente, la reprochabilidad de que una conducta se le hace a su autor, es precisamente la culpabilidad. "El reproche de culpabilidad se funda pues, en que el autor pudo exigirsele otra conducta conforme al derecho, esta exigencia siempre depende de las circunstancias y por ende es un concepto graduable: aún cuando a un sujeto se le puede exigir jurídicamente otra conducta, siempre se le podrá exigir más o menos, según las circunstancias del caso. Esto nos dará siempre un distinto grado de reprochabilidad, y por ende de

culpabilidad" (49). De aquí que creemos que la temibilidad no debería ser un principio para el quantum de la pena, únicamente para las medidas de seguridad, y en todo caso, sólo un correctivo de la misma; pero al nivel de la teoría de la pena, y aún así, se correría grandes riesgos para lograrlo, debido a la gran dificultad para pronosticar el futuro.

Al respecto Zaffaroni expresa: "Dado que quien conforme a la culpabilidad del acto puede registrar un grado menor de la culpabilidad, y sin embargo, estar sumamente inclinado a la comisión del delito, se hace necesario que a nivel de la teoría de la pena, y dentro de ciertos límites, funcione como correctivo el juicio de probabilidad acerca de su pronóstico de conducta, esto es, la peligrosidad" (50), entendiéndola como "la circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad; es la perversión constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que se debe esperar de parte del mismo autor del delito" (51). Nuestro Código Penal de 1931 la llama temibilidad, en su artículo 52. Es necesario distinguir con nitidez la peligrosidad del artículo citado, del peligro que con la conducta se produjo para los bienes jurídicos. Este

---

(49) *Op. Cit.* ZAFFARONI, p.p. 70 - 71

(50) *Id.* *Post. IDEN.* p. 754.

(51) DIAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. Tomo II. México 1986, p. 1254.

último, es una característica del injusto (del delito), en tanto que la anterior es una característica de la personalidad del autor: en cuanto a la posible producción de conductas futuras, que nada tienen que ver con el delito ya pasado. Una vez mencionada la función de la peligrosidad, como correctivo que puede operar a nivel de la teoría de la pena, tratemos de conceptualizarla con nuestra legislación; como el juicio por el cual se valoran las condiciones personales del autor de un delito, evidencias por las circunstancias de tiempo, lugar y modo de circunstancias del hecho, y consideradas en el estado que presentan al tiempo de imponer la pena, a efecto de hacer un pronóstico de su conducta futura para determinar el grado de probabilidad de comisión de futuros delitos que guarden cierta relación vinculatoria con el ya cometido. "La peligrosidad es un juicio que mira hacia el futuro, en tanto que la culpabilidad es un juicio que mira hacia el pasado, la peligrosidad como juicio a cerca de la conducta futura de un hombre, no puede ser sino un juicio de probabilidad, porque de lo contrario desconocería su carácter de persona humana" (52).

Como vemos un juicio de probabilidad de la conducta futura de un hombre es tarea poco probable para otro hombre..., además, necesita tener un conocimiento completo de la personalidad del autor de la conducta delictiva. Lo que se pretenderá, de

---

(52) Op. cit., ZAFFARONI, p. 755.

acuerdo a las reglas técnicas de las disciplinas (criminológicas, psicológicas, etc.), pendientes a conocerlas; con lo que nos vemos obligados a citar otro problema propio de esta función: "La falta de preparación criminológica del juez", el cual por ahora sólo mencionamos pues, éste será tratado con más detalle en otro capítulo. Continuando con el artículo en cita, el cual en su párrafo tercero (dice ... que demuestren su mayor o menor temibilidad), nos hace recordar la forma en que Ferri suple esa imposibilidad de determinar la peligrosidad del sujeto, "teoría llamada como "de la peligrosidad necesaria de los delincuentes", la cual consiste en afirmar que todo sujeto que ha delinquido es peligroso"<sup>(53)</sup>. Pues de esa redacción se deduce que la temibilidad (peligrosidad), juega allí como una presunción "juris et de juri", situación notoriamente injusta toda vez que presume un grado de peligrosidad en todas las conductas constitutivas de delito y únicamente da libertad al juzgador para que a su siempre prudente arbitrio lo ubique, entre un grado mayor o menor, como si se pretendiese entender que el hombre sólo se moviese por causas, es decir, determinando y gozará de la posibilidad de elección como si lo único que contara fuera el grado de determinación que tenga el hombre para el delito, es decir, la temibilidad, para lo cual tendrá como fundamento, objeto, y límite la peligrosidad, quebrándose así el principio de exclusiva adecuación de la pena

---

(53) Op. cit., DIAZ DE LEON, p. 1255.

al hecho punible al ajustar la pena a la peligrosidad del autor.

### III - EL GRADO DEL INJUSTO EN LA CUANTIFICACION DE LA PENA

El injusto es un concepto intimamente ligado a la culpabilidad y según no pocos autores indican que se puede aceptar, como sinónimo de antijuricidad, "Guillermo Saucer, destacó el mayor contenido del injusto con relación a lo antijurídico y Carlos Binding, afirma la identidad de un recht (injusto) con el no derecho, mientras lo antijurídico es una expresión que implica contradicción al derecho"<sup>(54)</sup>. Por el contrario Wans Welzel, al abordar el problema del injusto y su autor, encuentra necesario distinguir entre lo antijurídico y lo injusto, pues esto, puede llevar a malos entendidos en cuestiones importantes. "Antijuridicidad, aclara, es una característica de la acción y por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre ella y el orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica; la antijuridicidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la

---

(54) Cfr. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 5a. Edición, Editorial Porrúa, p. 265, México 1987.

acción"<sup>(55)</sup>. Como no es el objeto de esta investigación profundizar en el particular, diremos que: El injusto es una conducta típica antijurídica, que es culpable cuando el autor le es reprochable la realización de esa conducta, porque no se motivó en la norma siéndole exigible en las circunstancias en que actuó para motivarse en ella.

Al respecto Zaffaroni, menciona: "la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto a su autor, ¿qué se le reprocha?, el injusto; ¿por qué?, porque no se motivó en la norma ¿por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma?, porque le era exigible que se motivase en ella"<sup>(56)</sup>.

A costa de parecer reiterativo (valga su mención nuevamente, pues recuerdese que hablamos de los principios de la individualización de la pena, y éstos lógicamente guardan entre sí una estrecha vinculación, de tal manera que sería imposible dejar de citarlos), diremos que: el reproche del injusto a su autor se funda en que pudo exigirsele otra conducta, ésta exigencia depende de las circunstancias en que se encontraba el activo al momento de realizar su conducta, o sea, se le podía exigir más o menos, dependiendo de éstas, por lo tanto, es una exigibilidad graduable; Graduable en su reprochabilidad y por consiguiente en su culpabilidad. Esta facultad de graduar el

---

(55) Cfr. Cit. Post. Idem. p. 286.

(56) Op. Cit. ZAFFARONI, p. 543.

injusto por parte del órgano jurisdiccional, y por ende la de ubicar la culpabilidad del delincuente dentro de un margen de reprochabilidad, es la esencia misma del arbitrio judicial estando así en facultad de imponer la pena más adecuada, dentro de la variedad de penas que prevea cada tipo y dentro de los mínimos y máximos que al legislador haya señalado en su punibilidad.

Para concluir el presente capítulo, diremos que una vez expuestos los principios generales en materia de adecuación de sanciones, creo que la pena debe ser adecuada al grado del injusto y de la culpabilidad de la conducta, sin perjuicio de admitir la peligrosidad, empero, únicamente como correctivo en aquellos casos en que lo amerite.

## **CAPITULO CUARTO**

### **FINES DE LA PENA**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**



## CAPITULO CUARTO

### FINES DE LA PENA

#### CONSIDERACIONES GENERALES.

En ciencia penal, la punibilidad se estudia en dos de sus partes, primeramente, en la teoría del delito, es su primera esfera, la cual abarca:

- a) Elementos del delito (existencia del delito).
- b) Aspecto negativo (inexistencia del delito). En segundo lugar en la teoría de las penas y medidas de seguridad, cuya problemática se aborda en el presente capítulo.

Tenemos entonces, que no es objeto de esta investigación, el determinar si la punibilidad es elemento del delito, presupuesto general o consecuencia del mismo. Interesa tan solo precisar como se ha tratado de justificar la imposición de la pena por parte de el Estado a través de la historia, desde un punto de vista filosófica-jurídico, tema que corresponde determinar a la teoría de las penas o medidas de seguridad.

Ciertamente señaló Miguel S. Macedo, "El delito donde quiera que aparece, provoca como consecuencia necesaria una reacción

de parte del ofendido y de sus allegados"(57), resumiendo más adelante que en la evolución de dicha consecuencia, es necesario señalar tres periodos principales en la historia del derecho penal, correspondiente a cada uno, un concepto propio y fundamental de la función punitiva. En el primero señala, se castiga al delincuente para satisfacer el sentimiento natural y espontáneo de venganza, acompañado a la misma la explicación de culpa. En el segundo, la venganza privada se transforma en pena pública de interés social de primer orden. "Por último, dentro del tercer periodo, se castiga al que se ha delinquido, para corregirlo moralmente, y entonces, el fin penal de sufrimiento, del dolor, es sustituido por el de reforma o educación perdiendo las penas sus caracteres de crueldad y de atrocidad"(58).

"En la evolución del estudio de la pena, han surgido escuelas, tendencias y puntos de vista heterógeneos para justificar el poder punitivo de el Estado"(59). Escuelas que dentro de la ciencia penal moderna, comienza a hacer su aparición entrado el siglo XIX. Ya Sainz Centero nos menciona, "que esta centuria se llena con lo que se ha llamado (luchas de escuelas), la cual no va a producirse, sin embargo, hasta que aparece la dirección que conocemos por "Escuela Positiva prolongándose

---

(57) MACEDO MIGUEL. Revista General de derecho y jurisprudencia. Tomo I, N°3 México 1936. p. 426.

(58) Op. Cit., MACEDO p. 430.

(59) Op. Cit., CARRANCA Y TRUJILLO. p. 153.

la gran controversia doctrinal, hasta bien entrado el siglo XX". (60)

Las escuelas principales que surgen entonces, son tres: Escuela Clásica, Escuela Positiva, y Escuela Ecléctica, llamada por algunos penalistas Tercera Escuela o Escuela del Positivismo Crítico.

Cabe señalar, que estas escuelas surgen en Italia (61), país que se encarga de llevar a cabo inicialmente los estudios penales, desde un punto de vista filosófico y en forma sistemática como veremos en el desarrollo de este tema, son sus principales representantes, de origen italiano.

¿Por qué es necesario un estudio de las escuelas penales? Primeramente, porque las legislaciones punitivas de los diversos países adoptan en su estructura, los puntos de vista de una o de otra. Después, porque todo código penal debe contener bases filosóficas, que justifiquen el poder punitivo, su dirección de pensamiento, su posición política, en una palabra, su forma de gobierno.

¿Qué se entiende por escuela? Sainz Centero contesta: "por

---

(60) Op. Cit. SAINZ CENTERO, p. 123.

(61) WERNER NIESSE, Aclaro, en Alemania no tuvimos un movimiento de transición semejante, porque Litz, como estudioso de la criminología de la política criminal, nunca dejó de cultivar la dogmática jurídico-penal. La teoría finalista de la acción del Derecho Penal Alemán. Revista de la Facultad de Derecho de México. Sobretiro. Tomo XI. enero-julio México 1971. p. 978.

escuela entendemos la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar y responde a unos determinados presupuestos filosóficos penales"(62).

Se tiene como resultado precisa su autor, que: "unas escuelas se distinguen de otras por la orientación de sus ideas respecto a la pena por el método de trabajo que emplean, por los presupuestos filosóficos de que parten y por su concepción sobre la naturaleza del delito"(63).

Por lo que respecta a nuestro trabajo corresponderá únicamente el señalar la orientación de cada una de estas escuelas, de sus ideas respecto de la pena, de los presupuestos filosóficos de que parten y en forma breve, tocaremos su método de trabajo y su concepción sobre la naturaleza del delito.

## 1.- ESCUELAS PENALES

Como ven y consideran a la pena las escuelas penales, de acuerdo a los pensamientos filosóficos de que parten:

---

(62) Op. Cit., SAINZ CENEDRO. p. 123.

(63) Cit. Post. Idem. p. 124.

a) ESCUELA CLASICA

Esta escuela cuyo máximo representante es Francisco Carrará considera a la pena como punto central del derecho, como consecuencia del delito (ente jurídico), en forma abstracta, sin tomar en cuenta al sujeto que lo realiza; el delincuente, "o como Castellanos Tena señala mira preferentemente a la acción criminal" (64), colocándose, "al respecto en un plano verdaderamente jurídico" (65). "Ricardo Abarca en igual sentido nos dice que la igualdad jurídica de los hombres, dogma de la libertad jacobina, tiene como resultado rigurosamente lógico, la anulación de la personalidad de cada delincuente, pues todos quedan reducidos en la ley a unidades anónimas; de manera que no es el delincuente sino el delito en su aspecto objetivo, como ha sido tipificado, el punto de relación con la pena" (66), y Pavón Vasconcelos expresa que "los clásicos se empeñaron en estudiar el derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico aplicando un método lógico abstracto" (67).

Es así que los clásicos, al colocarse en un plano únicamente jurídico, expresan que "si el delito es un ente jurídico, la pena por tener fundamentalmente a conservar el orden legal, es

---

(64) CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Parte General. Edición Porrúa, p. 58-65. MEXICO 1978.

(65) Op. Cit., IDEM. p. 59

(66) Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales México 1941. p. 89.

(67) Op. Cit., PAVON VASCONCELOS. p.p. 48 - 49.

una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera"(68).

Vemos claramente como esta escuela se coloca en un plano eminentemente humanitario en cuanto a la pena, pues enarbolando la bandera de la idea de la justicia, da paso a que su aplicación se tome en cuenta la garantía de que dicha pena vaya en proporción al delito cometido. "Ignacio Villalobos, coincide con ello al señalar que: "que la obra de Carrará consumó la función de los principios de utilidad y justicia, como básicos del derecho de castigar, señalando como su fundamento y aspiración suprema la tutela del orden jurídico y haciendo notar que todo exceso no sería protección del derecho sino, violación del mismo, abuso de la fuerza, tiranía, en tanto que todo defecto en las penas significaría traición del estado a su propio cometido"(69), y "propugna la moderación de las penas, sin llegar a la insuficiencia; la humanización de las mismas y su seguridad"(70).

¿Cómo se considera a la pena por los clásicos? (71):

"Para los clásicos nos dice Sainz Centero, la pena es un contenido necesario del derecho, la consecuencia de la

---

(68) Cfr. Cit. Post. IDEN. p. 49.

(69) Op. Cit., CARRANCA Y TRUJILLO p. 84

(70) Op. Cit. IDEN. p. 35.

(71) Cfr. Op. Cit. PORTE PETIT, p. 38.

(72) Op. Cit. SAINZ CENTERO. p. 128

naturaleza del hombre moralmente libre y responsable de sus acciones" (72). Luis Jiménez de Asúa, expresa: "que las penas son concebidas por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica. (73) Su fundamento, es decir, "la razón por la que se retribuye con una pena (un mal), al individuo que ha aperturbado libremente el orden jurídico es justo pues, que se retribuya con otro mal, que se castigue con una pena" (74). Pues, como expresa Pavón Vasconcelos: "si el delito es un ente jurídico, la pena, por tener fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se altera... "la responsabilidad penal encuentra entre los clásicos su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío" (75).

En cuanto al fin de la pena, nos dice Sainz Centero, el primario "es el restablecimiento del orden externo de la sociedad" (76), "ya que la pena ha de cumplir una función retributiva de la culpa moral comprobada por el delito, es necesario, por esto, que resulte proporcionada a él" (77).

Sin embargo, no obstante lo anteriormente citado, convendría pensar, por qué los clásicos consideraban así la pena.

---

(73) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*. Edit. Sudamérica. Buenos Aires, Argentina 1981. p. 146.

(74) *Cfr. Op. Cit. SAINZ CENTERO*. p. 127

(75) *Op. Cit., PAVÓN VASCONCELOS*. p. 47.

(76) *SAINZ CENTERO*. p. 128

(77) *Op. Cit. IDEM*. p. 128

Guiseppe Bettiol, nos señala que "pocas disciplinas jurídicas como el derecho penal, están tan influidas por el contenido de las concepciones dominantes, es decir, por ese conjunto de elementos que determinan (la atmósfera cultural), del momento histórico en que la norma se origina. No se puede estudiar y entender el derecho penal con mentalidad agnóstica y con criterio de pura lógica formal, que si bien resultan útiles para estructurar la armadura del sistema penal, no permiten penetrar en el alma de tal sistema, el derecho penal está impregnado totalmente por los valores que sintetizan la tónica de determinado ambiente cultural, de suerte que no puede prescindirse de ellos si se quiere comprender el espíritu de una legislación penal, pues con ellos se negaría la existencia de la naturaleza humana y sustraídos por eso mismo al curso variable de la historia (78). Nos ilustra diciendo que "en la época del triunfo del liberalismo en el derecho penal: triunfo que alcanzó esta corriente política de pensamiento después de larga y perseverante lucha contra instituciones, reglas, teorías, y métodos que constituían expresiones de una concepción atrasada acerca del fundamento, los límites y propósitos del derecho y del proceso penal" (79). Surge la Escuela Clásica. Partiendo Carrará el más grande penalista italiano, de una concepción teo-céntrica del orden moral y jurídico, trabaja con un método que se sustente en criterios de

---

(78) Op. Cit., BETTIOL GUISEPPE, p. 5 - 6.

(79) IDEM. p. 7.



razón; no sobre datos extraídos de la experiencia jurídica, invocaban en forma esporádica y aislada el derecho positivo. "Tal postura nos dice Bettiol, se explica con dos órdenes de consideraciones; en primer lugar, con la desconfianza por el derecho penal entonces vigente, que no se apoyaba en las concepciones filosóficas y jurídicas profesadas por los estudiosos a lo que se unía un completo divorcio entre la norma jurídica y la elaboración doctrinal; en segundo término, con las premisas jusnaturalistas o contractualistas que señalaban el punto de partida, por lo cual el único derecho verdadero digno de consideración era el que emanaba, por deducción lógica, de la naturaleza racional del hombre o del hipotético contrato social..., -encontrándose-, en los clásicos una mentalidad antihistórica, que se trasluce aún en aquellos que parten de premisas contractualistas, pues el contrato está sobre la historia y fuera de ella". (80)

Sobre estas bases, nos dice Bettiol, "El delito terminaba por ser considerado (un ente de razón), y en consecuencia, un ente jurídico.

Ahora bien, Bettiol indica que como consecuencia de que toda la Escuela Clásica se centra en la concepción del delito como ente jurídico, y de desprender Carrará su teoría de las fuerzas (fuerza física y fuerza psíquica) que contribuyen a provocarlo,

---

(80) IDEN. p. 10.

señala que se puede definir el delito como "la violación consciente y voluntaria de la norma penal". Pero que para "considerar culpable a la voluntad es necesario que sea libre. El libre albedrío se convierte así en fundamento del derecho penal", vale decir "que le agente sea imputable, que tenga la capacidad de comprender valor ético-social de sus propias acciones y decidirse a dicha acción constituyendo el tema de la imputabilidad y de los favoritos de la Escuela Clásica".(81)

De lo que antecede nos dice Bettiol que "la imputabilidad, sinónimo de libertad, conduce a la pena a una pena que es retribución del mal producido, directamente proporcionada al delito y que haya su justificación en el delito mismo", afirma, y no podría ser de otro modo, porque si el delito es un ente jurídico, la pena es la respuesta del orden igualmente jurídico. Se trata de la negación de una negación", concluyendo que para los clásicos, la pena es, en todos los casos, una medida represiva, aflictiva y personal..., sin libertad no existía delito, no existía pena, ya que esta se constituía y deseaba como pena correspondiente, vale decir, retributiva; se creía que la represión era el arma mejor adaptada para combatir el fenómeno de la delincuencia".(82).

En cuanto a los Códigos Penales para el Distrito Federal,

---

(81) IDEN. p. 10

(82) IDEN. p. 14 - 15.

ninguno acogió íntegramente los principios de la Escuela Clásica, así Celestino Porte Petit, nos señala que: "al Código de 1871 debe considerársele como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo... Los trabajos de revisión al código penal de 1871, siguieron la orientación del código penal 1871... El código penal 1929 no realizó íntegramente los postulados de la Escuela Positiva por obstáculos de orden Constitucional y errores de carácter técnico... El código penal de 1931..., contiene principios de la Escuela Clásica y Positiva" (83).

Resulta incuestionable que la escuela clásica, al emplear un método lógico-abstracto o inductivo, se le reproche el apartarse de la realidad pues trabaja a base de ideas, de abstracciones, así señala Carranca y Trujillo: "Ferri ha calificado a la Escuela Clásica de "maravillosa anatomía jurídica del delito-; pero para realizarla valiéndose de la metafísica y de abstracciones irreales, dejó en la penumbra al delincuente: solo les preocupó la construcción orgánica y lógica de todo un sistema de normas represivas, "Doctrina matemática" pudo decir Carrará: protección al delincuente contra el estado", pudo decir Ferri" (84).

Concibe al delito y a la pena, por otro lado, como una relación

---

(83) Op. Cit. PORTE PETIT. p.p. 44 - 46

(84) Op. Cit. CARRANCA Y TRUJILLO p. 157.

de contradicción ideológicamente, vale decir como una lucha de contrarios; aplicando para los mismos una teoría dialéctica y retribucionista; todo ello es consecuencia de su método idealista y además metafísico. "Al olvidarse de la realidad, se olvida con ellos del delincuente y de la defensa de la sociedad contra la reincidencia" (85). Es por ello que la pena al concebirla de una manera puramente racional, se quedará dentro de la cabeza de quienes lo pensaban y no voltearán los ojos a sus consecuencias sociales. Pero como dice Santiago Mir Puig, la escuela clásica no es pues, la principal responsable de la delincuencia del siglo XX, sino las consecuencias económico-sociales que trajo consigo el auge del maquinismo industrial. Ello no significa que el método racionalista y abstracto del clasicismo fuese adecuado a las nuevas concepciones políticas que la nueva situación social requirió.

Por otra parte, el nuevo estado social intervencionista partió de la necesidad de orientar a los medios políticos, a la consecución de fines prácticos capaces de modificar la realidad. En el terreno del delito se trataba de elegir los medios adecuados para combatirlo en cuanto concreto fenómeno empírico. La concepción puramente idealista del delito propia de la escuela clásica resultaba contradictoria con tal planteamiento, como es sabido Carranca consideró que uno de los pilares básicos de su contribución es rechazar la equiparación

---

(85) Op. Cit. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales p. 98.

del concepto real-social y el concepto jurídico del delito.

Sólo esto último que entendió existencia empírica como un puro ente ideal, había de constituir objeto de atención por parte de la ciencia penal. "Pero ha de reconocerse que, como los Códigos, seguimos en buena parte anclados en una perspectiva metódica considerablemente abstracta, sin duda herencia de los orígenes liberales de nuestra disciplina" (86).

#### b) ESCUELA POSITIVA

Nos señala Santiago Mir Puig, que "el ocaso de las concepciones filosóficas que sirvieron de base a la escuela clásica, nació una nueva corriente metodológica que iba a caracterizar a la escuela positivista" (87).

Abandonando pues al delito y a la pena como piedras fundamentales del derecho penal, sustituyéndolos por el delincuente y medidas de seguridad, hechan por tierra toda la estructura de la escuela clásica. "El libre albedrío que justificaba el poder punitivo, fué rápidamente substituido por el de responsabilidad social, posteriormente por el de temibilidad y por último por el de peligrosidad" (88). "En el

---

(86) MIR PUIG SANTIAGO, INTRODUCCION A LAS BASES DEL DERECHO PENAL. Concepto y Método p.p. 177-178. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 1982.

(87) Cit. Pos. IDEN p. 179

(88) IDEN. p.p. 183-184.

decenio de 1860 salió a la luz la obra de César Lombroso, llamada *L'uomo delinquente*, que es un punto de partida de la escuela positivista del derecho penal, nos dice Ricardo Abarca<sup>(89)</sup>. Porte Petit por su parte nos señala "como evangelista de esta escuela a los siguientes: Lombroso, con su orientación antropológica; Ferri, con su orientación sociológica y Garófalo, con su orientación jurídica. Sin embargo, hay quienes consideran un evangelista más de la escuela positiva, Fioretti"<sup>(90)</sup>.

Pero así como nuevos cambios económico-sociales y postulados filosóficos-jurídicos inspiraron la creación y surgimiento de la Escuela Clásica, así también surge la escuela positiva, pues como dice Bettiol, que "en oposición al racionalismo hasta entonces dominante, se fué afianzando en forma gradual la supremacía de la indagación experimental"<sup>(91)</sup>, y que lo que caracteriza a este movimiento es "haber destacado en forma sobresaliente el principio de causalidad, en sentido mecanista"<sup>(92)</sup>.

Sáinz Centro, nos señala, que "La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo experimental"<sup>(93)</sup>, el cual tiene como peculiaridad el partir

---

(89) Op. Cit. IUS Revista. p. 93.

(90) Op. Cit. PORTE PETIT. p. 41

(91) Op. Cit. BETTIOL GUISSERPE. p. 15

(92) IDEN. p. 15.

(93) Op. Cit. SAINT CENTERO. p. 138.

de "la observación de los datos particulares y de ellos se remonta a una proposición general que comprende, no sólo los supuestos observados, sino todos los demás que están con aquellos en relación de semejanza y comunidad" (94). Y la forma de trabajar para el positivista, "es partir de los datos objetivos que la experiencia ofrece, extrayendo conclusiones por inducción de la generalización de los hechos observados, mediante este método solo es posible formular proposiciones a posteriori" (95).

Resulta lógico afirmar, que al basar su estudio en observar los fenómenos, cambia toda la forma de concebir los postulados esenciales del derecho penal.

Luis Jiménez de Asúa, nos señala las principales características de esta escuela, afirmando: "El positivismo está caracterizado por estos principios enteramente opuestos a los que distinguían a los clásicos";

A) Método Experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que entender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto.

---

(94) IDEN. p. 129

(95) IDEN. p. 129

B) Responsabilidad Social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente.

C) El delito para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre.

D) Y la pena no debe ser un castigo sino un medio de defensa social (96).

Como observamos, el delito y la pena, son sustituidos por el estudio del delincuente y la medida de defensa social. En forma correcta Mir Puig precisa que "si el delito era un hecho perteneciente a la esfera de lo real-material, no podía sustraerse a las leyes que siguen en este ámbito, y una de ellas es la luz de la casualidad... El libre albedrío, piedra angular del clasicismo, de la fundamentación tradicional de la pena, por lo tanto de derecho de castigar, no podría admitirse como explicación científica del hecho criminal... Como sustitutivo se acudió a los conceptos de responsabilidad sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad... La responsabilidad social implicaba la necesidad de que el hombre, por el hecho de vivir en sociedad, es responsable de sus actos frente a la misma... Y de la misma forma en que el delincuente está determinado a delinquir, a sociedad lo está a defenderse

---

(96) Op. Cit. JIMENEZ DE ASUA, p.p. 51-52.



del delincuente... La formulación del concepto temibilidad permitió precisar la fundamentación expresada por medio de la responsabilidad social, sirviéndose como concreto módulo de graduación de la misma. La intensidad de la defensa de la sociedad había de depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayere en el delito. "Esto se expresó primero con el término de "temibilidad" y más adelante con el de "peligrosidad" (97), y así las medidas de defensa contra el delito afectó a la concepción tradicional de la pena... "Si el fundamento de la defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos no se basa ya en la culpabilidad, la pena, cuyo concepto es esencial a la idea de castigo por el hecho cometido, deja de aparecer como respuesta adecuada"... Todo ello condujo a la escuela positiva a reclamar la sustitución de la pena por medidas de seguridad" (98). Bettiol, al explicar la evolución de los conceptos de la escuela positiva, y después de decir que los clásicos con un marcado racionalismo, habían terminado por relegar al delito a una esfera astral, completamente apartada de la realidad natural donde ésta siempre se manifiesta, nos dice que César Lombroso, con una serie de concepciones que motivaron el surgimiento de la antropología criminal, pretendió encontrar la solución a la aparición del delito en un conjunto de anomalías de carácter orgánico del delincuente; "Ferri, con una orientación

---

(97) Op. Cit. JIMENEZ de ASUA, p.p. 51-52.

(98) IDEM. p. 184.

sociológica quiere encontrarlas en una anomalía del medio ambiente en el que le toca vivir al delincuente; que posteriormente quisieron penetrar también en el examen de los procesos psíquicos como causa generadoras del delito, llegaron a la conclusión de que el delito era el resultado de anomalías físicas, psíquicas o ambientales" (99). Termina concluyendo "si para los positivistas la libertad moral, vale decir, el libre albedrío, es una simple ilusión de nuestra conciencia y determinados antecedentes, es evidente que no existe justificación para las medidas alicectivo-represivas, o sea la pena, que supone la libertad de elección. Si la pena es un castigo, no puede castigarse a quien no obró con libertad sino que lo hizo porque así debía necesariamente actuar. La pena debe ser despojada de su significado tradicional, para transformarse en una medida que se ocupa precisamente de reprimir y de castigar, sino de prevenir, de actuar sobre aquellas condiciones anormales que impulsaron al sujeto a obrar, para que en lo sucesivo ya no pueda dañar" (100); "que por lo tanto al no ser la imputabilidad del reo lo que justifica la aplicación de una medida de seguridad o de una sanción criminal; al ser el delito un síntoma solamente, es por un tiempo indeterminado la sanción, porque no puede saberse a priori cuanto podrá durar la peligrosidad" (101).

---

(99) Op. Cit. BETTIOL GUISSIPPE. p. 21.

(100) IDEM.

(101) IDEM.

Es así como se ha podido observar, que según el método que se utilice, será la forma en que se obtengan los resultados, se conciban los conceptos y se obtengan posiciones. La escuela positiva, al utilizar el método experimental o deductivo, no mira la delito como un ente abstracto, sino como un fenómeno social; a la pena no la concebirá como la retribución o expiación, sino al ser el delincuente de quien emanan las conductas antisociales, que ofenden a la colectividad, será necesario defenderse de él ya sea antes de que se produzcan las lesiones a los intereses (medidas predelictuales), o bien, en forma posterior (medidas postdelictuales). Serán concebidas las sanciones penales como prevención especial, ya no serán penas sino medidas de seguridad. Por lo que respecta a la imputabilidad moral, basada en el libre albedrío como soporte de la culpabilidad y, ésta última, como medición de la pena, es sustituida por la llamada responsabilidad social, que tiene como fundamento la peligrosidad. Todo esto es la consecuencia del método que utiliza la escuela positiva.

No obstante lo anterior, las críticas han sido enormes, "Si bien Luis Jiménez de Asúa exclama que esta escuela fué en verdad una verdadera revolución" (102), nos dice que constituye "una tendencia que vivió apasionadamente medio siglo, que fulguró con inusitado esplendor y que hoy está en su más

---

(102) Op. Cit. JIMENEZ DE ASUA. p. 59.

extremo otoño" (103).

Celestino Porte Petit señala: "Es corriente afirmar que del positivismo no queda nada, o bien que evidencia solamente una tendencia" (104). Pero es Giuseppe Bettiol, quien hace las mas severas criticas al positivismo. Este penalista después de señalar que las conclusiones de los positivistas se caracterizan por los defectos de confusión entre los factores que influyen sobre el individuo, señala que cabe observar que la sociología criminal encontró terreno fértil a consecuencia de la aparición y difusión de la ideologías sociales y políticas derivadas de una concepción materialista de la historia, entendidas también en forma dialéctica. Que responden a la denominación común de marxismo.. en la raíz de la sociología criminal se encuentra la ideología que explica el delito en función del sistema capitalista culpable de impedir una justa distribución de la riqueza y responsable de perpetuar de esa manera, por la indigencia de los trabajadores, el fenómeno delictuoso... De esta manera pasan de un derecho penal que considera el hecho objetivo como único justificativo de la pena. De un derecho penal que juzga el hecho como simple indice de peligrosidad. Esto amplía indudablemente los poderes discrecionales del juez, con grave riesgo para la libertad del

---

(103) IDEM p. 48

(104) Op Cit. PORTE PETIT, p. 42.

individuo... La consecuencia lógica de ello se deriva, se traduce en la incompatibilidad de la concepción positivista del derecho penal con las exigencias de un estado que se inspira en principios políticos netamente liberales y que exigen una acentuada tutela de las libertades individuales. "Estos términos liberalismo y medidas de seguridad, lógicamente antitéticas, chocan también en el plano histórico, ante la desconfianza de los regimenes liberales por la introducción de aquellas medidas. Puede afirmarse que las medidas de seguridad no serán aceptadas por las legislaciones penales orientadas hacia la represión de los delitos, es decir, por las legislaciones típicamente liberales, porque una actividad preventiva del estado en el campo de la lucha contra la delincuencia, podría coartar el libre desarrollo de las actividades individuales... Admitir una intervención, aunque sea con fines preventivos significaría romper la barrera que separa al individuo del estado y reconocer a éste el derecho de regular a su modo la vida y la actividad de los particulares, que ya no serían valores independientes, sino subordinados, con lo cual, negándose como tales, se convertirían en simples medios para fines propios del estado" (105).

c) ESCUELA ECLECTICA O TERCERA ESCUELA

Escuela ecléctica, la lucha de escuelas no termina con la decadencia de la escuela positiva, continúa, tras la

contradicciones de ambas escuelas, con la aparición de una tercera escuela, escuela ecléctica o tercera escuela.

Para la tercera escuela dice Sáinz Centero; "el fundamento del derecho de castigar, rechaza tanto el principio de positivista de la responsabilidad social, como la imputabilidad moral, basada en el libre albedrío de los clásicos.

Ambos postulados son sustituidos por el determinismo psicológico..., el hombre esta determinado por el motivo mas fuerte..., con base en este presupuesto la "terza scuola, considera imputable al sujeto que es capaz de dejarse determinar por los motivos quienes no tienen esa capacidad no deben ser castigados con pena aunque que el ordenamiento juridico debe ocuparse de ello aplicándoles una medida de seguridad" (106).

Como se ve, resulta certero el pensamiento de Porte Petit, al señalar "La tercera escuela, escuela critica o escuela del positivismo critico, tiene su explicación precisamente por la pugna entre las escuelas clásica y positiva" (107).

Por su parte Mir Puig, nos enseña que "fundaron esta escuela Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, debiéndose al primero su

---

(105) Op. Cit. BETTIOLO GUISEPPE, p.p. 19-24.

(106) Op. Cit. SAINZ CENTERO, p.p. 140-141.

(107) Op. Cit. PORTE PETIT, p.p. 42-43.

designación. Su método fue expresión del carácter conciliador que la animó. La terza scuola quiso aunar a un método idealista de el clasicismo con el método naturalista del positivismo" (108).

Hoy en día casi la totalidad de los códigos modernos aceptan los postulados de esta escuela, como el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, de 1931. Este ordenamiento punitivo, si bien acepta el principio de culpabilidad (artículos 8 y 9 en relación al 25 del ordenamiento antes citado), determina que en el artículo 51, idem; que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito..., aceptando la peligrosidad (Capítulo V del Código Penal, libro Primero, tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad). Admite también los sustitutivos penales, creación de Ferri, (capítulo VI, Sustitución y conmutación de sanciones).

Se ha criticado esta escuela en este sentido, Porte Petit señala "La crítica enderezada a esta tercera escuela, estriba en sostener que no contiene características propias para formar una escuela" (109). Mir Puig expresa que "su eclecticismo no

---

(108) Op. Cit. SAINZ CENTERO, p.p. 140-141.

(109) Op. Cit. PORTE PETIT, p. 40.

determina innovación alguna en el objeto, no en el método atribuido a la ciencia juridico-penal. No hace mas que unir los dos objetos anteriormente elegidos, con sus métodos respectivos; al lado del Derecho Natural, racional o ideal, se coloca la realidad del delito y del delincuente como fenómenos empíricos, y junto al racionalismo idealista se introduce el método deductivo" (110).

Es interesante señalar, que lo que puso fin a la lucha de las escuelas como dice Sáinz Centero, fue sin duda "la dirección técnico-jurídica" (111). Siendo esta la interpretación y elaboración científica del derecho, sin unos postulados filosóficos-sociales determinados.

## II TEORIAS DE LAS PENAS

Es innegable que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de lo órganos colectivos como las relaciones de los mismos miembros del agregado social y las de éstos con los órganos colectivos. Si los hombres respetaran voluntariamente estas normas, el derecho penal sería innecesario; pero los hombres son constantes trasgresores del orden jurídico establecido y por ello junto al

---

(110) Op. Cit. MIR PUIG, p. 187.

(111) Op. Cit. SAINZ CENTERO, p.p. 146-147.



derecho constitutivo o sancionador, Forte Petit afirma: "el derecho penal es preferentemente constitutivo o autónomo a virtud de que acepta innumerables bienes jurídicos que no tutelán otras ramas del derecho, protegiendo en casos determinados bienes jurídicos a su vez tutelados por el derecho civil u otro ordenamiento, dando lugar a que pueda sostenerse que el derecho penal es por regla general constitutivo y por excepción sancionador; pero aún aceptando que en algunos casos proteja los mismos bienes que las otras ramas, el derecho penal lo hace desde un aspecto diferente a aquellos" (112).

Por otra parte es importante recordar que la norma penal tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad. La persona no puede vivir aislada en sí misma, para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa la comunicación con otras personas y de su auxilio.

En su palabra, "la existencia del ego supone necesariamente la existencia del altar, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia" (113). Pero esta convivencia no es ni mucho menos idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad

---

(112) Op. Cit. FORTE PETIT, p. 26.

con los demás, al mejor posibilidad de un desarrollo de la personalidad y de los medios necesarios para su supervivencia.

Como indica el mismo autor, para regular la convivencia entre las personas se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer por encima de todos sus instintos; existe el principio de la realidad representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. La regulación de la convivencia supone, por consiguientes, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. La convivencia se regula por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan, por las razones que sean, muchas veces se frustran surgiendo entonces el problema de como pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida de que estas frustraciones sean inevitables, de como pueden canalizarse, para asegurar la

---

(113) MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Introducción al Derecho Penal. p. 11. Edit. Bosch, Barcelona 1975. p.p. 11-34.

convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una perspectiva y la consiguiente reacción frente a esas frustraciones, y agrega que, la imposición de una sanción se lleva a cabo primariamente a nivel social. En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionará de algún modo, segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc. Los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha demostrado por si solo como insuficiente, para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conducta humana mas preciso y riguroso. Nace así secundariamente la norma jurídica que a través de la sanción se propone, conforme a un determinado plan, dirigir y desarrollar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el ordenamiento jurídico; Titular de este orden jurídico es el estado, titular del orden social es la sociedad. "Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo justificado sólo en tanto sea medio necesario para posibilitar la convivencia" (114).

"A menudo basta una sanción de índole privada; la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización de daños y

---

(114) MURDZ CONDE. Op. Cit. p.p. 12-13.

perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el estado se ve la necesidad de acudir a formas coactivas más energicas y la pena se impone" (115).

La pena consiste, según Rodríguez Davesa en "la privación o restricción de bienes jurídicos establecidos por la ley y aplicada por los órganos jurisdiccionales competentes" (116).

Hasta ahora la inmensa mayoría de los autores están de acuerdo en afirmar y reconocer que la sociedad tiene derecho a reprimir ciertos actos que dañan o puedan dañar su existencia. Para la sociedad de hoy, la pena aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente.

#### a) TEORIAS ABSOLUTAS

Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan solo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objetivo trascendente; se castiga porque se ha delinquido. La pena es justa en sí; con independencia de la utilidad que de ella puede derivarse. La sanción es cura y simplemente la consecuencia jurídica de un delito. Según estas teorías, el fin de la pena es la retribución, la explicación del delito

---

(115) Cfr. Op. Cit. JIMENEZ DE ASUA, p. 113.

(116) RODRIGUEZ D. VESA. Derecho Penal Español., parte general. Edit. Bosch. Madrid. 1973. p. 732.

cometido. Las teorías absolutas tienden sólo el sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin, para ellas el sentido de las penas radica en la retribución, imposición de un mal por un mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena. "La pena es pues la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como necesidad ética, como imperativo categórico al modo como la entendió Kant, bien como necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho, como concebía Hegel" (117). Mezger, opina "que la justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración que la pena constituyen un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. Como negación de la negación del derecho, es de tal manera hasta el presente un instrumento indispensable de la afirmación del derecho, no es un problema jurídico sino meta-jurídico, la pena es un mal y precisamente no solo para la persona que lo sufre, sino también para el que la impone y para el que la hace cumplir, el que ha pesar de ello sea justificada, se puede deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal aún mayor que el mal que la propia pena encierra en sí; con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado consiste en la conservación de una comunidad social humana y en el fortalecimiento del orden jurídico indispensable para tal comunidad. Las teorías

---

(117) Op. Cit. MUGOZ CONDE, p. 34.

absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento "a priori", el cual existe independientemente de los fines de la pena, esto es en sentido "absoluto" frente a estos". (118)

## RETRIBUCION

La concepción mas tradicional de la pena ve en ella la retribución exigida por la justicia por la comisión de un delito. Es la teoría retributiva, responde a la arraigada convicción de que el mal no puede quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra según este punto de vista, en la realización de la justicia impidiendo la autojusticia o que la injusticia triunfe. La pena no carece entonces de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de la protección de la sociedad sino como exigencia ética derivada del valor justicia. "La ley penal, decía Kant en la metafísica de las costumbres, es un imperativo categórico". Su necesidad no procede de su posible consecuencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad, sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe

---

(118) HEZGER EDMUNDO. DERECHO PENAL, Parte General. Libro de estudio. p.p. 379 y 381. Cárdenas Editor y Distribuidor, S.A. México, 1985.

imponerse si lo exige la justicia" (119).

Jescheck enseña que "el sentido tradicional de la pena es la idea de la retribución. La retribución fué originalmente una reacción cargada de fuertes connotaciones emotivas y puramente negativas hacia el delito. Sin embargo, el concepto de retribución ha experimentado a partir de la ilustración en el siglo XVIII, un profundo cambio. Retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable de acuerdo con el principio de la justicia retributiva "quia peccatum est", y agrega: "La retribución por tanto no tiene nada que ver con la venganza, con oscuros sentimientos de odio o con reprimidos instintos agresivos de la sociedad; la retribución es un principio proporcional. De acuerdo con la idea de la retribución, el delito cometido es causa y medida de la pena, que a su vez, es la respuesta al delito y debe adaptarse al grado de injusto y de culpabilidad, es decir, adecuarse a su naturaleza y gravedad (principio de culpabilidad)" (120).

La idea de retribución se apoya en tres presupuestos. "El primero es la facultad del estado de dar al culpable, con la pena, aquello que merece, sólo puede justificarse, si se

---

(119) Cfr. A. Kant. LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES, en donde formula el significativo y famoso ejemplo de una isla cuya población decide disolverse y dispersarse por el mundo, en cuyo caso, según Kant, aunque resulta de todo inútil para el futuro de una Sociedad que ya no tiene futuro, debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente para que todos comprendieran el valor de los hechos. Edit. Porrúa. México 1985 p.p. 455.

(120) Op. Cit. JESCHECK, p.p. 92-93.

reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente. El segundo presupuesto de la retribución es que exista culpabilidad, y que ésta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad. La idea de retribución supone en tercer lugar que, en principio, es posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad" (121). Mezger nos dice, que "El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser, para la existencia de la comunidad y de ordenamiento jurídico, sin más, indispensable y por consiguiente adecuada al fin de la conservación de una y otro" (122). Finalmente Mir Puig argumenta que "Proclamar la función retributiva de la pena supone entender que la finalidad esencial de ésta se agota en el castigo del hecho cometido". Esta fue la posición defendida, desde perspectivas diversas, por Kant y Hegel. El primero cambió la pena como "imperativo categórico" y con tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria; la pena no se funda en que sirva a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es "fin en sí mismo", no puede instrumentarse en favor de fines preventivos

---

(121) IDEN. p. 93

(122) Op. Cit. MEZGER, p. 379.



ajenos a la proporción con el mal causado. Para Hegel, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello hace posible la coexistencia democrática de todos los grupos sociales y debe renunciar a imponer coactivamente exigencias meramente éticas, como la justicia y limitarse a evitar la puesta en peligro de los bienes sociales.

Se añade además otra consideración que se estime decisiva. El hombre no es libre de las condiciones en que le toca vivir, ni puede elegir su forma de ser individual, ni siempre le es posible escoger un medio social distinto al que le rodea. El delincuente que no encuentra en sí mismo la fuerza suficiente para resolver su vida sin infringir la ley en un contexto social desigualmente inferior, no actúa en las mismas condiciones que quien tiene la suerte de nacer y vivir con una personalidad dotada de mayores recursos o en un medio socio-económico más privilegiado. ¿Puede decirse que la justicia exige el castigo de tal delincuente?. La concepción retributiva de la pena presupone un modelo idealista de hombre absolutamente libre de la determinación de los factores reales de desigualdad individual y social. El descubrimiento del hombre "real", situadas en unas concretas circunstancias que le condicionan, que es lo característico del pensamiento científico, inválida aquella imagen abstracta del hombre propia

del idealismo. El postulado de igualdad de todos los hombres tropieza ante la evidencia de la desigualdad real que caracteriza nuestra existencia. La inmensa mayoría de los delinquentes pertenecen a las clases sociales desfavorecidas, por lo que se ha llegado a decir, que el derecho penal es el derecho de los pobres, por ser precisamente aquellos a los que se aplica. ¿Puede pretender que el delito producto de esta desigualdad debe castigarse porque así lo reclama la justicia?

La concepción retributiva de la pena encierra, sin embargo, una parte que hoy se estima positiva incluso por quienes no comparten aquel punto de partida. Me refiero a la limitación que dicha teoría impone a la pena; La retribución se opone a que se castigue mas allá de la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad). Este límite constituye un progreso que no puede ni debe abandonarse. Por otra parte, también se tiene el sentido de requerir en principio que los hechos más graves se castiguen con mayor pena que los menos graves, de suerte que se mantenga una cierta proporcionalidad entre el delito y la pena, sin perjuicio de que en el caso concreto pueda resultar aconsejable la rebaja o la renuncia de la pena. Pero estos principios deben concebirse como límites exigidos no por una discutible necesidad de justicia, sino precisamente, por la concepción opuesta de la pena: La teoría de la prevención.

#### EXPIACION

"De la retribución -nos dice Jescheck- debe distinguirse

expiación. La expiación es una contribución personal moral del condenado que le confirma la necesidad de la pena y lo hace recuperar la propia libertad moral. La expiación no puede ser forzada por la pena, no obstante debe possibilitarse por el estado e incluir el compromiso de la sociedad de que el autor con la aceptación de la pena se reconcilie con ella" (123). Sauer indica que "la retribución se anuda a la dimensión objetiva del delito, dañoso a la sociedad, esto es en el acto injusto; por el contrario la expiación se refiere más al elemento subjetivo, ético socialmente reprochable, del delito, esto es la voluntad culpable del autor, y agrega, que la tarea de la elevación más rigurosa de los deberes unidos al menoscabo de los bienes jurídicos, reparar el injusto grave y expiar la culpabilidad y además también en cuanto sea posible, asegurar a la comunidad estatal contra el injusto y actuar "intimidar" mejorando adecuadamente al autor y a los otros miembros de la comunidad jurídica" (124).

La característica común de las teorías absolutas fué y sigue siendo el concepto de justicia, de retribución del mal por el mal. Estas teorías se basan en funciones y mitos, así como en una concepción del hombre totalmente desacreditada por la ciencia moderna; El hombre razonable del siglo XVIII moralmente libre y responsable de sus actos, etc. En la realidad no

---

(123) SAUER, DERECHO PENAL, Parte General. Bosch Casa Editorial, Barcelona 1956, p.p. 18-132.

(124) IDEN, p.p. 18-36

existe un tipo abstracto e inmutable de hombre. La ciencia criminológica sólo conoce y trata individuos diferentes entre sí y sometidos a múltiples determinismos endógenos y sociales.

Para Kant, la pena es un imperativo categórico de la razón práctica siendo su base la retribución moral. Sin embargo, no es seguro que la moral prevenga únicamente de la razón. Los estudios recientes sobre la psicología de las actitudes morales han demostrado que las reglas morales se restauran en el niño bajo la forma de conductas impuestas por la amenaza. Por consiguiente, el origen de la moral fundamentalmente social. Podemos preguntarnos además si existen en el hombre dos tipos de conductas morales procedentes de fuentes distintas. Bergson ha hablado de moral cerrada y abierta y Piaget distingue entre conducta moral heterónoma (basada en el respeto unilateral del niño hacia el adulto) y autónoma (fundada en el respeto mutuo entre el individuo y el grupo). En tales condiciones, el imperativo Kantiano sólo será categórico con respecto a uno de estos tipos de moral.

También constituye una función ver en la pena la eliminación jurídica y moral de la infracción, y en la aplicación de la misma el restablecimiento automático y compensador del orden público lesionado por el delito. Lo que existe realmente no puede ser suprimido o compensado por una operación abstracta. La pena sólo tiene real significado mediante su aplicación

efectiva e individualizadora. Por otra parte, la justicia pura no debe ser uno de los objetivos de la sanción, ya que ningún sistema penal a podido, puede ni podrá aplicarla totalmente.

**b) ANALISIS DE LAS DISTINTAS TEORIAS RESTRINGIDAS PREVENTIVAS  
O RELATIVAS A LA PENA**

Las teorías relativas, atribuyen a la pena un fin independientemente, señalándole su objetivo político y utilitario. Se castiga "ut ne peccetur", para que no se delinca, y la pena se impone por que es eficaz teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

Las teorías preventivas restringidas o relativas constituyen la alternativa a la retribución. La pena no responde a una exigencia de justicia, sino que se haya legitimada sólo como medio de prevención de delitos. No se castiga para restablecer un sistema de valores, sino para evitar la realización de conductas que se estimen indeseables. Si la retribución mira hacia el pasado y se agota en el castigo de lo hecho, la prevención mira al futuro y persigue inhibir mediante la conminación de la pena la comisión de delitos. Importa subrayar no obstante desde un principio, que la diferencia existe entre retribucionismo y prevenciónismo no se refiere al concepto de pena, sino a su función y legitimación de esta, no mira a lo que es la pena, sino a lo que sirve y justifica su ejercicio. El concepto de pena está por encima de esta polémica

doctrinal. Nadie puede negar que la pena es un mal que se impone como consecuencia de un delito. La pena es sin duda, un castigo. Aquí no valen eufemismos, y también la teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena. Ahora bien, una cosa es lo que sea la pena y otra distinta cuál sea su función y lo que legitima su ejercicio. En el segundo se contraponen las concepciones retributivas y preventiva.

Los retribucionistas creen que la pena sirve a la realización de la justicia y que se legitima suficientemente como exigencia de pagar un mal con otro mal, o como vulgarmente se decía, "El que la hace la paga". Los prevencionistas estiman, en cambio, que el castigo de la pena se impone para evitar la delincuencia en la medida de lo posible y que sólo está justificado el castigo cuando resulta necesario para combatir el delito.

Retribución y prevención suponen, pues, dos formas distintas de legitimación de la pena. El estado social y constitucional, sólo puede privar al ciudadano de sus derechos más fundamentales a través de una pena cuando ello resulte absolutamente necesario para proteger a la sociedad y a los demás ciudadanos. En nuestro sistema actual social, fundamentalmente desigual la pena, no podrá presentarse como justa en el sentido de la retribución, pero podrá pese a todo, resultar necesaria para frenar la comisión de hechos socialmente dañosos. Ciertamente que la prevención penal pueda

también ponerse al servicio de unos intereses minoritarios y hasta convertirse en mecanismos de terror penal. Las dictaduras acuden siempre a la pena como instrumento de prevención de las conductas que las ponen en peligro. Esto significa que la prevención no legitima por sí sola. Todo depende cuales sean los hechos que son objeto de la prevención y de los límites de la misma. Pero una cosa sigue en pie; Mientras que la retribución nunca pueda ofrecer una legitimación válida de la pena, la prevención legitimará la pena cuando se ejerza en la forma adecuada. En la actualidad, la izquierda propugna por el castigo de la gran delincuencia económica, con el objeto de convertirla en cuanto factor de enriquecimiento de unos cuantos a costa de la gran mayoría del pueblo. Esta clase de prevención penal así legitimaría el empleo de la pena a los ojos del estado democrático. Esto mismo habría que decir de la prevención dirigida a evitar delitos contra la vida, etc.

Jescheck nos dice, que "la idea de prevención conduce a conclusiones que en parte son expuestas a las de la retribución. Desde un consecuente punto de vista preventivo, el problema de la culpabilidad puede permanecer, en el fondo, sin solución, pues lo único que interesa es la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la comunidad. El estado ataca la inclinación al delito con penas que, según, su clase y gravedad deben hacer posible una intervención enérgica sobre el condenado. El delincuente no recibe lo que merece por

su culpabilidad, sino que necesita para su resocialización según la idea de la prevención, la pena es un medio para prevenir futuros delitos "ne pœdetur". El delito no es causa, sino motivo de castigo, evidenciando que la intervención del estado es necesaria porque existen síntomas de un estado peligroso. Igualmente la idea de la prevención, no la gravedad de la culpabilidad, determina la clase y magnitud de la pena. Lo mismo que la retribución, también la prevención parte de tres presupuestos inminentes. El primero es la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, un pronóstico del comportamiento humano futuro. El segundo, es que la pena se adecúe a la peligrosidad con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo. El tercero, es el que a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que hay en la pena y especialmente a través de la labor sociopedagógica durante la ejecución de la pena, puede ser combatida eficazmente la tendencia hacia la criminalidad que hay no sólo a los jóvenes, sino también a los adultos. A ello se añade todavía un ulterior factor, en el que se unen retribución y prevención también la prevención necesita para justificarse la certeza de que el estado está legitimado para adoptar, a través de la coacción penal, los delincuentes peligrosos a las pautas rectoras dominantes en la sociedad. Con ello, se supone que éstas puntas también tienen valor moral y de este modo coinciden los puntos de partida de ambos sistemas en sus ideas fundamentales, en tanto, que la resocialización significa algo



más que mera coacción, a la obediencia externa. La concepción moral de la labor que tiene que cumplir la administración de justicia penal, forma así un puente entre la retribución y prevención" (125). SAUER comenta, que "las llamadas teorías relativas, mejor llamadas teorías del fin, de la protección o de la prevención no se preocupan como aquellas (teorías absolutas) del pasado, sino del porvenir Pinieter, guia peccatum est, sino: Punitiur, ne peccetur", (126). Muñoz Conde dice "Las teorías relativas atienden el fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teoría de la prevención general" (127).

Las teorías relativas pueden clasificarse en dos grupos: el más considerable es el que asigna a la pena el fin de prevenir delitos futuros (teorías preventivas); el otro está formado por la doctrina que pretende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado (teorías reparadoras); las teorías preventivas se dividen a su vez en General y Especial.

#### b. 1) PREVENCIÓN GENERAL

Indica Sauer, que "la intimidación de todos los miembros de la comunidad jurídica por la amenaza de la pena o también por el castigo del particular. Esta concepción será desde Feverbach

---

(125) Dg. Cit. JESCHECK p.p. 93-94.

(126) Dg. Cit., SAUER p.p. 18-19

(127) Dg. Cit., MUÑOZ CONDE, p. 34

muy sustentado en especial en los tiempos políticos y socialmente inseguros; así, fue utilizada con frecuencia en Alemania desde 1933. Habla contra aquella que exige del legislador y del juez penas muy altas que sobrepasan a menudo la medida de la culpabilidad, que incluso entonces la amenaza penal permanece ineficaz frente al delincuente grave y esta más seguro que nunca de no ser descubierto. "El defecto ético-social de estas teorías es que alguien sufra injustificadamente penas elevadas sólo para que produzcan efectos en otros" (128). Mezger, opina, que "en la teoría de la coacción psicológica de Feberbach, que aparece con claridad el concepto de prevención general, esto es, el fin que la pena tiene (bajo la forma de conminación) en el sentido de prevención en general de los delitos" (129). Mir Puig es de parecer, que la prevención general, en un sentido moderno es defendida por Feberbach, y también por Filangieri y Bentham, la prevención general supone la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. Antes de Feberbach ello se confiaba sobre todo la ejemplaridad de la ejecución a menudo brutal de la pena. El iniciador de la moderna ciencia penal alemana se fijó en cambio, en otro momento: en el de la conminación penal en la ley. Para Feberbach, en efecto, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan.

---

(128) *Op. Cit.*, SAUER, p. 19.

(129) *Op. Cit.*, MEZGER, p. 384.

"Esto es, opera como "coacción psicológica" en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena solo tiene, sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza penal" (130).

Nosotros consideramos que las teorías que persiguen la prevención general, utiliza la pena en referencia a la colectividad; la pena debe de tratar de impedir que los individuos, considerados en su conjunto, caigan en el delito, mediante la intimidación de las sanciones conminadas en leyes.

Por otra parte, la prevención general puede manifestarse por la vía de la intimidación de los posibles delincuentes o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. En el primer sentido la amenaza de la pena persigue crear un temor que sirva de freno a la posible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes. En el segundo sentido, como afirmación del derecho, la prevención general persigue más que la finalidad negativa de la inhibición, la internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos, y por otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes. El distinto significado de ambos aspectos de la prevención general se advierte ante ejemplos como el siguiente: La

---

(130) Cfr. Op. Cit., JESCHECK, p.p. 94 - 95.

sustracción de un vehículo de motor con ánimo de uso constituye un hecho que en determinados momentos resulta excesivamente frecuente. La prevención general de esta clase de hechos podría llevar a la imposición de las más graves penas en orden a intimidar a los posibles delincuentes. Sin embargo, a ello se opondría el otro aspecto de la prevención general, el que atiende a la satisfacción del sentimiento jurídico de la sociedad, y puesto que el uso indebido de un vehículo de motor no constituye un hecho que sea sentido como de enorme gravedad y merecedor de penas previstas, por ejemplo, para delitos como el homicidio. La imposición de penas tan graves, tal vez cumpliría la primera función indicada de la prevención general, la intimidación, que tendría un efecto contraproducente, de sublevaración de las conciencias en contra del Derecho, negativo en definitiva en orden a la segunda función, que debe cumplir también la prevención general: La afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva.

De ahí, pues, un primer límite que la prevención general encuentra en sí misma. La gravedad de las penas tendientes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho. Dicho límite impediría también, viceversa, dejar de castigar o señalar penas infimas a delitos gravísimos, cuando precisamente, por su alta reprobación social se cometen muy poco y no se requieren ya una intimidación penal

adecuada a su gravedad. Piénsese por ejemplo, en el parricidio. La conciencia colectiva no admitiría que el parricidio no se castigase o se castigue con una pena de multa por el argumento de que se comete poco. Por otra parte, la exigencia de la proporcionalidad, se desprende también de la conveniencia de resaltar lo más grave respecto de las menos graves en orden a frenar en mayor grado delincuente tendrá así motivos para evitar la forma más gravemente penada de alcanzar su propósito, (así, por ejemplo, procurará no matar a la víctima de un robo, cosa que no tendría porque no hacer si las penas fueran igualmente graves con muerte que sin ella). Veamos en todo caso, que el único aspecto positivo de la retribución, la exigencia de proporcionalidad, se mantiene en pie aún prescindiendo de la retribución y todos sus inconvenientes, por la propia lógica de la prevención general. En cambio esta forma de fundamentar la proporcionalidad ofrece la ventaja de relativizar y racionalizar su necesidad de modo que será posible, llegado el caso, prescindir de la proporcionalidad si excepcionalmente lo permiten todos los aspectos de la prevención. Sólo así se podría aceptar la renuncia a la pena, o sustitución o rebaja considerable cuando sea posible o necesario; este es uno de los más importantes problemas de derecho penal del presente y del futuro.

## b. 2) PREVENCIÓN ESPECIAL

Las teorías que pretenden el logro de la prevención

adecuada a su gravedad. Piénsese por ejemplo, en el parricidio. La conciencia colectiva no admitiría que el parricidio no se castigase o se castigue con una pena de multa por el argumento de que se comete poco. Por otra parte, la exigencia de la proporcionalidad, se desprende también de la conveniencia de resaltar lo más grave respecto de las menos graves en orden a frenar en mayor grado delincuente tendrá así motivos para evitar la forma más gravemente penada de alcanzar su propósito, (así, por ejemplo, procurará no matar a la víctima de un robo, cosa que no tendría porque no hacer si las penas fueran igualmente graves con muerte que sin ella). Veamos en todo caso, que el único aspecto positivo de la retribución, la exigencia de proporcionalidad, se mantiene en pie aún prescindiendo de la retribución y todos sus inconvenientes, por la propia lógica de la prevención general. En cambio esta forma de fundamentar la proporcionalidad ofrece la ventaja de relativizar y racionalizar su necesidad de modo que será posible, llegado el caso, prescindir de la proporcionalidad si excepcionalmente lo permiten todos los aspectos de la prevención. Sólo así se podría aceptar la renuncia a la pena, o sustitución o rebaja considerable cuando sea posible o necesario; este es uno de los más importantes problemas de derecho penal del presente y del futuro.

## b. 2) PREVENCIÓN ESPECIAL

Las teorías que pretenden el logro de la prevención

especialmente emplean la pena como única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo. Las teorías relativas más modernas señalan varios fines a la pena: intimidación, la corrección y la inocuización.

Muñoz Conde comenta: que "las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en aportar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento. Su principal representante fue Franz Von Liszt, quien consideró al delincuente como objeto central del derecho penal y a la pena como institución que se dirige a su corrección o aseguramiento" (131). Sauer opina que la prevención especial es "prevención del delito por actuación sobre el autor mismo. Sobre esta concepción descansa la moderna política criminal. Prueba su eficacia en el más alto grado en la aplicación de la pena especialmente en las penas privativas de libertad. En esto encuentra su límite por lo tanto, su unilateralidad y su defecto. No ofrece el juez en la medición de la pena ningún punto de apoyo y no le ofrece tampoco referencias de valoración adecuadas" (132). Jescheck, por último indica, "Mientras la prevención general, prevención especial o individual se dirige al condenado mismo, que a

---

(131) *Op. Cit.*, MUÑOZ CONDE, p.p. 34 - 35.

(132) *Cfr. Op. Cit.*, MIR PUIG, p.p. 67 - 71.

través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado y educado para que se adapte a las ideas sociales dominantes de la comunidad. Si la pena privativa de la libertad llega a ejecutarse, su cumplimiento debe estar inspirado por la imagen rectora de la resocialización, formando intelectualmente, profesional y técnicamente al penado, reforzando su sentido de la responsabilidad e invitándolo a que coopere activamente en el establecimiento penal. El periodo de privación de la libertad sirve también para asegurar a la sociedad frente al delincuente peligroso. Ultimamente se viene considerando cada vez con mayor escepticismo la posibilidad de un efecto pedagógico verdaderamente eficaz en el establecimiento penal, tras el poco éxito obtenido en aquellos países que se han esforzado por intensificar el sistema penitenciario.

(U.S.A., Países Escandinavos, Holanda).- "A la prevención especial sirve más eficazmente la condena condicional sobre todo si va acompañada de una asistencia social planificada e intensiva para el condenado" (133).

También la prevención especial (la dirigida al condenado) se persigue en distintos sentidos, según la forma en que incida en el delincuente. Desde que Von Liszt propusiera en 1833 su célebre programa de "Habsburgo", se distinguen los tres aspectos siguientes: la advertencia, la resocialización y la

---

(133) Op. Cit., JESCHECK, p. 95.



inocuidad. Frente al delincuente ocasional la prevención especial exigía solo la advertencia que implica la imposición de la pena. Para el delincuente habitual corregible sería la resocialización mediante la aplicación de un tratamiento destinado a obtener su corrección; por último, para el delincuente incorregible la única forma de alcanzar la prevención especial sería inocuizarlo, así evitando el peligro mediante su internamiento asegurativo. El efecto de advertencia se designa a veces como "intimidación especial", para expresar que se designe sólo al delincuente y no a la colectividad como a la intimidación que persigue la prevención general. La resocialización adopta a veces modalidades especiales; así, como tratamientos educativos o como tratamiento terapéutico para sujetos con anomalías mentales.

### b. 3) TEORIAS DE LA UNION, MIXTAS O ECLECTICA.

Tras la aparente irreconciliación de las teorías absolutas y relativas, se defienden actualmente una postura media que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base pero añadiendo también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales.

En otros términos, las teorías mixtas o de la unión tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil, el concepto de retribución con el fin

utilitario.

Las teorías eclécticas (o de la unión) -nos dice Jescheck- intentan medios entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adicción de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante, siempre desarrolla la totalidad de sus funciones; así que lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en la relación equilibrada (método dialéctico) aunque, en caso de que se presenten las "antinomias de los fines de la pena", haya que inclinarse por uno u otro principio. Así, por ejemplo, se une la prevención general con la justa retribución de acuerdo con la experiencia de que únicamente la pena limitada en su gravedad por la culpabilidad puede tener eficacia intimidatoria en sentido sociopedagógico. Igualmente la retribución no se entiende nunca simplemente como humillación del condenado, sino siempre como una intervención lo más moderada posible, que debe reconciliar al delincuente, cuya culpabilidad se compensa proporcionalmente, con la comunidad. Y así también debe toda la pena configurarse de tal modo que pueda tener un efecto resocializador siempre que este efecto sea posible y necesario; ya para poder cumplir este fin puede reducirse el marco penal correspondiente al grado de culpabilidad sin que, desde luego, la pena pierda su relación con la culpabilidad que es su fundamento. Por el contrario la pena correspondiente al grado de culpabilidad nunca debe ser

agravada por razones de prevención general o especial. "Las teorías eclécticas se caracterizan pues, por una concepción pluridimensional de la pena, que se asienta en la idea de la retribución, pero que no se limita a ella" (134). Mezger, dice que "la pena es la imposición de un mal proporcionado al delito cometido y por consiguiente, retribución de un mal. También la retribución como elemento del castigo querido, se convierte así en el fin que la pena persigue. Además hay que tener presentes la prevención general y especial que constituyen fines especiales de la pena. No es cierto lo que se ha dicho a veces, con exageración doctrinaria, de que estos tres fines de la pena se contradicen mutuamente, al contrario; una retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la comunidad y por ello ya actúa de por sí en sentido pedagógico-social y preventivo general y a la vez, sobre el individuo en forma de educación y preventiva especial, de ahí que estos tres fines de la pena se mueven en la misma dirección y se auxilian mutuamente" (135).

En la actualidad parece necesario conciliar la prevención especial y general en un modelo integrado. El problema es con resolver las contradicciones que se plantean entre la prevención especial y general. Un ejemplo ilustra lo sostenido; el asesino de su único enemigo puede no encerrar

---

(134) IDEN, p.p. 103 - 104.

(135) Op. Cit. E. MEZGER, p. 377.

peligrosidad en el futuro. Para la prevención especial lo indicado puede resultar dejarlo en libertad; pues la vida carcelaria en especial, al contacto con otros delincuentes no tendría sentido, puesto que no varía el fundamento de la pena en su posible utilidad, sino en una exigencia de la justicia. En cambio, para una concepción prevencionista, de la respuesta a la cuestión planteada depende de la legitimidad del uso de la pena.

Pues bien, la pena aparecerá como mecanismo adecuado para garantizar la seguridad ciudadana en la medida en que:

- A) No resulte ineficaz y,
- B) No existen otros medios tanto o más eficaces que aparezcan como preferibles.

## **CAPITULO QUINTO**

**I        ETAPAS PROCEDIMENTALES**

**II       ETAPAS DE JUICIO**

## CAPITULO QUINTO

### I. ETAPAS PROCEDIMENTALES

El objeto del procedimiento penal es el establecimiento de la verdad, ésta es la base del juicio sobre el acto delictivo y su autor, o sobre el hecho de que no ha tenido lugar en absoluto ningún delito.

Mientras la disciplina del derecho procesal penal estuvo representada sólo por glosadores, practicantes y comentaristas, no podría hablarse de teoría ni dedicarse ninguna reflexión al problema del conocimiento judicial y la verdad a un nivel teórico. Fue en la segunda mitad del siglo XVIII cuando comenzó la lucha regular contra los procedimientos inquisitoriales y por la abolición de la tortura corporal, planteándose así la pregunta: ¿Cuál es el camino que conduce a la verdad en el procedimiento criminal? ¿Es posible llegar en todo caso, arribar a esa verdad? Fue en éste siglo cuando se iniciaron estudios sistemáticos sobre las cuestiones del conocimiento y la verdad en la disciplina del derecho procesal penal. El movimiento que sentó las bases para ésta disciplina, fue iniciando por Voltaire, Beccaria, entre otros.

El enjuiciamiento de los tribunales penales constituyen un acto de extrema importancia en la administración de justicia: los objetivos del derecho penal y la sanción -la protección de la

sociedad y la educación intelectual y moral para el cumplimiento de la ley-, son realizados por estos tribunales. El tribunal, en su enjuiciamiento, bien puede encontrar culpable al procesado y aplicarle una pena, o absolverle si es declarado inocente, o si no se prueba su culpabilidad.

La decisión del tribunal respecto a la culpabilidad y la pena, o a la absolución, se basa en hechos que tienen que ser establecidos. Una sentencia sólo puede ser legal y justa si los hechos son verdaderamente establecidos; en consecuencia, podemos afirmar, que la verdad verdadera o la verdad conocida, pasará a ser a través de la búsqueda procesal, la verdad legal.

Los enjuiciamientos criminales deciden el destino de los hombres o al menos, interfieren poderosamente en su desarrollo. Todo lo que podemos esperar de las decisiones judiciales verdad, certeza, encuentro de un valor de probabilidad, y todo lo que pensamos de ellas, se convierte en una cuestión de importancia social.

La fijación de las sanciones, que se hace análogamente al señalamiento de los delitos, de una manera abstracta y general, no logra por si sola ninguna finalidad práctica, pues para ello es necesario que la amenaza se traduzca en realidad, en los casos en que el mundo histórico aparece la comisión delictuosa, pues sólo de esta manera (aplicando las sanciones), se logra que los que no han cometido delito por temor a la pena, no los

realicen (prevención general) y que los infractores, por haber sufrido la sanción, temerosos de un nuevo castigo, no vuelvan a cometer delitos (prevención especial).

Así pues, el estado en su preocupación por lograr la armonía social, no constriñe su actividad en el quehacer de los supuesto normativos abstractos, denominados delitos, sino que intenta que éstos tengan proyección histórica al hacerlas realidades en los casos concretos determinados, resolviendo si una conducta encuadra en alguna definición prohibitiva, para aplicar las medidas correspondientes, tal aplicación debe ser resuelta por la autoridad competentes, y obedeciendo a una serie de etapas o actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos.

Lo anterior nos lleva a los siguientes elementos:

a) Un conjunto de actividades, b) Un conjunto de preceptos, c) Una finalidad.

a) El conjunto de actividades se compone de todas las acciones realizadas por las partes que en concreto intervienen para que se determine la aplicación de la ley punitiva a un caso particular.

b) El conjunto de preceptos se integra con las reglas que se dicta el Estado para regular las actividades anteriores y en



su totalidad constituyen lo que puede llamarse el derecho procesal penal.

c) Por último, la finalidad buscada se ubica en reglamentar las actividades a que nos hemos referido, a efecto de lograr la aplicación de la ley al caso concreto, es decir, declarar la vinculación entre el "ser", y el "debe ser", contenido en la ley material, pudiendo esta declaración comprender los siguientes casos:

1.- Se declara que al "ser" delito, se vincula el "debe ser" sanción.

2.- Se declara que al "ser" delito con excluyente de responsabilidad, se vincula la consecuencia jurídica de la no penalidad;

3.- Se declara que al "no ser" delito, se vincula la no penalidad.

Para mayor abundancia sobre el particular, citaremos una definición del "derecho procesal": Juan González Bustamante manifiesta que -El procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal. La definición descrita comulga con lo que a nuestro parecer

debe entenderse por Derecho Procesal.

Ahora bien, para estar en condiciones de ubicar la etapa de juicio, dentro del procedimiento penal mexicano, citaremos brevemente y en forma doctrinaria y pragmática, cada una de las que lo componen.

- La etapa de averiguación previa, entendida ésta como la realización por parte del órgano investigador, de todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. Esta etapa comienza con el conocimiento por parte de la autoridad investigadora, de la realización de un hecho delictuoso; y concluye con la puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional.

- El período de preinstrucción, el cual inicia con la puesta a disposición ante el juez de la causa, dictándose por tal razón un auto de radicación y sujetándole a plazo constitucional; concluyendo con la resolución que pone fin al mencionado plazo constitucional.

- El de instrucción, el cual comienza con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y tiene por objeto el hacerse llegar de las partes, las pruebas necesarias para demostrar sus aseveraciones o pretensiones, y terminando con el auto que precisamente pone fin a dicho período.

- El periodo preparatorio de juicio, principia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia de juicio. Este periodo tiene como finalidad en que las partes precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, que el representante social precisa su acusación y el inculpado su defensa. El contenido de este periodo se encuentra en la formulación de las llamadas "conclusiones", los escritos en que cada una de las partes determinan su postura.

- El periodo de juicio, el cual comienza con el desahogo de la audiencia del mismo nombre y culmina con la declaración del juez, conocida como sentencia definitiva, su finalidad es la de que el órgano jurisdiccional declare el derecho en el caso concreto, valorando las pruebas que existen en el sumario; dando mediante su fallo, origen a la llamada norma individual.

El Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, menciona algunas otras, las cuales únicamente mencionaremos:

- El de segunda instancia ante el Tribunal de Apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos.

- El de ejecución, que comprende desde el momento en que - cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito de o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Con la citación anterior, se puede apreciar un panorama extenso y completo de nuestro derecho procesal mexicano, y estar en condiciones de observar las distintas etapas procedimentales que tienen que desahogarse para llegar a llamada "de juicio", la cual reviste a nuestro criterio, de mayor importancia.

## II. LA ETAPA DE JUICIO

Podemos considerar para fines de este estudio, que esta etapa del procedimiento penal mexicano, comienza como ya vimos, con el dasahogo de la audiencia del mismo nombre, la cual tiene como finalidad oir a las partes, es la que debiera quedar más grabada en la mente del juez, habida cuenta que acto seguido debe sentenciar; es en esta audiencia en donde las partes deberán llamar más la atención del juez sobre sus respectivos puntos de vista dado que es aquí donde el sentenciador escucha lo más fresco del proceso antes de sentenciar. La audiencia de juicio busca dar vigencia al principio de inmediación procesal, ya que obliga al juez a actuar junto con las partes en tanto sea posible en contacto personal con ellas prescindiendo de intermediarios, como pudiesen ser sus secretarios. Con ello el juez tendrá así una imagen inmediata y reciente del proceso y procesado al sentenciar; es decir, al hacerlo se acordará no

sólo de sus alegaciones de las partes, sino que a través de sus ojos, tendrá presente la personalidad del inculpado, al que habrá de absolver o condenar con todo lo que ello, moral y jurídicamente implica.

Para no dejar ninguna duda sobre la importancia de esta audiencia, el precepto que la menciona, indica que la citación para la misma produce los efectos de citación para sentencia, ésta es un acto formal de comunicación procesal, por el cual el juez hace saber a las partes, como un llamado de alerta, que la instancia va a entrar a la fase de juicio y sentencia, para que estén pendientes de los resultados del fallo definitivo.

Es en esta época donde el juzgador, de acuerdo a sus conocimientos profesionales en la materia punitiva y demás relativas, va a resolver de acuerdo a sus limitaciones y facultades, sobre el quantum de la pena, por lo que se hace indispensable que exista en la persona del juez, una especial preparación criminológica, lo que es ya una vieja ilusión de penólogos, juristas, y seguramente de los procesados, para que los jueces amplíen su universo cultural y cumplan lo más adecuadamente con su función.

Lo anterior nos hace recordar las palabras de Dorado Montero, "La medicina moderna ha formulado el siguiente aforismo, que ya pasa en ella por indiscutible; no son enfermedades lo que hay que curar, sino enfermos. Los antiguos médicos aprendían un

formulario general, aplicable a todos los sujetos que padecian igual dolencia, y una vez diagnosticada ésta, despachaban la correspondiente receta, la cual siempre era la misma, sin atender a la situación específica del individuo de que se tratara, a su temperamento y a las demás condiciones particulares del mismo. Hoy las cosas han cambiado. El médico entendido no quiere curar abstracciones, entidades incorpóreas, que eso son las enfermedades separadas del enfermo; y por tal motivo no se resuelve a dar ningún paso sin tener a éste delante y hacer un examen detenido del mismo, de todas sus condiciones orgánicas, antecedentes e historia, es decir, sin individualizarlo. La enfermedad que al presente padezca el enfermo pueda muy bien no ser, en sí misma, lo que preocupe al médico, sino, ora las causas generales y constantes que la determinan, en cuyo caso dicha enfermedad es mas bien puramente sintomática, ora la especial forma que ella reviste en el sujeto de que se trate la manera singularísima como en él se combina con otros factores, haciendo grave lo que en circunstancias diversas no lo sería, y al contrario. "Para hacer el diagnóstico, pronóstico y plan curativo, necesita el médico conocer lo mejor posible las correspondientes ciencias, casi todas antropológicas, pero con ese conocimiento no le basta, necesita además y muy principalmente, estudiar el caso concreto, esto es, al enfermo, para lo que necesita precisamente es el dominio de las ciencias mencionadas" (136).

---

(136) DORADO MONTERO PEDRO, BASES PARA UN NVO. DERECHO PENAL, p.p.75-76, Ediciones Depalca, Buenos Aires 1973

## I- LA INTERPRETACION JUDICIAL

Es la que ejercen órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes descubriendo la verdadera voluntad en ellas contenidas buscando el espíritu, razón y propósito de la ley, atendiendo también al instante de su aplicación, teniendo en cuenta también las modificaciones en otros sectores del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto y en su unidad. Una ley no tiene sólo valor per-se, sino que recibe limitaciones y coloridos de otras leyes. Si alguna de estas se modifica, puede resultar reformada la significación y el alcance de otras que siguen inalterables en su texto. Tal aseveración es dable debido a la remisión expresa o tácita a otras leyes y dada la solidaridad de las distintas piezas del sistema jurídico.

### a) EL JUZGADOR

Por lo mismo que en las manos de los jueces se halla la suerte de los hombres, éstos deben de reunir las máximas condiciones de competencia y responsabilidad y deberían estar especializados no sólo en el derecho, para juzgar hechos, sino también deben ser peritos en criminología, puesto que juzgan hombres.

La preparación en el Área de desarrollo de todo profesionalista es motivo de gran reflexión, en razón a lo importante que

resulta ser la especialización en la ciencia que se cultiva y se maneja para así brindar a quien se lo requiera de sus conocimientos y su experiencia, una gran razón confianza en él y a las instituciones que le toque representar.

En el campo del derecho, y propiamente del derecho penal, las personas encargadas de administrar la justicia y aplicar la ley, deben de estar preparadas ampliamente en todo lo que se relaciona y tenga vinculación con el delito, el delincuente y la pena. El juez penal para poder determinar las penas en base a su arbitrio judicial e individualizarlas en forma justa y equitativa, tiene que reunir una serie de cualidades y requisitos de tipo cognocitivo y técnico que le permite evaluar y aplicar los factores citados por lo numerales 51 y 52 del código punitivo.

Raúl Carrancá y Trujillo, nos comenta en una de sus obras, que "el juzgador penal, además de tener una preparación técnica jurídica, debe reunir una serie de conocimientos en las disciplinas criminológicas para poder conocer totalmente al delincuente y llevar a cabo una valorización precisa de sus características, los medios empleados, los factores que influyeron en su consumación delictuosa y las circunstancias que lo llevaron a delinquir" (137).

---

(137) Op. Cit. CARRANCA Y TRUJILLO, p. 63



La preparación especializada del juzgador debe ser un requisito esencial para obtener su nombramiento; al respecto la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, señala; es obligación de los aspirantes a ser jueces, presentar un examen de oposición ante los magistrados de las salas penales y el haber cursado y aprobado los programas implantados y desarrollados por el centro de Estudios Judiciales (organismo dependiente del Tribunal Superior de Justicia), esto viene a ser un gran avance en este sentido, sin embargo, seguimos adhiriéndonos a la posición de que no es suficiente, ya que en los mismos únicamente, o más propiamente dicho, esencialmente se contempla requisitos de técnica jurídica sustantiva y adjetiva de la ciencia del derecho penal, fortaleciendo así los conocimientos de la ciencia que se pretende desempeñar, empero, tal función no es una suma aritmética de los elementos jurídicos valorados por el juez para estar en condiciones de resolver sobre la culpabilidad y responsabilidad de un individuo, sino la aplicación coactiva de una sanción llamada pena, y que ésta sea efectivamente la mas adecuada para su esocialización, por lo que tal preparación a través de esos cursos no es suficiente para una eficaz administración de justicia.

En este sentido el mismo autor en la misma obra establece que la especialización del juzgador hara que la impartición de justicia sea más científica y agrega que los institutos de estudios penales que funcionan en algunos países, llenan las

necesidades que estos acuerdos acusan, organizando sus enseñanzas mediante programas que comprenden materias de orden jurídico, sociológico y biológico. Solo la especialización hará que la justicia penal en México, salga de la improvisación en medio de la cual se le ha reclutado invariablemente y que este capítulo importantísimo de la política criminal científica alcance latitudes de altura.

Por otro lado cuenta afortunadamente con Instituto Nacional de Ciencias Penales, creado por decreto el 22 de junio de 1976, y cuyos objetivos son:

- a) La formación de investigadores, profesores y especialistas en ciencias penales.
- b) La realización de investigaciones científicas sobre esas materias, y;
- c) La formación y difusión sobre conocimientos de su área y las demás tareas conducentes al estudio, desarrollo y aplicación de las disciplinas penales.

Todos estos fines comprendidos en el objetivo a conseguir del INACIPE; resultan a todas luces en beneficio de la aplicación de la ley penal, así como de las personas que de alguna manera u otra tengan contacto con el delito, con el delincuente, y con sus causas originarias. En el sentido propio individualizar las penas creemos que la más importante es la realizada por el juez; y para el cumplimiento de esta función, hoy se considera

necesario: Una especial preparación criminológica de los jueces penales. Como han de efectuar valorizaciones de carácter personal, deberán poseer conocimientos en las ciencias de la personalidad en particular. Para finalizar, queremos expresar nuestro punto de vista respecto del particular, manifestando que debería incluirse dentro de los requisitos para ser juez penal, el haber acreditado una especialización de las disciplinas penales que se ocupan del delito y del delincuente, máxime que en nuestro país se cuenta con las instituciones y el personal capacitado para impartirlas; ya que en ellos se encuentran la suerte de los hombres, por lo que deben reunir las máximas condiciones de competencia y responsabilidad, pues no solo deben conocer el derecho, para juzgar hechos, sino también deben ser peritos en criminología, puesto que juzgan hombres; por lo que si se consigue que los jueces tengan una especialización, puede ponerse en sus manos un arbitrio más amplio.

**b) FACULTADES Y LIMITACIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL EN EL ACTO DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

Es un punto de sumo interés vinculado a la aplicación del arbitrio judicial, es el relacionado a la existencia o no de la libertad de criterios para determinar la sanción por parte del juez penal.

La libertad de criterio del juzgador para imponer las penas, se

encuentra propiamente regulado por el principio de Legalidad, norma suprema universal, que consiste fundamentalmente en limitar al juzgador a no poder imponer pena alguna que no esté previamente fijada en la ley punitiva. Ajustado a este principio el arbitrio judicial se interpreta como la adecuación de la potestad discrecional del juzgador, a ajustarse dentro de la punibilidad que cada ilícito prevee al realizar el acto de la punición, y respecto de la sanción privativa de libertad es la misma educación discrecional, pero aquí dentro de la escala existente entre un mínimo y un máximo de sanción.

Como se aprecia de lo antes mencionado, la facultad del juez para individualizar las penas, se encuentra limitada a la individualización legislativa, la cual ya hemos mencionado con anterioridad, por lo que en la inmensa mayoría de los casos, la variedad que pudiera tener el juez para realizar esta función, se constriñe a la amplitud existente entre la mínima y máxima de la sanción privativa de libertad; y también a la alternativa que el legislador le da a las figuras delictivas.

Por lo que ve al arbitrio judicial dentro de los parámetros preestablecidos de sanción privativa de libertad, creo que al respecto es un arbitrio viciado, por que si entendemos por tal, lo ya mencionado en el capítulo anterior, veremos que no se obra según la voluntad del juez, sino que se determina dentro de una decisión ya tomada con anterioridad, que es la legislativa, pues es el poder legislativo quien a priori destacó

que la pena más indicada sería la privativa de libertad, y ahora solo pide al juez la ubique dentro de un mínimo y un máximo de privación de libertad.

Por lo que hace a la alternatividad de sanciones o de penas que prevén algunos delitos, creemos que es aquí donde realmente podríamos hablar de un "arbitrio", pues es en éstos supuestos jurídicos donde verdaderamente se tiene por parte del juez, la capacidad de escoger penas de naturaleza diferente y más adecuadas a la personalidad del activo, existiendo aquí también un marco de legalidad como en el caso anterior, pero evidentemente una mayor oportunidad de aplicar las penas como lo prevén los artículos que reglamentan la aplicación de sanciones.

## 2 - LA DETERMINACION DE LA PENA

Tema de profundo estudio en el derecho penal, lo son la determinación e indeterminación de las penas. En nuestro país el sistema seguido para la aplicación de las sanciones es el de la determinación de la sanción exactamente aplicable en base al principio de legalidad que propugna el no imponer pena alguna que ni esté preescrita al caso concreto. Dicha figura, no debe entenderse de manera absoluta, ya que en lugar de una pena estrictamente determinada, la ley ofrece un marco penal, dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al caso particular; Se puede elegir dentro de dicho marco penal,

una pluralidad de penas distintas en su naturaleza, como lo son las que prevén el artículo 24 del código punitivo.

#### **a) LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA**

El hecho de que con la determinación legal de la pena no queda fijada exactamente, por la regla general, sino que con ella se establece un marco penal dentro del cual el juez debe decidir la pena correspondiente al caso particular, conduce a la "graduación judicial de la pena, la cual se mueve en dos sentidos":

1.- En primer término, en el sentido de una estructuración de la pena sobre la base de los principios que se deducen directamente de la esencia de la pena como imposición de un mal proporcionado al hecho cometido. La graduación judicial de la pena toma en cuenta por un lado, el grado de la lesión del derecho, y por otro, el de la culpabilidad -tanto el de la culpabilidad por el hecho en sentido estricto, como la culpabilidad por la conducta del autor-; tal como están contenidos en el hecho concreto.

2.- Pero la graduación judicial de la pena debe también realizar, sobre esta base, los particulares fines preventivos generales, y preventivos especiales de las penas que ya hemos mencionado y sin abandonar el criterio de la retribución, cumplir a la vez, con las funciones accesorias de la pena.

Para una mejor comprensión del particular veamos cual es el contenido gramatical de la voz "determinar": consiste en eliminar toda ambigüedad, fijar la naturaleza o límite de un objeto, o bien decidir o resolver; consecuentemente al atender a estos significados, determinar una pena por el juzgador, es fijar su forma y duración, respecto de un límite legislativo. Situación que es contemplada en los numerales 51 y 52 de la ley sustantiva penal.

En tal sentido, la determinación de las sanciones, ya sea pecuniarias, privativas de libertad o de la naturaleza que fueren, resulta ser impuestas con apoyo a la facultad discrecional jurisdiccional denominada arbitrio judicial, cuya finalidad específica es la fijación precisa de las sanciones correspondientes, previo estudio, análisis y valoración de los factores que influyeron e intervinieron en el resultado típico y antijurídico denominado delito.

### 3.- PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

"Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el Ius Punuendi y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si estas se basan en el libre albedrío la pena será retribución del mal por el mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la temibilidad acreditada por el

infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales"(138).

Para Carrará la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente; "es un castigo que atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable. Por último, las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su cantidad y a su grado"(139).

La cual es todavía en nuestra legislación, preponderantemente la retribución de un mal inflingido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente, es un mal para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor.

Ante la conciencia actual de que las penas en franca

---

(138) IDEM, p. 713

(139) IDEM, p. 714



decadencia, surgen paralelamente las medidas de seguridad, ya que las primeras no tienen en cuenta el origen antropo-físico-social del delito; de lo cual que en nuestro código punitivo, contemple en su artículo 24 "las penas y medidas de seguridad", estas últimas son de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad. "Las penas atienden a la prevención general, y las medidas de seguridad a la prevención especial" (140).

Del catálogo de penas y medidas de seguridad que prevee el artículo mencionado en el párrafo anterior, sólo diremos que en el se encuentran sin diferenciar, indistintamente, las penas y las medidas de seguridad por lo que de una manera enunciativa, diremos cuales son:

Artículo 24, las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y quienes tengan el hábito o a la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a un lugar determinado.
- 6.- Sanción pecunaria.
- 7.- Derogado.

- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo.
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.- Medidas tutelares para menores.
- 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, y las demás que fijen las leyes.

Como se aprecia del listado, existen algunas que únicamente son "penas, otras medidas de seguridad, y algunas tienen la característica de ser mixtas, es decir son penas y medidas preventivas; al respecto cabe mencionar cuál es su distinción.

#### **a) DISTINCION ENTRE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD**

Consecuencia de la necesidad de individualizar la sanción teniendo en cuenta a la persona a quien debe aplicarse la misma es la tradicional distinción de las penas y medidas de seguridad. La más elemental lógica nos indica que no podemos someter a todos los delincuentes a un tipo uniforme de sanción, sin hacer distinciones entre el hombre sano de la mente y el

enajenado, entre el adulto y el menor de edad, entre el delincuente primario y el habitual, aunque todos hayan cometido el mismo delito. De aquí la necesidad de que nuestra legislación contemple a ambas, diferenciándose de la siguiente forma:

1) La pena se impone teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, mientras que la medida de seguridad se aplica tendiendo a la temibilidad del delincuente, revelada por sus condiciones personales más que por el hecho perpetrado.

2) Se aplica la pena los individuos que son imputables penalmente; en cambio la medida de seguridad rige generalmente para los sujetos que son penalmente inimputables, aunque excepcionalmente, también se aplica a delincuentes imputables.

3) La pena importa un sufrimiento y una amenaza, mientras que la medida de seguridad no tiene por objeto causar un sufrimiento sino que persigue fines educativos, curativos o eliminatorios, y tampoco es una amenaza pues se aplica a individuos incapaces de sentir la coacción psicológica que la pena implica.

4) La duración de la pena es determinada de acuerdo a la gravedad del delito cometido. Por el contrario la medida de seguridad es determinada y su duración se prolonga hasta que cese la temibilidad del agente.

"A pesar de que la pena y las medidas de seguridad difieren entre sí, es indudable que también poseen algunos caracteres comunes, que justifiquen que se les agrupen a ambas bajo la denominación genérica de sanciones. Ambas como dice Grispigni, se propone la defensa de las sanciones, son aplicadas por los mismos órganos jurisdiccionales, con iguales garantías y procedimientos y tienen o deben tener una duración relativamente indeterminada, pudiéndose aplicar en algunos casos unas en sustitución de otras" (141). Tanto las penas como las medidas de seguridad son consecuencia de la realización de un hecho delictuoso, que constituye el presupuesto necesario para la aplicación de ambas.

En conclusión, ya sea que la sanción fuera dividida en penas y medidas de seguridad sin importar su similitud de objetivos y fines, el arbitrio judicial es de vital importancia para su determinación y por lo tanto, el juez penal debe efectuar el análisis de todos los factores establecidos en los artículos 51 y 52 del código punitivo, con la finalidad de llevar a cabo la función que ha sido encomendada por el estado al delegarle la facultad de administrar justicia por medio de la determinación de las penas, de acuerdo a su criterio, y a la variedad de sanciones que legislativamente le son aplicables.

---

(141) Op. Cit., CHICHIZOLA, p.33.

#### 4.- LA APLICACION DE LAS SANCIONES

En nuestra legislación sustantiva de la materia que nos ocupa, se fija legislativamente la variedad y naturaleza de las penas correspondientes a los responsables del delito, y también se fija la duración de la pena y sus límites mínimos y máximos. La sentencia judicial no puede fijar pena alguna de naturaleza distinta a la que la ley establece, ni puede fijar términos que sean inferiores al mínimo o superior al máximo, que es precisamente en lo que consiste el arbitrio judicial restringido. Para la aplicación de las sanciones, es menester, tomar en consideración las siguientes reglas generales, mismas que contemplan los números 51 y 52 de la ley punitiva.

a) Los artículos 51 y 52:

ARTICULO 51.- 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. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64 bis, y 65 y cualesquiera otros en que este código

disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulta de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimos y máximos de la pena prevista para aquel. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

ARTICULO 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1o. La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

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

3o. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que pueden 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.

4o. Tratándose de los delitos cometidos por servidores

públicos se aplicará lo dispuesto por el artículo 213 de este código.

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

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.

Es en el primero de los artículos mencionados con anterioridad, donde se encuentra la fundamentación que faculta al juez, para el ejercicio del arbitrio judicial para la fijación de las penas; en base a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Al mencionar "circunstancias exteriores de ejecución", nos remite a la temibilidad del actor, ambos temas ya mencionados en el capítulo anterior. Lo que nos lleva a concluir que nuestra legislación penal mexicana adopta el sistema mixto o ecléctico para individualizar las penas.

Considero que de la lectura del artículo 52 del Código Penal, en sus párrafos 1, 2 y 3, se pone en evidencia que la "temibilidad" del sujeto activo, constituye uno de los principales parámetros del arbitrio judicial en la adecuación

de las sanciones, cuando lo que debería de sustentar ese ejercicio, es el grado de culpabilidad, fundado en que se le hubiera podido exigir otra conducta conforme a derecho, recordando que ésta exigencia se encuentra supeditada a las circunstancias de modo, tiempo, lugar u ocasión, y por consiguiente, es un concepto graduable; por lo que al individuo aún cuando se le pudiese exigir jurídicamente otra conducta, siempre será más o menos, según como ya dijimos, dependiendo de las circunstancias del caso, lo que nos dará siempre un distinto grado de reprochabilidad y por consiguiente de culpabilidad. Por lo que creo que la temibilidad, no debería ser un principio, para la determinación del quantum de las penas, y únicamente para las medidas de seguridad.

En mi concepto, y en referencia a las reglas que nos ocupan considero que éstas pueden ser esquematizadas dividiéndolas en dos grupos:

- . A la gravedad del hecho, y
- . A la gravedad del autor.

Al primer grupo (gravedad del hecho), pueden ser asignadas las siguientes "circunstancias":

- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla.
- La extensión del daño y del peligro corrido.
- Los vinculos personales.



- La calidad de las personales ofendidas.  
- Las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión al segundo grupo (personalidad del autor), pertenecientes, a mi juicio, los siguientes "circunstancias"

- Edad.
- Educación.
- Ilustración.
- Costumbres.
- La conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron a delinquir o lo determinaron
- Condiciones económicas y especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito.
- Demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse.

Es necesario hacer notar que cada una de las circunstancias que hemos ubicado en el primer grupo, repercute sobre la personalidad del autor, por cuanto constituyen elementos indicadores de acción y los elementos empleados para ejecutaria, mismos que hemos citado en el grupo (gravedad del hecho), es el índice más elocuente y expresivo de la personalidad del culpable, constituye, diría Grispigni "el elemento primario y decisivo para un juicio de peligrosidad, siendo el síntoma revelador de la personalidad criminal. Si cada acción de nuestra vida, demuestra una parte de la vida psíquica de una persona, el delito refleja normalmente, una parte todavía mayor; tanto que a veces puede llegar a revelar

verdaderamente en su síntesis toda la individualidad psíquica de su autor, basada por sí solo para conocer el temperamento y el carácter de una persona. "El delito es un resumen de la personalidad del agente, y considerando objetivamente, es casi un símbolo vivo" (142).

Para demostrar que los conceptos que acabo de exponer se ajustan al criterio inspirado en el artículo 52, párrafo tercero del Código Penal, es suficiente observar que dicho artículo después de hacer referencia a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que se refieren como dejamos dicho a la "gravedad del hecho", sigue diciendo que debe tenerse en cuenta por cuanto demuestran la mayor o menor temibilidad, ello indica que el común denominador de las circunstancias mencionadas en dicho párrafo es la temibilidad, situación que no compartimos y ya he comentado.

Por otra parte, el problema que se plantea al interpretarlos es: Si de la enumeración contenida en los referidos artículos se desprende que son puramente enunciativos, o más bien de carácter taxativo; pues hemos visto cotidianamente que si bien es cierto que menciona en las sentencias al individualizar las penas, todos los puntos de los artículos en estudio, nos se hace mención de la forma en que cada uno afecta en el quantum

---

(142) BRISPIGNI FELIPE, Derecho Penal Italiano. Traducido de la Segunda Edición y anotado por ISODORO DE BENEDETTI. Vol II P.P. 133-140. Argentina 1949. Edit. Depalma.

de la pena o en su caso, la elección de la naturaleza de la misma, únicamente se citan para después concluir "que debido a la temibilidad del actor" se ubica la sanción entre el parámetro legislativo que corresponda sin que realmente sepamos de qué sirvió conocer los referidos elementos a que nos hemos venido refiriendo.

Aquí cabe hacer una aclaración, la cual consiste en que no debe aplicarse como atenuante o agravante de las penas, las ya indicadas en la misma ley; antes de seguir adelante con el contenido y alcance de los artículos 51 y 52 del Código Penal. Hay que hacer una observación, que las reglas aquí indicadas, se aplican en cuanto no hayan ya sido mencionadas en la propia ley, tomando en cuenta que el mismo hecho no sea tomado en consideración dos veces. Es decir, las circunstancias que ya hayan sido consideradas por la ley como elemento constitutivo del delito como circunstancia agravante o atenuante específica, no podrá ser tomada en cuenta a los efectos de los artículos en cita.

Por lo que ve al párrafo segundo de la fracción IV del artículo 52 de la legislación de la cual nos hemos venido refiriendo, cabe comentar que el juez al tomar conocimiento de la víctima, del sujeto, así como de dictámenes periciales del acusado, tendientes a conocer la personalidad del mismo, se le ofrece al juzgador con ésta conjunción de elementos, la oportunidad de saber las causas que provocaron la desadaptación social del

delincuente, o sea, el saber por qué delinquirió; siempre y cuando el juez tenga la debida preparación criminológica para entender e interpretar los estudios practicados al delincuente y pronosticar cuál será la pena y/o medida de seguridad más adecuada a cada individuo, dentro de la variedad y elasticidad de éstas. Empero, de qué serviría tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos individualizadores de la pena prevee estos artículos, si la sanción ya está predeterminada a que ha de ser privada de libertad y únicamente se le faculta al juez a precisarla dentro de un parámetro, y no dentro de una variedad. Por lo que si existiera una verdadera adaptación al delincuente, mediante una variedad (alternatividad), legislativa de las penas, dentro de la punibilidad de los tipos y no únicamente en la parte general de los códigos punitivos; se podría después de hacer un estudio de su personalidad y valoración de todos los puntos que se mencionan en estos dos artículos, una selección de la pena más adecuada, justa y realmente individualizada, motivando el por qué de su elección individualizadora de la misma forma que se funda y motiva una sentencia condenatoria. En vía hacia una modernización en materia de individualización de las penas en nuestra legislación, se hace una reforma más al primer párrafo parte infine del artículo 51 de Código Penal vigente, mediante decreto del 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial del 30 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente, para quedar como sigue:

"Cuando se trate de una punibilidad

alternativa al juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad, cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial".

Aún cuando sean escasas las posibilidades del juez para encontrar delitos con penas alternativas, siempre han existido y es hasta esta reforma que se hace mención de cómo debe proceder el órgano jurisdiccional al aplicar la pena cuando se encuentra ante una verdadera opción de escoger entre punibilidades de naturaleza distinta. Empero, creemos que esta reforma en la aplicación de las sanciones, es un buen comienzo hacia un cambio en la materia que nos ocupa, más acorde a los tiempos actuales, más si recordamos que nuestro Código Penal vigente data como ya lo hemos mencionado, de enero de 1931; y es hasta esta reforma que se menciona, en la cual nos indica el proceso para la aplicación de las penas alternativas, por lo que creemos que ahora el siguiente paso sería una mayor variedad de penas de naturaleza diferente, en los delitos ya existentes.

**b) EFECTOS DE LA PUNIBILIDAD ALTERNATIVA EN LOS DELITOS,  
DENTRO DEL PROCESO PENAL MEXICANO**

De una manera somera mencionaré cuales son los efectos principales; de los delitos que prevén punibilidad

alternativa, al igual que los que sólo contemplan sanciones no privativas de libertad, no llevan implícita la prisión preventiva; por consiguiente, en el plazo constitucional a que se refiere el Artículo 19 Constitucional, el auto que se dicte para resolver la situación jurídica de una persona, se le denominará "auto de sujeción a proceso", el cual deberá reunir todos los requisitos formales y medulares de la Auto de Formal Prisión, teniendo éste también como objeto dar base a un proceso, el fundamento de lo anterior, se encuentra establecido en el Artículo 18 de nuestra Constitución Federal, el cual manifiesta "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la Prisión Preventiva". Este sería el efecto más importante para mí, ya que esta pronta e inmediata reacción del Estado, no contra la criminalidad, sino contra los probables responsables del crimen lo hace incurrir en una contradicción con la presunción de inocencia, derecho innalienable a que tenemos derecho todos los mexicanos; en virtud de que se impone a un sujeto cuya responsabilidad está por esclarecerse. Al respecto el maestro Vela Treviño, aduce: "no es justificable que alguien pierda su libertad en aras de la comodidad de los juzgadores para que éstos tengan siempre a la mano al procesado, en cualquier diligencia que se efectúe y por la cual se requiere de su presencia". (143)

---

(143) VELA TREVIÑO SERGIO. Revista Criminalia. número 7. Edit.  
por la Academia Mexicana de Ciencias Penales. México 1981 p. 8 y ss.

Por lo que considero que ésta debería ser la excepción y no la regla, y si en los delitos con pena alternativa no la prevee además de dar al juez una verdadera oportunidad de adecuar las penas al individuo que delinque de conformidad al caso concreto, no lo hace incurrir en la nefasta privación preventiva del bien jurídico máspreciado del hombre después de la vida, la libertad, al castigar para ver si se castiga.

## CONCLUSIONES



**PRIMERO.-** Ciertamente es que desde los tiempos más remotos, la idea de adecuar la pena a la individualidad del delincuente no es nueva. Pues ya en las partidas se establecían disposiciones para que los juzgadores dieran juicio, tomando en cuenta la calidad de los enjuiciados; pero este tipo de individualización de la pena no es lo que postula la ciencia penal contemporánea, ya que semejante forma de graduar las sanciones implicaba consagrar la más irritante e injusta arbitrariedad de establecer una desigualdad de los hombres ante la ley. Precisamente los abusos provocados por esas distinciones que se hacían al juzgar a los individuos teniendo en cuenta su linaje, condición social, dando lugar a una violenta reacción popular, provocándose así que existiera el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las penas imponiendo así el legislador la obligación de fijar rigurosamente la sanción que correspondía a cada infracción.

**SEGUNDO.-** El derecho penal, es sin duda la ciencia jurídica más ligada al hombre como ser humano, ya que es ésta la encargada de definir los supuestos jurídicos y contemplar las penas que correspondan, así como las medidas de seguridad que deban aplicarse a quienes se sitúen en dichos supuestos llamados delitos, con el propósito de lograr la permanencia del orden social. Es por consiguiente que el legislador, administrador y procurador de justicia, así como el ejecutor de las penas impuestas, no pueden limitarse a estudiar friamente las normas jurídico-penales y hacer de su trabajo una labor

abstracta como la misma ley, ya que esa normatividad es sólo el instrumento legal por el cual ha de valerse para juzgar la vivencia del hombre en los casos concretos, hombres desiguales cargados de circunstancias personales que le dan a cada uno individualidad, virtudes, miserias, grandezas y defectos que lo hacen ser el centro en torno a la vida misma, lugar en donde por su naturaleza se desenvuelve.

**TERCERO.-** Es por esto que surge la necesidad de estudiar la personalidad del delincuente, lo cual es puesto en relieve por la escuela positiva, constituyendo ésto en la parte más valioso que hizo el positivismo al desarrollo de la ciencia penal, lo cual es contemplado, en mayor o menor grado, por todas las legislaciones contemporáneas, su convivencia es prácticamente conocida por unanimidad, aunque existiendo divergencias entre los estudios del particular en cuanto a la amplitud, libertad o alternatividad que debe darse a los jueces para hacerse esa individualización y obtener una correcta adecuación de la pena al delincuente.

**CUARTO.-** Por lo que al existir de manera preponderante en todos los delitos, una punibilidad privativa de libertad, y dando como arbitrio al juez imponerlas, únicamente la libertad de escoger entre un parámetro (mínima o máxima) de esta naturaleza de penas se da un abuso de la pena privativa de libertad, abuso provocado por el legislador que no da verdaderas oportunidades al órgano jurisdiccional de escoger la

sanción más adecuada; pues prácticamente se pone la misma pena al primario que al reincidente; al que obra por una pasión de momento, de acuerdo a las circunstancias del caso, que al de naturaleza perversa, ya que la naturaleza de la pena es la misma, aunque difiera un poco en cantidad, ya que el tratamiento es el mismo (segregarlo de la sociedad).

Por lo que es a igualdad legal nos rige, al aplicarse en la individualización de las penas, se transforma en una verdadera desigualdad, en cuanto somete a la misma clase de pena a todos los individuos que hubiesen cometido un hecho delictuoso similar y peor aun, por que ya se tienen en cuenta las circunstancias particulares de cada delito así como las diferencias individualidades existentes entre sus autores, empero, amarrados legislativamente para aplicar penas que verdaderamente considera adecuada al individuo.

**QUINTO.-** Es por tanto que en nuestro derecho punitivo debe establecer una mayor alternatidad en la naturaleza de las penas, tendientes a permitir la más acertada de la adecuación de la pena al caso concreto e individuo, dando así verdaderas opciones al juzgador para que pueda realizar su delicada función. Esta es la única forma de poder realizar la verdadera igualdad penal siguiendo con el principio de derecho que aportó Ulpiano, "Dar a cada quien lo que le corresponde".

**SEXTO.-** La verdadera individualización de la pena se fundó en el hecho cierto de que todos los delincuentes no son iguales,

de lo cual resulta que no es necesario lo justo, someter a la misma pena a todos aquellos individuos que han cometido un hecho delictuoso o similar, porque si así se procediere, la pena que para determinado individuo es adecuada, Puede no serlo con respecto a otro.

**SEPTIMO** - La pena no debe rebasar la cuantía de la culpa, lo cual resulta equitativo, aceptando que ésta es retribución del grado de culpabilidad (no de la temibilidad del actor), y no mera retribución adjetiva del daño causado por la conducta delictiva y por lo cual se requiere efectuar y saber interpretar un análisis integral de la personalidad del sujeto de la acción criminal así como las motivaciones que tuvo para delinquir por lo que creo que para estar en condiciones de individualizar las penas, lo más próximo a la realidad del caso en concreto e individuo en particular, sería adecuandola al grado de culpabilidad de el infractor y tener las alternativas en las penas que ha de imponer en el acto de la punición, pues si la pena rebasa el grado y clase de culpabilidad, ésta deja de ser justa.

**OCTAVO**.- Si bien es cierto que ya han existido algunos cambios consistentes en adiciones a las reglas generales en ésta materia creo que esto puede ser el comienzo para que en un futuro próximo existan mucho más delitos que contemplen en su punibilidad penas de naturaleza diferentes y den reales alternativas a los jueces para impartir su delicada función.

## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA.

BETTIOI GUISEPPE. Derecho Penal, parte general. Edit. Temis. Bogotá 1965.

\_\_\_\_\_. Boletín de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho, Editado por la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina 1953.

\_\_\_\_\_. Boletín del Instituto de Derecho Penal y Procesal, Edit. Bosch. Barcelona 1977

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano, parte general. Edit. Porrúa. México 1988.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Código Penal Anotado, Edit. Porrúa. México 1985.

CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, parte general. Edit. Porrúa. México 1978.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa. México 1984.

CORDOVA RADA JUAN. Culpabilidad y Pena. Edit. Bosch. Barcelona, España 1977.

CHICHIZOLA MARIO I. La individualización de la Pena. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1967.

DE PINA VARA RAFAEL. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. México 1976.

DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO Diccionario de Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa. Tomo II. México 1986.

DORADO MONTERO PEDRO. Bases Para un Nuevo Derecho Penal. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1973.

GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN. Principios de derecho procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1991.

GONZALEZ BLACKALLER CIRO Y GUEVARA RAMIREZ. Historia de México. Edit. Herreo. México 1985.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Código Penal Anotado Edit. Porrúa. México 1991.

GRISPIGNI FELIPE. Derecho Penal Italiano. Traducción de la segunda edición y anotado por Isóodoro de Benedetti. Vol. II Edit. Depalma. Buenos Aires, argentina 1949.

\_\_\_\_\_. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Edit. Bosch. Barcelona 1977.

JESCHECK HANS HEINRICH. Tratado de Derecho Penal. Volumen I Y II Edit. Bosch. Barcelona 1981.

JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Edit. Sudamerica. Buenos aires, argentina 1981.

KANT A. La Metafísica de las Costumbres. Tomo IV. Edit. Porrúa México 1985.

\_\_\_\_\_. Leyes Penales Mexicanas. Tomo IV. Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1985.

MARGADANT GUILLERMO. Derecho Romano Edit. Esfinge. México 1960.

MAURACH. Revista Criminalística año XVII No. 5. México 1972.

MESGER EDMUND. Derecho Penal. parte general. Edit. Cárdenas. México 1985.

MIR PUIG SANTIAGO. Introducción a las bases del Derecho Penal. Edit. Bosch. Barcelona 1982.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Prólogo al libro de Roxin, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Edit. Reuz. Madrid 1981.

MUGOZ CONDE FRANCISCO Introducción al Derecho Penal. Edit. Bosch. Barcelona 1975.

MACEDO MIGUEL. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo, número 3. México 1930.

PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. parte general. Edit. Porrúa México 1987.

PORTE PETIT CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Edit. Porrúa México 1987.

QUINTANILLA REPOLLES A. Revista de Derecho Privado. España 1977.

RAYOS MARES JUAN C. Estructura de la Culpabilidad e Inculpabilidad. Tesis UNAM. México 1986.

RICASEUS SICHES. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. número 2 México 1965.

RIVERA SILVA MANUEL. El Procedimiento Penal. Edit. Porrúa. México 1979.

RODRIGUEZ D. VESA. Derecho Penal Español, parte general. Edit. Bosch, Madrid. 1973.

ROMAN LUGO FERNANDO. Apuntes para la Historia del Ius Puniendi en México. Edit. por la P.G.J.D.F. México 1979.

\_\_\_\_\_. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Ius. México 1941.

\_\_\_\_\_. Revista Mexicana de justicia. Edit. por la P.G.R., P.G.J.D.F. e INACIPE. México 1985.

SCIOLOJA VITTORIO. Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Guatemala. Edit. propia Facultad. Guatemala 1959.

SAINZ CENTERO JOSE. Lecciones de Derecho Penal. Edit. Bosch. Tomo II Barcelona 1982.



SAUER. Derecho Penal. parte general. Edit. Bosch. Barcelona 1956.

VELA TREVINO SERGIO. Revista Criminalia. No. 7. Edit. por la Academia Mexicana de Ciencias Penales. México 1981.

VAILLANT GEORGE. La Civilización Azteca. Origen, Grandeza y Decadencia. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1988.

WERNER NIESSE. Revista de la Facultad de Derecho de México. sobretiro, Tomo XI Enero-Julio. México 1971.

ZAFFARONI EUGENIO. Manual de Derecho Penal. Edit. Cárdenas. México 1986.

**ORDENAMIENTOS  
JURIDICOS  
CONSULTADOS**

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917, promulgada el 5 de Febrero del mismo año.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Agosto de 1931.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de Diciembre de 1948.

FACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Adoptados por la Asamblea General de la ONU, el 16 de Diciembre de 1966.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de Enero de 1988.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de Agosto de 1934.