

00721
346



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

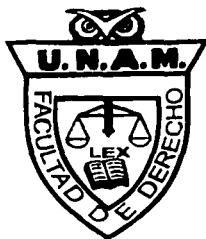
"INDIVIDUALIZACION DE LA PENA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JERONIMO ILICH GOMAR HERNANDEZ

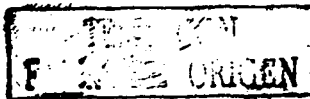


Asesor: DR. ALVARO BUNSTER BRICEÑO

MEXICO, D. F.

2003

α





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

OFICIO INTERNO FDER/150/SP/10/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

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

El alumno **GOMAR HERNANDEZ JERONIMO ILICH**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. ALVARO BUNSTER BRICEÑO**, la tesis profesional intitulada **"INDIVIDUALIZACION DE LA PENA"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. ALVARO BUNSTER BRICEÑO**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"INDIVIDUALIZACION DE LA PENA"** puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **GOMAR HERNANDEZ JERONIMO ILICH**.

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

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 29 de octubre 2002

[Firma]
DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipg.

Autorizo a la Dirección General de...
UNAM a difundir en formato electrónico e imp.
contenido de mi trabajo recepc.
NOMBRE: Servicio de recepción
Gomar Hernandez
FECHA: 03/3/03
FIRMA: *[Firma]*

Con todo mi agradecimiento para:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Mis padres

Por todo el esfuerzo, cariño, sacrificio y dedicación que han derrochado en mí, dejando un ejemplo como pareja, de amor, honestidad y compromiso mutuo para toda la vida.

A mi padre

Por tu incomparable ejemplo, por haberme enseñado a ver las desigualdades de la vida, por mostrarme la forma de luchar contra ellas y al mismo tiempo, ser fiel a los ideales. Tu has dejado en mí, una huella imborrable; como la dejo tu padre en ti, y espero algún día llegar a la altura de ustedes dos. Admiro tu forma de ser en la vida y reconozco la fuerza inquebrantable que has tenido para mantenerla así, personas como tu nos hacen falta en este mundo.

A mi madre

Por haberme dado la vida, por cuidar de mí todo el tiempo, por entregarte de lleno a tus hijos; es indescriptible el agradecimiento que tengo por ello contigo. Tu ejemplo, me ha llenado de fuerza para superarme en la vida, luchar como tu solamente lo has podido hacer y nunca derrotarme ante una adversidad. Mujeres como tu, son un ejemplo de entereza y reconocimiento por su labor.

A mi esposa

Por el amor, cariño, ternura, comprensión y paciencia que me has entregado a manos llenas, por los sueños que has inspirado en mí, por llenarme la vida de felicidad cada vez que te veo, por el tiempo que me has entregado y los sacrificios tan grandes que has tenido que hacer para ello. Por haber compartido tantas cosas buenas conmigo, por dejarme compartir contigo tantas cosas más y por las tantas cosas que aún nos faltan por compartir. A ti, mi amada e incomparable Judy, por que me has robado el corazón y me has entregado a cambio, toda la felicidad que como pareja se puede esperar en la vida.

A todos mis queridos amigos

Por la fortuna que he tenido en conocerlos, por la enseñanza, recuerdos y alegrías que cada uno de ustedes ha dejado en mí, por la fraternidad y por su apoyo. Todos forman parte de mi pasado, de mi presente y espero que de mi futuro. Trataré de corresponder a su invaluable amistad.

A todas las personas, que me han apoyado en la elaboración de este proyecto y mi más sincero agradecimiento al Dr. Alvaro Bunter Briceño, a las personas que me han ayudado a formarme un criterio jurídico, y a quienes me apoyaron al inicio de mi actividad profesional.

A todos aquellos que ya no están físicamente con nosotros, pero que nos han dejado su recuerdo.

A la vida, por haberme dado tanto y permitirme seguirla disfrutando...

C

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA”

**Tesista: Jerónimo Ilich Gomár Hernández.
Asesor: Dr. Álvaro Bunster Briceño.**

2002

INDICE

Página.

Introducción

4

Primera Parte.

CAPITULO PRIMERO.

**EL CONSTANTE INTERÉS HUMANO, EN
ALCANZAR LA ANHELADA JUSTICIA.** 9

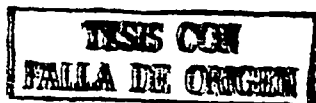
- I. Periodo Antiguo.
- II. Edad Media (siglo V-XV).
- III. Renacimiento y Revolución Industrial (siglos XVI-XVIII).
- IV. Modernidad, humanización de las penas (siglo XVIII).
- V. Difusión del penitenciarismo (siglos XVIII-XIX).

Segunda Parte.

CAPITULO SEGUNDO.

**LA NORMA PENAL APLICABLE, EN SUS
DIFERENTES ETAPAS.** 25

- I. **Proceso de Creación Legislativa (Individualización Legal).**
 - 1. La Política Legislativa con relación al derecho penal.
 - 2. Descriminalización y despenalización.
 - 3. Indeterminación legal relativa (máximos y mínimos).
 - 4. Sistema de doble vía.
- II. **Proceso Jurisdiccional (Individualización Judicial).**
 - a) Indeterminación judicial relativa.
 - b) La función jurisdiccional.
- III. **Etapas Ejecutiva (Individualización Administrativa).**
 - a) Crítica al Modelo Penitenciario.
 - La crisis de la prisión.
 - b) La readaptación social y su crítica.



CAPITULO TERCERO.

LA TÉCNICA INDIVIDUALIZADORA DE LA PENA.

76

- I. **Concepto de pena.**
- II. **Teoría de la pena.**
 - a) Paradigmas filosóficos.
 - b) Retribución penal y justicia absoluta.
 - c) Prevención y Utilitarismo Penal (Teorías relativas).
 - d) Fin y Función de la Pena.
- III. **La Técnica al Momento de la Cuantificación.**
 - a) Fases de la determinación de la Pena.
 - La decisión del marco penal aplicable.
 - La prohibición de doble valoración.
 - La averiguación del marco penal concreto.
 - Diversas posturas con relación a la individualización de la pena.
 - La decisión final.
 - b) Los elementos fácticos de la individualización de la pena.
 - El contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho.
 - El alcance de la lesión jurídica.
 - El contenido de la culpabilidad del hecho.
 - La personalidad del reo.
 - La vida anterior del reo, su conducta después del delito.
- IV. **Legislación Penal Mexicana (derecho positivo).**

Jurisprudencia.

CONCLUSIONES.

157

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN

“El derecho punitivo puede mutar y significar la más simple y amarga necesidad de juzgar a seres imperfectos y diferentes por naturaleza, pero vinculados entre sí de una manera desigual, ¡Por desgracia!”¹.

El presente trabajo, significa un modesto pero decidido intento por abordar una temática que hoy por hoy, resulta de mucho interés y significado para una sociedad como la nuestra, sumida en problemas de delincuencia, inseguridad jurídica, corrupción e injusticia social.

Dichos problemas podrían, si no se controlan, derivar en un estado peligroso de ingobernabilidad, alejándose con ello del modelo socio-político ideal denominado como el sistema del “Estado social democrático de derecho”.

En el presente trabajo, se aborda un tema de la vida legal de relevante importancia, y que bien se podría considerar como el esqueleto de todo sistema sano de gobierno. Dicha actividad jurisdiccional, por razones obvias, se ubica dentro de las funciones propias del poder judicial y dentro de éste a su vez, se encuentra como una de las principales y tal vez más polémicas actividades de la impartición de justicia, la cual, ha sido utilizada desde hace mucho tiempo como un medio de control social.

En efecto, me estoy refiriendo precisamente a la ***Individualización judicial, determinación del quantum de Pena o conmisuración de la pena.***

¹ Esta frase, es una recomposición basada en otra frase expresada por Schultz: “penar no es un acontecimiento metafísico ni la realización de la moralidad, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como somos los hombres”; citado por el Dr. Manuel Luzón Peña, en la obra “Antinomias Penales y Medición de la Pena”, Seminario Hispano Germánico, 1979. Autores varios.

Como lo he venido señalando en los párrafos anteriores, trataré de atender un pequeño pero fundamental aspecto del proceso penal, el cual, por sus características viene a ser la culminación de todo el esfuerzo realizado a lo largo del juicio. Es en la sentencia, cuando se individualiza la pena que debe aplicarse a un miembro de la sociedad que, con su actuar, infringió las normas establecidas y creadas para el mantenimiento del "Bien Jurídico Tutelado" y que fue encontrado culpable (reprochable) de la comisión de un determinado ilícito descrito y sancionado por la ley penal, siendo necesario, como señalan algunos autores, restablecer la confianza en la norma.

Con el presente trabajo, intento dejar un testimonio claro y sencillo que sirva como apoyo a las generaciones futuras, en lo referente al tema de la individualización de la pena, tal fin se espera alcanzar, describiendo el problema desde una visión general, así como, dando mi modesto punto de vista, pero claro está, desde la perspectiva de un principiante en el estudio derecho, tal vez con la inexperiencia propia de tal visión, pero con el decidido ánimo de llegar a tocar las fibras más sensibles de este tema, y con ello, poder en la medida de lo posible, aportar algo nuevo al foro de discusión respecto a la individualización de la pena. Habrá sin lugar a dudas mejores y más profundos trabajos relacionados con el tema, realizados por importantes personajes y reconocidos autores dentro de las materias Dogmático penales, Criminológicas, incluso Filosófico-Jurídicas, etc., pero tal situación no es ningún obstáculo para realizar un esfuerzo serio y decidido por plasmar en el presente trabajo, la realidad imperante dentro de nuestra actual Sociedad Mexicana.

Resultaría demasiado ambicioso afirmar que, este trabajo, represente un adelanto significativo en el desarrollo e investigación del tema, puesto que existen grandes pensadores quienes a lo largo de la historia de la humanidad, han

Barcelona, 1985, pags 184-185. En esta frase se agregó un toque de humanismo, de crítica y conciencia social.

abordado con brillantez y tremenda exactitud el tema de la pena y de su individualización. Pero no hay que olvidar que su trabajo y esfuerzo, fue el producto de la exigencia y de las circunstancias prevalecientes en su tiempo, las cuales seguramente, al tratar de aplicarse en otra época donde las variantes no sean similares, puedan no ser del todo óptimas y aplicables, pero con independencia de todo lo señalado, en este tema cualquier aportación es buena, ya que en nuestro país son pocos los trabajos al respecto.

Es por esta razón que, de alguna manera nuestro tiempo, nuestra sociedad y sobre todo nuestra formación, nos exige seguir atendiendo problemas reales y presentes en la vida diaria, como por ejemplo, el de buscar la mejor manera de vivir en ella, más aun, cuando ahora se requiere más que nunca un cambio efectivo y real en nuestra Sociedad.

No se trata de un simple cambio de ropa, ¡no! Este cambio debe ser, tendiente a mejorar de fondo las estructuras, y más importante que eso, ese cambio debe dirigirse a la mentalidad del ser humano, un cambio que nos obligue por la vía del convencimiento a asumir una conducta más responsable con nuestros semejantes, y de alguna forma, con los que vayan a venir en un futuro, es decir, asumiendo una actitud de respeto y de reconocimiento para con los que dejaron de estar con nosotros; tratando de concretizar el cambio que a ellos no les tocó observar y que seguramente a nosotros tampoco nos tocará ver, pero que tendremos que empezar a construir, y dejar listas las bases, para que en un futuro, se tengan las condiciones óptimas para algún día poder realizar los sueños.

Finalmente y aunque resulte irónico, quiero terminar por el principio, es decir, quiero dejar en último término la mención y de alguna forma la explicación del epígrafe que aparece al inicio del texto y con la que preparo y doy forma o sentido al mismo. Lo hago de esta manera, por que tal vez, dicha frase, contenga en mucho el pensamiento que orientó y que también por alguna razón, me impulsó a

profundizar en el tema, y más que eso, a considerarlo seriamente como el tema de mi tesis profesional.

La individualización de la pena, resulta ser una función de los órganos estatales encargados de impartir justicia y una actividad que merece toda nuestra atención por lo delicado de la materia, así como, por la trascendencia e impacto que puede llegar a tener en una persona y en nuestra sociedad. No se debe eludir el hecho de que la determinación de la pena es una cruda y amarga realidad que tenemos que enfrentar y asumir como seres humanos, con todas sus implicaciones sociológicas, jurídicas y morales.

Por esta razón, es necesario atender seriamente y dedicar un tiempo a la solución de los problemas antes referidos y tratar en la medida de lo posible, de evitar todos los aspectos negativos y estériles que pueda tener dicha actividad e intentar rescatar todo lo positivo y provechoso del actuar jurídico, tratando de encausar este animus de justicia que el propio ser humano, a través de su desarrollo, ha intentado alcanzar mediante formas de control social tales como la pena y su actividad individualizadora.

Considero que la humanidad siempre se ha topado con el gran e interminable problema de llevar a la práctica los proyectos y paradigmas que en la teoría y en sus finalidades pudieran ser vistos con buenos ojos y con buenos propósitos. Pero claro, hay que tomar en cuenta que dichos modelos son el producto de una necesidad real en algún tiempo y lugar determinados, y que paradójicamente la misma sociedad opone los obstáculos y contratiempos necesarios, mismos que finalmente vienen a dificultar la materialización de los buenos y nobles propósitos planteados. Muchos, si no es que todos los modelos teóricos pensados para la solución de determinados problemas fácticos, terminan finalmente descomponiéndose y todo aquel ideal formalista se convierte, en todo caso, en una cruda y material realidad, alejada de sus intenciones originales.

Tales características ¿serán tal vez el producto del constante olvido que los seres humanos tenemos de nuestro propio pasado?; Quizá también no nos conocemos aun lo suficiente como para saber y poder contestarnos ¿qué es lo que somos? y ¿qué es lo que nos ha llevado a ser lo que somos? y de alguna manera, ¿cómo podremos mejorar para aspirar, tan solo a ser, lo que tantas veces hemos soñado en convertirnos? o por lo menos, poder seguir siendo lo que hasta hoy hemos sido, sin continuar el proceso autodestructivo en el que nos encontramos.

Considero que el tiempo y momento histórico en el que se sitúa el presente estudio es significativo y muy especial en lo referente al entorno socio-cultural prevaeciente, ya que autores del fin del Milenio, en las dos últimas décadas, han empezado a cuestionarse la forma de vida que hemos llevado cabo a lo largo de la modernidad, y pareciera ser según estos autores que, estamos en presencia del inicio de un nuevo proyecto de vida o de un periodo posterior al que hemos venido diseñando a lo largo de la historia, dando con ello entrada o vigencia a un nuevo planteamiento o modelo de vida para el futuro, una vez transcurrido este nuevo o último periodo derivado de la modernidad.

Y en esta nueva etapa de la vida de la humanidad, tendrán que ser puestos en duda el esquema y la estructura que dio lugar a formar nuestro proyecto y modelo de vida, y la pregunta obligada sería, ¿tendrá que ser buscado algo que mejore el derecho penal? - o tal vez ¿se tenga que buscar algo mejor que el derecho penal? la respuesta está presente en nosotros mismos en todo momento, y dependerá de la orientación que demos a nuestro pensamiento. En este entendido, el presente estudio es en lo personal, el inicio de dicho proceso de evolución de las ideas prevaecientes hasta ahora, y claro está de las ideas y perspectivas del autor del presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONSTANTE INTERÉS HUMANO EN ALCANZAR LA ANHELADA JUSTICIA.

Podríamos empezar por señalar de manera resumida la evolución histórica de la "pena" o de la forma de reprimir en las diversas sociedades, desde las civilizaciones antiguas hasta finales del siglo XIX.

I. Periodo Antiguo. (Primeras Civilizaciones).

El derecho a castigar en la Antigüedad tenía un carácter teológico y por eso la justicia es siempre administrada por el rey, quien es el representante de Dios en la tierra.

En la antigüedad no existió la prisión como pena propiamente y sólo se conoció el encierro en determinados lugares. No obstante, en la etapa efervescente de los castigos corporales se le dio utilidad como antesala de aseguramiento y contención de la persona que iba a ser sometida a suplicios y a pena de muerte. Por sus características esta forma de detención no se puede considerar como principal antecedente de la prisión, pero fue práctica punitiva constante que inspiró la restricción de la libertad.

CHINA: En China el emperador personificaba a la divinidad y sus leyes eran absolutas, las penas eran corporales, degradantes y feroces; podían dirigirse a cualquier objeto, incluso cadáveres.

INDIA: El código de Manú en la India establecía penas cruentas y la responsabilidad era colectiva.

BABILONIA: El código de Hammurabi de Babilonia, revelaba cierto progreso en su concepción talional de la pena.

GRECIA: En dicha cultura, la pena es definida como "una medicina del alma", pero debe ser aplicada a través del dolor para lograr la corrección del individuo, y en caso de delinquentes incorregibles, estos han de ser eliminados, (es notorio el fin expiatorio de la pena en el pueblo helénico).

En Grecia y Roma la prisión o restricción de la libertad se aplicaba incluso por deudas de carácter civil.

ROMA: Las XII tablas, en Roma, seguían un criterio talional y emplearon como penas la flagelación con varas, azotes o bastones y la ruptura de miembros. En la República Romana se aplicó la marca a los calumniadores y con Dioclesiano la mutilación; muchas de las veces estas penas precedían a la pena de muerte.

PUEBLOS GERMANOS: En el derecho Germánico existieron las mutilaciones, la fustigación y el arrancamiento de cuero cabelludo. Esta etapa se caracterizó por infringir un daño físico al individuo, un dolor vivo basado en torturas de muy variadas formas, tantas como el ingenio del hombre creara, para ocasionar el más grave castigo que implicara sufrimiento.

En las formas de castigar utilizadas en la antigüedad, se puede apreciar la ferocidad y la sanguinaria con las que fueron puestas en práctica, siendo la pena de muerte un común denominador en todas las sociedades. La ritualización del castigo ante la población sigue una tradición religiosa y ejemplarizante.

II. Edad Media (alta y baja Edad Media V-XV).

En esta etapa la reacción contra el delito era la venganza privada por la parte agraviada, que consideraba la agresión como una declaración de guerra y el agresor tenía que enfrentar una contienda de sangre.

Había también otra forma de resolución del conflicto, era la imposición de una pena pecuniaria que debía ser pagada a la víctima o sus allegados; una asamblea de hombres libres efectuaba el juicio y obligaban al culpable al pago. La imposibilidad de pago de los delincuentes pobres los inducía a sufrir penas de tipo corporal. El clásico Talión "OJO POR OJO DIENTE POR DIENTE", orienta el sentido de la pena.

En el Siglo X, los religiosos instrumentaron el encierro para sancionar los actos pecaminosos, consistente en el aislamiento total del sujeto a efecto de obligarlo a la meditación y a la penitencia para expiar su pecado. La influencia del derecho secular se advierte en la penitencia del encierro a fin de compurgar su falta, la cual pasó al derecho común convertida en sanción privativa de libertad, represiva de los delitos comunes y por su carácter vindicativo. La celda monacal, llamada también carcer o ergastulum; era un pequeño aposento subterráneo, sin puerta ni ventana a la que se descendía por una escalera, semioscuro y sólo con luz suficiente para la lectura de los libros sagrados. La oscuridad, el ayuno, el rezo y, ocasionalmente la fustigación, eran parte de la penitencia. En algunos conventos existieron lugares tenebrosos dotados de cadenas para sujetar a quienes perdían la razón. De esta manera el pensamiento eclesiástico fundamento en la oración, el arrepentimiento, la constrictión y no en el castigo físico, la corrección del individuo.

La situación económica y social de la Edad Media se caracterizó por una gran pobreza de las mayorías y la riqueza de muy pocos. De acuerdo a los cánones

establecidos por el modo feudal de producción, el señor feudal poseía una gran propiedad de tierra que le permitía la explotación de los campesinos; ocurría entonces una enorme diferenciación social entre terratenientes y siervos; un sistema de producción agrícola condicionado a la fertilidad de la tierra y a la benignidad del tiempo. Así también, fue una época de grandes epidemias y mortandad por la peste, males que, sumados a la pobreza de los campesinos, los abrumó, y sin otras alternativas emigraron a las urbes. De este modo la emigración del campo a la ciudad formó conglomerados hambrientos, dando origen por primera vez a un significativo excedente de mano de obra, el cual fue aprovechado por los manufactureros de la época para reducir a niveles mínimos los salarios, agrandando de este modo la pobreza de las clases trabajadoras.

En este esquema podemos ubicarnos para comprender de qué manera, en la Baja Edad Media (Siglo XV) todos esos miserables desocupados, por su necesidad de subsistir, cometieron actos de bandidaje. Cambió el sentido de la calidad de criminal, las consideraciones morales y sociales se entremezclaron; la condición del responsable del hecho era lo determinante, de tal modo que si pertenecía a las clases sociales inferiores era tratado rigurosamente. La pena pecuniaria es reservada para los ricos y las penas corporales se convertían en la forma punitiva que sufrían los pobres.

Las penas corporales se incrementaron hasta convertirse en la forma de castigo normal, la pena de muerte se convirtió en medio de exterminación de los individuos que constituían un peligro social. Es esta una época de barbarie punitiva y de crueldad casi inimaginables, de ningún respeto a la vida ni a la dignidad humana.

ALEMANIA: En Alemania se aplicaron mutilaciones de manos, pies y dedos, se cortaban las orejas, se cortaba la lengua, se sacaban los ojos, se castraba, se azotaba y se arrancaba la carne con tenazas candentes.

FRANCIA: En Francia se aplicaron penas similares, también se cortaba y se taladraba la lengua y se marcaba con hierro candente. A un mismo sujeto podía torturársele de varias formas, el primer día se introducía el brazo en agua hirviendo, al segundo se cortaba, al tercero se le atenazaban las tetillas y así infinidad de castigos hasta el estrangulamiento o el descuartizamiento por caballos o la guillotina. Los castigos eran públicos y ejemplarizantes, el ritual del suplicio debía desplegar su magnificencia ante los que concurrían a presenciar la ceremonia de ejecución. El suplicio ritualizado cumple una función de operador político. El estado persigue con el castigo la intimidación de la población, pero no en un sentido utilitario de prevención del delito, sino tendiente a disciplinar a la sociedad a través del terror estatal.

Los medios punitivos utilizados por el sistema penal en la Baja Edad Media (Siglo XV), demuestran que no existía escasez de mano de obra, y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo al valor de la vida humana; de allí el mantenimiento de sanciones punitivas corporales y desvalorización del hombre.

III. **Renacimiento y Revolución Industrial (siglo XVI-XVIII).**

Periodo caracterizado por la utilización de la privación de la libertad de los delincuentes en provecho del Estado y de empresarios particulares. El tránsito de las sociedades por el mercantilismo. El advenimiento de la Revolución Industrial con el maquinismo y el nacimiento del proletariado y el surgimiento del capitalismo.

Entre los siglos XVI y XVII, en varios Estados europeos se aprovechó la mano de obra de los sentenciados a muerte. El criterio anterior de aniquilar a los delincuentes en la mayoría de los casos varió para esta época y se pensó en

utilizar esa fuerza humana en diversos servicios. A partir de entonces se revalorizó a la persona humana y adquirió significación su fuerza productiva.

Los países marítimos conmutaban la pena de muerte por las galeras, servicio consistente en manejar los remos de las embarcaciones. Cuando se descubrió la fuerza motriz del vapor volvieron obsoletas las galeras y se substituyó esta pena, por la de presidio en los arsenales; y cuando los hombres ya no fueron útiles al servicio de la marina fueron enviados al presidio militar para realizar trabajos en las armas o bien de fortificación. Pronto reprimieron a los vagabundos y miserables que deambulaban por las ciudades, la prostitución se castigó con trabajos forzados y los niños huérfanos fueron puestos a trabajar. Otra forma de conmutación de la pena de muerte era el destierro para colonizar los territorios conquistados en ultramar, los convictos fueron nuestros primeros colonizadores en América.

Gran influencia tuvieron las religiones luterana y calvinista en el surgimiento de las casas de trabajo para mendigos y vagabundos en Inglaterra y Holanda, basada en una filosofía ascética del trabajo y del ahorro, constituye un factor importante en el nacimiento del capitalismo. Con el deterioro general de las condiciones de vida, se poblaron las ciudades con gente miserable y hubo necesidad de promulgar leyes para el tratamiento de esa masa poblacional ociosa. Se reprimió la vagancia y la desocupación con trabajo y se incorporó a la producción esta mano de obra barata que era aprovechada por los empresarios que arrendaban al Estado las casas de trabajo. Los salarios en estas casas eran tan bajos que los obreros preferían vivir de la caridad; la poca rentabilidad del trabajo obrero y la rápida emigración de los campesinos a las urbes trajo como consecuencia un exceso de población desocupada y miserable que, al no tener alternativa de sobrevivencia, se dedicaba al banditaje. Se tomaron nuevas medidas para controlar a esa población desocupada y se empezó a obligar a los individuos aptos a trabajar, naciendo así en el siglo XVI las casas correccionales de Inglaterra, y Holanda, como por ejemplo Bridewell en Londres, en el año de

1555. Holanda desarrolló este tipo de trabajo, pues las condiciones de su capitalismo floreciente eran muy propicias para la explotación de la mano de obra.

El *rasphuis* Holandés del siglo XVII fue el prototipo de las antiguas casas de corrección, cuya función fundamentalmente fue enseñar la disciplina capitalista de producción. Dentro de este proceso manufacturero en las casas de corrección, el dogma del trabajo y la aceptación de la ideología protestante eran lo más importante en un primer momento para lograr adiestramiento y posteriormente para la explotación de la fuerza de trabajo; esto es, se sometía al individuo a la ideología burguesa y se le disciplinaba para la producción.

La forma de adiestramiento de la población desocupada, en las casas de trabajo del periodo mercantilista, es en consecuencia el modo de explotación del trabajo en las casas de corrección. Las casas de corrección eran concesionadas por el Estado a empresarios particulares, por lo tanto éstos estaban interesados no en la corrección sino en la explotación racional de la fuerza de trabajo; por esta razón aceptaron con beneplácito la mano de obra de los delincuentes, que junto con los miserables y vagabundos conformaban su población laboral.

Con la Revolución Industrial variaron las condiciones en el mercado de trabajo; el maquinismo desplazó al hombre y se derrumbaron los salarios, la oferta de mano de obra barata y el exceso poblacional de inmigrantes hacía muy difícil la situación de supervivencia de los pobres. La máquina transformó los sistemas de producción y sustituyó al hombre. Para entonces (fines del siglo XVIII) ya no era costeable el mantenimiento de las casas de corrección. La fábrica reemplazó a la casa de corrección, la fuerza de trabajo libre redituaba mayores ingresos económicos. La casa de corrección cayó en decadencia porque otras formas de explotación fueron más rentables. Sin embargo, queda por resolver la situación de esa gran masa de desocupados depauperizada y de la creciente criminalidad.

La clase dirigente se sintió tentada a retornar a los mecanismos más severos para controlar a la población. Había que buscar un método ideal para la contención de la criminalidad progresiva. No debe perderse de vista que en el ámbito jurídico-penal la pena tenía como finalidad la retribución fundamentada en la capacidad de culpabilidad del sujeto, que presupone el libre albedrío. Entendida así la pena retributiva persigue la realización de la justicia y el orden social, sin embargo, como hemos visto, la pena en esta prolongada etapa de la humanidad cumplió funciones diferentes a las asignadas por el derecho.

IV. Modernidad, Humanización de las Penas (siglo XVIII).

El pensamiento de los hombres de la Ilustración incidió en la transformación del saber jurídico y en la administración de justicia. El espíritu de las leyes de Montesquieu publicado en 1748 es una base sólida en la construcción del moderno derecho penal: legan al saber jurídico la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo, la colegiación de los jueces, la institución del Ministerio Público, la crítica al exceso inútil de las penas, la justa armonía de éstas con los delitos y la censura al absurdo de la tortura.

1764 es la fecha de aparición del famoso libro *De los Delitos y de las Penas* del ilustre César Bonesana, marqués de Beccaria, reformador del derecho penal. Su obra se divulgó rápidamente e inspiró las legislaciones de la época. Aun cuando su obra era más política que científica influyó en las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo. Con la aparición de su obra sentó las bases para pensar que, para que una pena produzca su efecto, basta con que el mal de la pena exceda el bien que nace del delito. Censuró la crueldad de las penas y la tortura, consideraba que las penas debían ser adecuadas al daño causado y sostuvo la abolición de la pena de muerte; el pensamiento de Beccaria no declina por la prisión como principal forma de sanción penal, así se demuestra con el fin

que otorgó a la pena, el cual en resumidas cuentas señala que, si el fin de las penas no es el de atormentar o afligir a un ser sensible, ni el deshacer un delito ya cometido.

Alguna influencia tuvo también el plan de legislación criminal de Marat de 1779, que señalaba la fijación de penas justas: Y en el que se deducía el delito del castigo, ya que era la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. En esta forma de pensar residía el triunfo de la justicia, e igualmente, el triunfo de la libertad, ya que no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre.

La pena para Beccaria tiene carácter utilitario y su fin principal es lograr con su aplicación el bien común y la protección del interés general. Nunca sugirió que las penas debían atormentar el cuerpo del recluso y sólo admitió la prisión como sustituto a la pena de muerte, a la cual siempre se opuso. Asimismo, sostuvo siempre que, el freno para la comisión de delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad. De esta manera el derecho penal comienza su período humanitario.

Por esta misma época (fines del siglo XVIII), en Inglaterra se desarrollaban algunos estudios sobre la prisión. John Howard, con actitud filantrópica, dedicó gran parte de su vida a visitar las casas de corrección, cárceles y demás recintos de miserables y delincuentes. En 1776 publicó su obra titulada "El Estado de las Prisiones", dejando plasmado en dicha obra, su humanitarismo y su deseo de humanización de las prisiones, denunciando las condiciones infrahumanas en que se encontraban los sujetos privados de la libertad. Conoció la problemática carcelaria de su época más que ningún otro, en su recorrido por las prisiones de diversos países pudo verificar las condiciones miserables de vida de los reclusos y el hacinamiento en los establecimientos carcelarios. Profesó la religión calvinista que inspiró su pensamiento; esa es la razón por la cual la reforma carcelaria la fundamentó en el aislamiento nocturno; el trabajo y la instrucción. Howard

señalaba que, el aislamiento evita la promiscuidad y las contaminaciones de carácter moral y físico, el trabajo es el medio de regeneración moral y quita al hombre del ocio; también mencionó que la instrucción se impartiría a través de la religión, y que al mismo tiempo se deberían mejorar los establecimientos y la alimentación de los reclusos.

Sus gestiones ante el gobierno inglés para la reforma de la prisión culminaron con la abolición del "Derecho de carcelaje", suma que los encarcelados debían pagar a los carceleros por su estadía forzada en la prisión, y consiguió que el gobierno pagara a los guardias. Asimismo logró que se efectuaran transformaciones en la administración carcelaria, los magistrados judiciales nombraron a los carceleros y guardias. Es así como la campaña humanitaria de Howard en las prisiones influyó en las reformas de esa institución y es él uno de los pioneros del penitenciarismo enfocado a la edificación de establecimientos destinados al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Jeremías Bentham filósofo y jurisconsulto inglés, además de creador del utilitarismo, aportó su concepción del orden jurídico, la cual, lo llevo a sostener que no existían derechos subjetivos anteriores a la constitución del Estado, siendo posible construir un orden normativo midiendo los placeres y los dolores que serían base para determinar la utilidad de las leyes. Al poder estimar los placeres y los dolores en su intensidad, duración, certidumbre, proximidad, fecundidad y pureza, tomando en consideración las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad; era posible clasificar las formas de bien y mal político determinantes de la utilidad pública, que no es otra cosa que la -suma total de las felicidades particulares-. De esta forma emerge de su pensamiento utilitarista el concepto de pena, que es un mal porque no produce felicidad a quien se le aplica, pero es un bien desde el punto de vista de la utilidad pública.

Publicó sus obras *Tratado de Legislación Civil y Penal (París 1802)*, y *Teoría de las penas y de las recompensas (París 1826)*, en donde expone

detalladamente su pensamiento jurídico que influyó en la reforma penal de su país y en los legisladores del Código Napoleón. Acorde a su filosofía y su actitud pragmática da a conocer el plano de su creación arquitectónica, "El Panóptico", diseñado para la construcción de un edificio circular, cubierto por un gran techo de cristal, cuyas celdas estarían construidas de modo que formarían ellas mismas la circunferencia, con amplias ventanas con vista exterior al círculo y en donde se alojarían un máximo de cuatro hombres. Su principal característica, y de ahí su gran utilidad, se advertía en la presencia de una torre central de vigilancia, situada en el centro del edificio que permitía a un solo hombre vigilar el interior de todas las celdas sin ser visto.

El panóptico estaba planeado para aplicarse a la construcción de casas de corrección, prisiones, manicomios, fábricas, hospitales, escuelas y en general cualquier establecimiento similar. De este modo Bentham se convierte en el artífice de la arquitectura penitenciaria.

El establecimiento para albergar a los reclusos debía ofrecer seguridad y economía en el cuidado de los internos y perseguir al mismo tiempo una moralización de los sujetos que implicará un entrenamiento para la forma de producción, toda vez que la enmienda del individuo se pretendía lograr por el trabajo.

Según los postulados de Beccaria y los iluministas, se considera que la pena debe reunir caracteres de divisibilidad, certidumbre, igualdad, analogía con el delito, eficacia contra el poder de dañar y eficacia con relación a la enmienda.

La prisión y el pensamiento humanitarista, fueron utilizados por la burguesía en ascenso del siglo XVIII y por quienes dirigieron la política represiva de la época (la aristocracia). Así, autoridades y empresarios dejan a un lado la pena de muerte y las penas corporales que conmutan por un "quantum de libertad". Estos fortalecieron las ideas de Beccaria, de Montesquieu, de Howard; porque

encontraron la coyuntura favorable para convencer al mundo de que la prisión era el medio de sanción más humano y atribuyeron a aquellos la idea, que decoraron con los principios de legalidad y taxatividad.

Es la práctica punitiva estatal lo que da origen a la pena privativa de libertad y es el poder político quien lo convierte en figura central del derecho punitivo. En la última década del siglo XVIII surge como sanción penal institucionalizada.

Es a fines del siglo XVIII donde se ubica el nacimiento de la pena privativa de libertad. La revolución Industrial estaba en su apogeo y junto con ella la burguesía en ascenso que paulatinamente desplazaba a la nobleza en el poder, los intereses económicos del floreciente capitalismo invadían el ámbito político con pretensiones de consolidarse como clase hegemónica del poder estatal.

En el medio social había surgido un estrato humano marginal en los países con próspero desarrollo industrial: el proletariado. Las grandes urbes de la época se sobrepoblaron y excedía la oferta de mano de obra. La Revolución Francesa había hecho explosión en 1789; caía la Monarquía y se constituía la República cuya soberanía residía en el pueblo; se proclama la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789). La Asamblea Nacional Francesa promulgó su Constitución (1791) y de ella emanó la legislación penal que establecía como sanción principal la pena privativa de libertad.

El pensamiento de los hombres de la Ilustración inspiraba las reformas sociales y su gran obra había trascendido en todos los ámbitos culturales. Los conocimientos de estos reformadores y sus ideas llegaron muy pronto a América, las 13 colonias Inglesas habían logrado su independencia el 4 de julio de 1776.

Es evidente la influencia de estos acontecimientos en el surgimiento de la prisión. Sin embargo la prisión no es creación de los iluministas porque ellos eran férreos defensores de la libertad y sólo la propusieron en casos excepcionales,

como conmutación a la pena de muerte, pero jamás como la pena idónea por excelencia para sancionar todos los delitos. En estas circunstancias las ideas reformadoras del derecho penal fueron bien vistas por los representantes del poder político y del creciente poder económico; ambos sectores acogieron las penas de prisión a su conveniencia, ya que aparecía como más humanitaria en relación con la pena de muerte o la tortura y atribuyeron al movimiento intelectual iluminista la humanización de las penas y la creación de la prisión.

La coyuntura histórico-política del paso del Estado Absolutista al Estado Capitalista incidió en el derecho penal. El estado absoluto viene a constituir el estadio necesario entre la sociedad de la Baja Edad Media y la sociedad liberal, esto es, permite el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y consecuentemente, la necesaria gran acumulación de capital. Por eso, con acierto se señala que el Estado Absoluto es un estado de transición. En cuanto a la pena en particular, implica una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo. En tal sentido la pena no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista.

V. Difusión del Penitenciarismo (siglo XVIII-XIX).

La filosofía humanista del liberalismo clásico animó a las clases hegemónicas a suavizar la justicia penal, pero la prisión se impuso por tres razones principalmente:

- a) Por la implementación de la prisión como pena sustitutiva a los castigos corporales y la pena de muerte que estaban siendo abolidos.
- b) Porque era un medio idóneo para la explotación del potencial productivo humano. Cuando fue necesaria la producción carcelaria, se

les hizo producir (explotación activa) y cuando había excedente de mano de obra, se contenía a ese contingente desempleado en la prisión, inhabilitándolo para la producción e inocuización de su potencial productivo (explotación pasiva)

- c) Para someter a los individuos a la política disciplinaria del Estado; disciplina para el trabajo y sometimiento al orden jurídico, es decir, volver a los individuos dóciles y útiles.

A finales del siglo XVIII, en Filadelfia, capital del estado de Pensilvania, surge la prisión celular edificada en el jardín de una vieja cárcel, Walnut Street Jail, cuya forma de purgar la pena se fundaba en el aislamiento celular, la meditación, la oración y el absoluto silencio. Al consumarse la independencia de las trece colonias inglesas, se promulgó su constitución, se abolieron la pena de muerte y la tortura y se encontraron ante la búsqueda del paradigma punitivo. El desarrollo industrial del floreciente capitalismo marcaba las pautas en las reformas sociales, por lo tanto, debía pensarse en la productividad, en el lucro y las casas de corrección ya no eran rentables así que había que hacerlas menos gravosas o más productivas. Como el empleo de la fuerza de trabajo del mercado libre era una mejor inversión, entonces no quedaba otra alternativa: reducir el costo económico de la institución y con ello su desaparición, es decir, se presentó como alternativa la prisión, que en un primer momento no incorporó el trabajo penitenciario.

Así las cosas, son los cuáqueros de Pensilvania, una secta de religiosos protestantes, quienes en 1770 revolucionan el penitenciarismo, dando origen con su obra a la primera institución destinada a purgar una pena privativa de libertad. Filántropos ascéticos, estos religiosos se hicieron cargo de las prisiones e impusieron su filosofía piadosa sustentada en el aislamiento, la reflexión y la penitencia para lograr el arrepentimiento y la reforma de la personalidad del recluso, no se incorporó el trabajo carcelario porque se tenía la convicción de que

no era rentable. De este modo la prisión viene a ser un reinvento de los cuáqueros norteamericanos.

Muy pronto el penitenciarismo se difundió en la unión americana. Así en 1796 se fundó una prisión en Newgate, en el estado de Nueva York; en 1804 en Charleston, estado de Massachusetts, y en Baltimore, en Maryland; en 1803 en Windsor en el estado de Vermont. En 1818 se aprobó una ley para la construcción de una penitenciaría en la localidad de Auburn, Nueva York; en este establecimiento se implementó el aislamiento celular nocturno, la oración, la meditación, el silencio absoluto y, como nueva modalidad, el trabajo penitenciario diurno. Este sistema se caracterizó por su régimen severísimo, pero tenía como argumentos a favor que abolía parcialmente el aislamiento celular e incorporaba a los reclusos al sistema productivo. Muy pronto este sistema penitenciario pensilvánico y auburniano se difundió por el mundo entero. En el año de 1846, en Francfort, Alemania, se llevó a cabo el 1er. Congreso Internacional de la Prisión, en donde la mayoría de los representantes de los países allí reunidos declinaron en favor del sistema Pensilvánico. Queda de esta forma constituida la prisión como sanción penal por excelencia y pronto se incorporó en las legislaciones alemana, francesa, belga y holandesa.

En **México** se promulgó el 7 de diciembre de 1871 el primer Código Penal Federal (Código Martínez de Castro) que estableció en su artículo 130 el sistema celular o Pensilvánico. Es de observarse que la Comisión redactora del Código Penal de 1871 abolió la pena de presidio, la pena de obras públicas, así como toda especie de trabajo fuera de las prisiones ya que tales tipos de sanciones no permitían el aislamiento celular y muy por el contrario, facilitaban la contaminación del reo.

El proyecto de fundación de la penitenciaría del Distrito Federal se inició en 1881 por disposición del presidente Díaz, quien comisionó a los Licenciados José Limantour, Miguel S. Macedo, Joaquín M. Alcande, Luis Malaco, a los generales

José Ceballos y Pedro Rincón Gallardo y a los Ingenieros Antonio Torres Torija, Emilio Segallo y Francisco Vera para la realización del proyecto. La construcción se inició el 9 de mayo de 1900 bajo el mandato de Porfirio Díaz y su reglamento recogió la corriente progresiva del sistema Irlandés.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NORMA PENAL APLICABLE, EN SUS DIFERENTES ETAPAS.

I. Proceso de Creación Legislativa (Individualización Legal).

El presente trabajo consiste principalmente en la atención al problema existente en todo proceso penal al momento de individualizar la pena abstracta al caso concreto y en particular al quantum de pena que deberá contener toda sentencia (individualización Judicial)

Sin embargo, antes de entrar en materia propiamente dicho, considero importante hacer un pequeño comentario respecto a la forma en que se da vida a la norma penalmente aplicable (individualización legal).

A continuación se señala un Modelo Político Criminal, aplicable al momento de creación de las normas penales.

El proyecto de Política legislativa² que a continuación se describe, está constituido principalmente por los siguientes aspectos:

1. Política Legislativa con relación al Derecho Penal.

- a) Situación previa a la Política Legislativa.
- b) Política Legislativa.

² Análisis de Política Legislativa del proyecto de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Agustín Pérez Carrillo, revista Alegatos, Num. 33, México, Mayo/Agosto de 1996.

- c) **Elaboración de normas considerando su relación con otras normas.**
- d) **Elaboración de normas tomando en cuenta la función social.**

a) Situación Previa a la Política Legislativa.- También podríamos llamarlo el escenario en donde finalmente tendrá que gestarse y desarrollarse el proceso de la política legislativa, es decir, será el marco contextual del que finalmente emanen los derroteros o de donde surja la iniciativa de legislación.

Podríamos considerarlo como el origen y campo de trabajo que deberá ser tomado en cuenta, al momento de idear una estrategia adecuada encaminada a resolver algún problema en particular. En dicho marco Político Social, encontramos circunstancias que forman parte de la problemática legislativa, tales como:

- El constante rechazo de ciertos grupos por las nuevas legislaciones, en por la limitación a la libertad de estos individuos (vulneración de intereses).
- El constante y preocupante aumento de la criminalidad, provocado por diversos factores, como son los económicos, culturales etc.
- El desprestigio y la pérdida de credibilidad en las instituciones legales, derivado de la falta de atención a las mismas y desgaste de las instituciones a favor de intereses ilícitos (corrupción).
- Situación de conflicto social en lugares determinados, derivado de falta de reconocimiento de los Derechos Humanos y la deshonestidad de ciertos funcionarios públicos.

El conflicto social se puede apreciar mediante la aparición de algunos síntomas como son: pobreza, marginación e insalubridad, falta de educación, falta de una infraestructura y cultura democrática, falta de justicia y grandes desigualdades sociales, disturbios sociales, etc.

Habrá que partir de la base de que para iniciar un proyecto de reforma legal, tendrá que enfocarse la mirada en lo que ocurre día a día en nuestras calles y entender cuál es la cruel realidad en la que vivimos, para con ello poder legislar normas más acordes a las necesidades y exigencias del pueblo.

b) Política Legislativa.- Se define a la política legislativa como la "actividad en la que convergen diversas disciplinas, cuyos propósitos son el conocimiento y análisis de todas las variables relevantes de los problemas sociales, sus relaciones significativas y la definición de cuáles serían las soluciones más apropiadas a los problemas planteados, en tanto se pretende la creación, modificación o derogación de leyes, así como, analizar, evaluar y criticar las leyes establecidas o los proyectos que se pretenden aprobar y en su caso proponer las mejoras pertinentes a los proyectos legislativos procurando con ello cooperar en la mejor y más eficaz metodología para la toma de decisiones legislativas"³.

La política legislativa contendrá los siguientes aspectos:

Descripción de la situación problemática.- Al ubicar el problema, será fundamental determinar cuál es el objetivo para el que se creará la reforma legislativa.

Es difícil localizar con precisión los problemas sociales, en general en el México actual no hablamos del problema real, la discusión versa alrededor de los síntomas o resultados del problema en sí, pero no de las causas reales y con ello generalmente no se ataca efectivamente al génesis del mismo y por ende no desaparece éste.

³ Ibidem.

Las normas jurídicas no son la solución a todo problema, sin embargo hoy en día, no se ha hecho mucho por pulir y optimizar la función que desempeña el derecho y sus instituciones.

Nuestro sistema jurídico está sumido en una crisis de credibilidad y de anquilosamiento funcional. Es difícil precisar cuál es mayor problema, pero esto no debe ser obstáculo para dejar de atenderlo y discutirlo ampliamente en los diversos foros.

En la sociedad algunos medios de comunicación ocupan su tiempo al hecho criminal, pero no atienden al origen, sólo se conforman con comercializarlo, se limitan a evidenciar los aspectos criminógenos de relativa fácil recepción para el grueso de la población, creando una distorsión de la realidad o una visión parcial y muchas veces polarizada y tendenciosa.

Determinación de objetivos.- Es importante en esta etapa plantear y definir detalladamente, cuáles han de ser los objetivos que se pretenden alcanzar con la implementación de alguna determinada estrategia de acción.

Descripción de las opciones para lograr los objetivos.- En todo proceso de creación legislativa, se deben ponderar los diferentes medios que se tienen a la mano para afrontar determinados problemas o para alcanzar algún fin en especial.

Siendo una función multidisciplinaria, se tienen diversos criterios de cómo atacar el problema. En este entendido, las normas tendrán que ser el resultado de un proceso de conformación multidisciplinario y enriquecido por diversas formas de pensar, antes de ser sometido a discusión.

Identificar los criterios para jerarquizar las opciones.- Habrá muchas formas de ver el problema y al tener un amplio espectro de los medios y opciones, tendremos que avocarnos en determinar los criterios fundamentales.

Por ejemplo, criterios valorativos tales como la "justicia", "seguridad", "bien común", "equidad", etc.;, así como los instrumentales, tales como certeza en la producción de resultados, entre otros⁴.

Consideración de los impactos de cada una de las opciones.- La creación de normas es una cuestión muy delicada, porque podrían implicar una franca oposición de ciertos sectores, es importante considerar el posible impacto, su real aplicación y la posibilidad de alcanzar el mayor número de satisfactores para la sociedad, con las reservas de cada caso en particular.

Será necesario medir la factibilidad o no de determinada norma o reforma. Se podrían simular los inconvenientes y de esta experiencia, modificar o de plano rechazar los proyectos.

En los órganos encargados de la creación y modificación de nuestra legislación ha existido por razones políticas, una verdadera hemorragia legislativa y en razón de ello, se debería promover la creación de un nuevo esquema legislativo, así como, la concientización de que no es lo más conveniente crear leyes al vapor.

Construcción de los modelos teóricos.- En esta etapa, como lo señala el maestro Agustín Pérez Carrillo⁵, "corresponde explicar los factores relevantes de la situación problemática, indicar las relaciones significativas entre dichos factores, formular hipótesis sobre dichos factores y sus relaciones entre sí y describir la posible adecuación de los medios a los fines propuestos, en otras palabras la

⁴ Agustín Pérez Carrillo, Diplomado en Control Social y Política Criminal, Instituto Nacional de Ciencias Penales Julio/Diciembre de 1997.

adecuación de las opciones a los objetivos". Es importante fortalecer el proceso de técnica legislativa, estadísticas, datos económicos, político sociales, sondeos entre la población y en grupos influyentes.

Las opiniones de juristas son de suma importancia, no tienen que ser las más famosas, será necesario acudir a instancias tales como escuelas o los sitios en donde a diario se aplican y analizan las normas.

Toma de decisión.- Es importante en esta etapa del proceso legislativo, el jerarquizar las opciones de acuerdo a los criterios previamente señalados y practicar valoraciones sobre las formas más adecuadas de abatir y reducir los costos y las consecuencias desagradables que pudieran existir con relación a la situación problemática, pero sobre todo, tomar conciencia de la importancia de votar una ley, por el impacto que esto representa tanto en la sociedad como en el sistema y estructura de gobierno.

c) Elaboración de normas en su relación con otras normas.- En las actividades de redacción de los textos legales debe respetarse el principio de coherencia, el cual exige que no haya conflictos con normas del mismo sistema jurídico, es decir, con los preceptos Constitucionales, o las otras leyes de igual jerarquía, ni mucho menos entre los propios preceptos de la ley de que se trate.

d) Función social de las normas jurídicas.- De acuerdo con la función social de las normas jurídicas se establecen los siguientes criterios de análisis:

Adecuación a las condiciones sociales y al grado de libertad política.- Se desprende una relación idónea entre la legislación establecida y los requerimientos de una realidad social determinada; no todas las sociedades son iguales; los factores educativos y políticos en cada una de ellas, son variables que deben ser consideradas.

⁵ibidem.

Precisión y sencillez de las normas jurídicas.- Este criterio se refiere a facilitar la comprensión de las normas jurídicas para que se cumpla la función de guiar la vida en sociedad. Se relaciona con los problemas semánticos y sintácticos.

Necesidad y utilidad.- Es importante resaltar la importancia de estos criterios, ya que permiten darnos cuenta de cuáles leyes, con relación a las actuales condiciones sociales y políticas de la Nación Mexicana, son útiles o no.

No-inclusión de facultades discrecionales irracionales.- El peligro de otorgar un número amplio de facultades discrecionales en una situación de conflicto social, es la actitud de considerar que existen límites para su ejercicio, en tanto formalmente se admite la posibilidad de actuar o no actuar en determinadas circunstancias.

Con relación a la política legislativa y el derecho penal, algunos renombrados penalistas han señalado que las reformas penales^{6 7} desgraciadamente no se han podido liberar de esta tendencia hacia el cambio incontrolado, lo cual obedece a muchos factores, menos al del consenso entre los distintos medios académicos, profesionales e institucionales, etc.

Estos ejemplos de inquietud crítica, con relación a las actuales reformas penales, tienen que ver por un lado con la poca seriedad con la que se realizan, los cuales como antes señalamos, deben ser coherentes y entrar a un esquema social y político determinado, y si se rompe con estos principios, lo único que se logra es una gran crítica por parte de los estratos intelectuales más conocedores del tema como son los abogados postulantes y los académicos.

⁶ La reforma Procesal Penal en la Constitución, *¿derecho democrático o derecho autoritario?*, Sergio García Ramírez, Criminología, Año LXIV, N° 3, sep-dic 1998, México.

⁷ Fernando García Cordero, "La reforma 97-98 una reforma de la reforma.....otra vez". Ibidem.

Debemos finalmente darnos cuenta de la importancia que merecen las leyes penales y el cuidado que se debe tener al elaborar las normas o modificarlas, ya que al parecer el poco tacto y poco conocimiento de nuestros gobernantes, provoca algunas veces, que los problemas se agraven y en lugar de mejorarlos o solucionarlos los arraigan aún más, dejando todo el paquete de responsabilidades a las personas que los vienen a sustituir y son éstas, a quienes se les cobra la factura por errores del pasado, provocándose un círculo vicioso.

2. Descriminalización y Despenalización.

Para hablar de despenalizar y descriminalizar, debemos partir de la base de que estas dos formas de denominar una actitud derivada de la Política Criminal, son en lo general lo mismo, toda vez que la primera se construye a partir del término crimen y la otra a partir del término pena.

El vocablo *Crímen*⁸ deriva del Latín "Crimen" o delito grave. El maestro Luis Rodríguez Manzanera, señala la diferencia entre crimen y delito. Crimen es la conducta antisocial propiamente dicho, es un episodio que tiene un principio, un desarrollo y un fin; este autor distingue entre crimen y delito, diciendo que delito es la violación a la ley penal.

Siguiendo un criterio en este sentido, podríamos señalar que, las conductas realizadas en una sociedad que son consideradas antisociales, la ciencia encargada de su estudio las define como crímenes (aspecto sociológico)⁹. Este término es más amplio que el jurídico, aunque en algunas legislaciones, como la alemana, "crímen" es considerado el delito más grave contemplado en la ley¹⁰.

⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo II, pag 358.

⁹ Criminología, Luis Rodríguez Manzanera, Ed. Porrúa, México.

¹⁰ División Tripartita (contravenciones o faltas administrativas, delito, y por último crimen).

Si bien a grandes rasgos definimos lo que para fines prácticos se considera como crimen, lo justo sería hacer lo mismo con la palabra *Pena*, pero si para poder definir crimen fue necesario dejar fuera muchos argumentos importantes expresados a largo de todo el proceso histórico existente en torno al tema en la materia criminológica, al pretender definir la pena, tendremos que ser igualmente concretos y poco generosos al no profundizar en el tema; toda vez que sería materia de un tratado completo por separado. Sin embargo podremos a grandes rasgos dar una idea del origen del vocablo y señalar, además de lo ya señalado en el capítulo de historia, algunas definiciones que grandes autores han dado.

Quiero aclarar que no es fácil explicar qué es la pena, puesto que hoy en día se sigue discutiendo sobre su contenido, lo que sí puedo es dar mi modesto y pequeño punto de vista.

Desde un principio el hombre ha tenido ciertas constantes que lo han marcado a lo largo de toda la historia de la humanidad, entre ellas considero que la pena ha sido una de ellas, quizá en algunos momentos llamándole de una forma o de otra; pero ese ánimo que tiene el ser humano de ejercer un cierto poder justificándolo de diversas maneras, es algo que sin duda es inherente a la humanidad.

Al hablar de pena tenemos que forzosamente referirnos a las diversas teorías que se refieren a su fundamentación y finalidad como las absolutistas de Kant y Hegel y las relativas, como por ejemplo la de Feberbach (prevención especial y general), así como las mixtas o eclécticas¹¹.

Pero sin duda hay algunos conceptos que no podemos dejar de mencionar, como por ejemplo el de Von Liszt, quien señala que la palabra pena como tal, sólo

¹¹ Teoría General de las Sanciones Penales, Roberto Reynoso Dávila, Ed. Porrúa, México 1996.

se encuentra desde principios del siglo XIV¹² y casi siempre se relaciona desde un principio con un mal que el juez penal inflige al delincuente, producto de un delito. Por otro lado Antolisei, Fontan Balestra, lo identifican como un castigo o dolor; autores más recientes como Mayer, incluso le asignan fines y funciones especiales a la pena¹³.

Autores como Carrara o Binding, se avocaron a la tarea de señalar características de la pena que pretenden conciliar los diferentes fines antes señalados, es decir, tomando como base el fundamento de la pena y además encaminado a una finalidad.

Binding señala que la pena no es venganza, aún cuando debe ser necesariamente un mal desde un punto de vista del delincuente. Es decir, el Estado adopta la pena como un arma necesaria para afirmar el derecho; no tiene por fin hacer un mal y por eso renuncia a la pena cuando la juzga superflua.

Finalmente debe decirse que siempre habrá quien argumente y objete a las diversas teorías que existen respecto a la pena y que por cuestiones de espacio, sería prácticamente imposible tratar en este momento, pero como señala Antolisei¹⁴, "todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres ideas fundamentales, la retribución, la intimidación y la enmienda".

Por el momento dejemos a un lado la definición de crimen y de pena y pasemos al análisis de la descriminalización y la despenalización.

Quiero recordar que en los capítulos anteriores he señalado la importancia y la necesidad de crear y funcionalizar las leyes y normas que nos tendrán que

¹² Ibidem.

¹³ 1).- La pena debe actuar social-pedagógicamente sobre la colectividad (prevención General).
2).- debe corregir al sujeto castigado y proteger a la colectividad de este (prevención especial).
3).- debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (llamada respeto a la personalidad).

regir en sociedad; pero como también lo señalé, las leyes no son el medio o la panacea que lo solucione todo, máxime cuando estos medios legales no atacan la raíz del problema y tan sólo se limitan, en el mejor de los casos, a maquillar los síntomas y reflejos de los mismos.

Asimismo, existen algunas penas establecidas ya en la ley, las cuales, es un hecho que lejos de llevar a cabo los fines para los que fueron creadas y de atacar al problema, lo agravan por diversas razones que más adelante mencionaremos.

Valdría la pena mencionar que a lo largo de la historia de las ciencias penales como tales, han existido algunos personajes que no han estado del todo de acuerdo en sus bases y fundamentos, es decir, han creado movimientos reformadores a lo largo del desarrollo de las ideas, produciendo un proceso dialéctico de crecimiento y conformación del pensamiento jurídico.

Por ejemplo, en las últimas décadas en Europa y América Latina, se han gestado movimientos intelectuales des-estructuradores en diversas materias: criminología, psiquiatría, derecho, etc. y algunos de ellos han evidenciado la necesidad de modificar todo el esquema y funcionamiento del derecho y en especial de las funciones encargadas de la impartición de justicia que, por lógicas razones, cobra especial relevancia en todo la estructura legal y social.

Algunas de estas formas de atender el problema no son realmente tan nuevas como pudiera pensarse, y señalan la importancia de dejar como último recurso al derecho penal o también llamado control social duro. Por ejemplo, si se toman en cuenta los principios de fragmentariedad, subsidiariedad, y de última

¹⁴ Citado por Roberto Reynoso Dávila, teoría de las sanciones penales, Ed. Porrúa, México.

ratio,¹⁵ resulta más conveniente resolver ciertos problemas que aquejan a la sociedad, sin necesidad de aplicar la instancia más fuerte y represiva del Estado.

Señalé anteriormente que esta forma de pensar no es tan nueva, toda vez que no es difícil comprender que en una materia tan delicada como la judicial, siempre han existido algunos excesos, y por ello, siempre habrá gente que señale esos defectos y sugiera algún tipo de solución.

Considero en este sentido que la historia es un proceso dialéctico y a la vez cíclico con pequeñas variantes en cada etapa. Sin duda hoy en día, en nuestro país, el problema de las leyes es un problema delicado, tal vez ya vivido en otras épocas anteriores, pero con las variables propias de nuestro tiempo, y es por esta razón que tendremos que mirar al pasado y tratar de estudiar los errores que hemos cometido para ya no volver a repetirlos.

Dicho lo anterior, volveremos al tema de la despenalización o descriminalización, para señalar lo siguiente: si se me permitiera hacer algún tipo de diferenciación entre estos dos términos, yo sugeriría ésta; *Descriminalizar* significaría la actitud que se lleva a cabo a nivel de individualización legal y también fuera de este, encaminada a apreciar empíricamente las conductas reprobables en una colectividad determinada, que de acuerdo a sus diversos intereses sociales considera necesario eliminar o menospreciar. Lo anterior tiene cabida en un marco jurídico social amplio, es decir, se tomarán en cuenta aspectos sociológicos o criminológicos; por ejemplo, la conscientización por parte de los miembros de una sociedad, de que algunos fenómenos existentes en ella, por sus especiales características, no afectan al libre y sano desarrollo de la comunidad (eliminación y depuración de los tipos penales). Esto llevado al extremo en un ámbito jurídico penal a nivel de la teoría del delito, tiene que ver con la antijuridicidad. *Despenalizar*, para mí significaría la actividad exclusivamente

¹⁵ La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Raúl González-Salas Campos, Pág. 103 y ss. Ed. Pérez Nieto Editores.

a nivel también de la individualización legal, que permite bajo condiciones de estudio y análisis estricto, promover disminuciones a la punibilidad de determinadas conductas, como resultado de la implementación de las políticas criminales progresistas.

Otra definición citada por José María Rico en lo referente al término descriminalizar señala que, "descriminalización significa el proceso por el cual ciertos comportamientos que el legislador había clasificado como crímenes en un momento dado son eliminados de dicha categoría. En otros términos, descriminalización es hacer perder a una infracción su carácter criminal"¹⁶.

Este autor hace un especial énfasis en la crisis que sufre la actual justicia penal, y como una posibilidad para resolver ésta problemática señala a la actitud Descriminalizadora, la cual ha sido un tema por demás importante en la Política Criminal de los últimos años.

Entre otras cosas señala también que "las sociedades contemporáneas, como consecuencia de procesos intensos y acelerados de urbanización y de industrialización, se han vuelto o se están volviendo cada vez más complejas, pluralistas, técnicas y despersonalizadas. La criminalidad, a su vez, crece y se transforma. La administración de justicia penal sigue perpetuando un sistema tradicional e inadecuado. Los códigos penales dejan mucho que desear. Los sistemas u organismos que componen la administración de justicia penal están fragmentados e incomunicados entre sí. Los servicios policíacos se encuentran en una situación problemática ya que no pueden controlar con eficacia a la criminalidad y además se encuentran en muchos casos sumidos en la total corrupción y cohecho con los delincuentes, la mayoría de los jueces poseen una formación no del todo apropiada para evaluar al mundo complejo de hoy. Las penas clásicas prisión y multa, no han probado la eficacia que de ellas se

¹⁶ Las Sanciones Penales y la política Criminológica contemporánea José María Rico Ed. Siglo XXI 3ª edición pag. 131

esperaba. Se carece de lineamientos generales para la articulación coherente de una política criminal moderna. No podemos dejar de mencionar el hecho de que las cárceles se encuentran en su mayoría pobladas de personas que provienen de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, y por otro lado, el reiterado olvido de las víctimas del delito. Y si este sombrío panorama no fuera suficiente, ciertos estudios en la materia han señalado a la propia administración de la justicia como un importante factor criminógeno, ya que dicho sistema al ser aplicado de manera desafortunada a los fines para los que está diseñado y que además está mal adaptado en general, a menudo tiende a deformar y puede crear condiciones criminógenas especiales¹⁷.

Huslman, criminólogo holandés¹⁸ señala algunos criterios que deben regir todo proceso encaminado a evitar la criminalización atroz, tales como:

- La criminalización nunca debe fundarse de manera exclusiva en el deseo de imponer a todos una concepción moral dada respecto a una conducta determinada.
- La criminalización no debe de servir de pretexto para la supuesta solución de un problema.

Asimismo este autor señala otros criterios que constituyen una contraindicación a la criminalización, como son:

- De conductas que sólo se manifiestan en grupos sociales débiles, objeto de discriminación o en peligro de serlo.
- De conductas que no suelen ocasionar denuncias a la policía.
- De conductas muy frecuentes o propias a gran número de personas.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem. pag.153

- De conductas que sólo se presentan en condiciones normalmente de extrema miseria física y moral.
- De conductas cuya definición precisa es difícil o que la población considere admisibles.

Podemos afirmar que la descriminalización se puede manifestar en dos formas: A nivel legal y a nivel sociocultural o de hecho, considerándose que la segunda precede a la primera. Este fenómeno como señalamos anteriormente, se debe a que en muchas ocasiones en la sociedad o en la comunidad se presentan algunos factores que dan como resultado una situación de facto en lo que a la actitud ante conductas llamadas criminales, plasmadas en la ley y que a la sociedad, tal vez, no las considere una amenaza grave para la sociedad.

Finalmente podemos señalar que la finalidad de la descriminalización, consistirá entre otras cosas en:

- Aliviar la sobrecarga de trabajo del sistema penal, la cual es en muchas ocasiones, el factor principal para que dicho sistema no pueda cumplir satisfactoriamente la misión que el estado le ha encomendado, permitiéndole así encargarse con mayor seriedad de los asuntos más graves y urgentes.
- En evitar la superpoblación penitenciaria y la estigmatización de numerosas personas.
- En adoptar la legislación penal a las realidades de su tiempo.

3. Indeterminación Legal Relativa (sistema de máximos y mínimos).

Antes de dar inicio al estudio respecto a la indeterminación legal, es de resaltar que el presente tema al ser dedicado a la individualización judicial de la pena, tiene estrecha relación con los diferentes momentos previos a la misma.

Es decir, para fines de investigación, podemos hacer la siguiente división en lo que a la pena y su creación se refiere, Individualización Legal, Judicial y Administrativa, esto es, podríamos señalar a estas tres etapas de la individualización como tres diferentes fases que nos permiten comprender un poco mejor la dificultad y amplitud del tema y a continuación solo nos referiremos a la individualización legal.¹⁹

La fase legal de individualización, es aquella en la que en primer lugar se establecen las condiciones para decidir la clase de consecuencia jurídica que se deriva del delito, bien por que se puede elegir entre más de un tipo de sanción, o bien, por que haya que encuadrar la sanción en una determinada escala de duración, y en segundo lugar, por el establecimiento de circunstancias especiales - agravantes, atenuantes, participación, y grados de ejecución mediante las cuales el marco penal genérico se completa.²⁰

La determinación o individualización legal, es un momento previo a la individualización de la pena aplicable a una persona, pero dicha actividad en este caso legislativa, condiciona su primer estadio, es decir, en pocas palabras se trata del establecimiento del marco penal.

En la etapa legal o de creación de la norma, por razones obvias, se encuentran indeterminados algunos aspectos propios de ella, ya que en ese momento se ignoran los detalles del caso en particular y es en la etapa Judicial donde se lleva a cabo la instrucción del proceso, en donde se individualiza la pena a una persona en particular.

¹⁹ En un capítulo posterior se atenderá al tema de la Individualización Judicial de la pena, por ser éste el tema fundamental de mi tesis.

²⁰ Mercedes García Aran, Criterios de Determinación de la Pena en el Derecho Español, Ediciones Universidad de Barcelona.

Esta fase es de suma importancia, por que es el momento en donde se materializa en forma de norma legal el criterio y el marco jurídico, de donde los jueces extraerán los fundamentos aplicables para fortalecer sus determinaciones, y el marco legal en donde tendrán que actuar diariamente interpretando su contenido, todo ello atento a los fines de la pena y de los criterios fijados por el sistema de protección de Bienes Jurídicos.²¹

Esta última reflexión nos lleva a concluir que, en el proceso de individualización de la pena, cobra singular importancia la actividad legislativa de creación de normas, en especial, el hecho de determinar con precisión los límites y fundamentos de la pena.

Esta consideración lleva al planteamiento del papel jugado por el injusto en la delimitación de lo punible, por lo tanto, si se ha producido la lesión de un bien jurídico, se ha cumplido el primer paso para la imposición de una pena. El Injusto enmarca la sustancia de aquello que puede ser castigado.²²

Dentro de nuestro estudio respecto a la fijación del marco penal aplicable, podemos señalar que existen varios sistemas para determinar esta circunscripción dentro de la que variarán los máximos de pena y los mínimos de pena de acuerdo al grado de importancia que el sistema de bienes jurídicos determine para cada caso en particular.²³

²¹ Con relación a la teoría del bien jurídico el Dr. Raúl González-Salas Campos, Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Pérez Nieto Editores México, 1995.

²² op. cit. (Mercedes García Aran).

²³ Aquí es importante tener presente que, si bien es cierto que el sistema de bienes jurídicos es un punto de referencia para determinar cuales son las conductas y circunstancias que la sociedad considera más importantes de cuidar y vigilar, también lo es que, no es el único criterio que debe imperar al momento de determinar y criminalizar las conductas, ya que la Política criminal, la criminología las diversas materias relacionadas con las ciencias sociales, y los diferentes medios de control social existentes, sirven y deben actuar como moduladores de la criminalización de determinadas conductas, en atención a los principios fragmentariedad, subsidiariedad y ultima ratio del derecho penal.

Pero sin lugar a dudas, cualquier intento de clasificación requiere de la distinción entre las referencias al momento legal y al momento judicial, ya que ambas producen algún tipo de indeterminación tanto de la pena en general en abstracto, como del quantum de la misma al momento de dictar sentencia y al momento de concretar y aplicar la ley a un gobernado.

Para comprender un poco mejor esta doble problemática respecto de la indeterminación legal y la judicial, tendremos que hacer un poco de historia y remontarnos a los orígenes de las corrientes que se referían a la reforma del delincuente, y situarnos en la Europa a finales del siglo XIX y principios del XX, dentro de la escuela positivista italiana y de la escuela correccionalista en menor grado. "La idea de adecuación de la clase y medida de la pena a las necesidades de la re-educación daba pie a la demanda de la no-fijación del término de la condena, dejando la decisión respecto a ésta condicionada a la evolución del tratamiento impuesto al recluso. El símil entre la pena y la medicina, entre reeducación y curación, es utilizado por los correccionalistas como base para defender la imposibilidad de prefiar el tiempo necesario de duración de la sanción"²⁴.

La indeterminación será absoluta si no se establece ningún tipo de límite a la condena y relativa si se fijan o bien un máximo o un mínimo o bien ambos a la vez.

Prácticamente toda la teorización de la indeterminación absoluta, se realiza a partir del tratamiento de la individualización judicial y de etapas posteriores, por esa razón, nos referiremos en un capítulo posterior al estudio de dicho tema, atendiendo por lo pronto al aspecto propiamente dicho de la indeterminación legal relativa.

²⁴ Jiménez de Asua, op. cit. por Mercedes García Aran, criterios de determinación de la pena en el derecho español, pag. 68.

En el análisis de la indeterminación legal, analizaremos una de las variantes que existen en cuanto a la indeterminación en la fase legal (indeterminación relativa), es decir, a la variación que pudiera darse en cuanto a la medida de la pena. Esto quiere decir que esta variante significa la solución intermedia, entre una determinación legal inamovible en cuanto a la cantidad de castigo en cada delito y una absoluta ausencia de límites legales a la decisión judicial.

Podríamos decir que la indeterminación relativa, es el reflejo del proceso histórico que en su momento significó la reacción al régimen sumamente arbitrario y sin límite que prevalecía en el régimen anterior a la Revolución Francesa y que significó sin duda, un movimiento de humanización producto de las ideas aportadas por los autores correspondientes al periodo de la ilustración. El triunfo del principio de legalidad, imponía la necesidad de que a través de la ley se conociera de antemano la cantidad de pena aplicable a cada conducta.

El sistema de marco penal o de indeterminación legal relativa de las penas, es sin duda un logro producto de su realidad y necesidad histórica, que en su momento, procuró que la necesaria individualización del castigo y los límites del arbitrio judicial, se comprometieran entre sí, en aras de una mejor impartición de justicia.

Este sistema esta ampliamente difundido en muchas de las legislaciones que han indirectamente influido en la nuestra, lo aplican, por ejemplo la Italiana, Española y Francesa. Pero existen variantes en algunas otras legislaciones, como es el caso de la Alemana, aunque claro está, todas ellas contienen características que las hacen definitivamente diferentes a la nuestra.

Sin abundar en el sistema adjetivo de normas que cada país tiene para la aplicación de la pena, en muchas ocasiones podría significar la gran diferencia entre sistemas jurídicos mas o menos desarrollados y otros no tanto

Otra de las variantes que encontramos en la indeterminación de la pena, se refiere al tipo o clase de ella que se aplica.

En cuanto a la clase de pena.- Es la posibilidad que ofrece la ley de imponer ya sea una u otra pena de las que estén señaladas en las normas, es decir, en algunos casos cuando se prevea la aplicación de una pena y en la misma norma exista señalada otra pena alternativamente, se podrá elegir entre cualquiera de éstas al momento de individualizar la misma.

Aunque los límites de máximos y mínimos por un principio de legalidad y seguridad jurídica, están previamente señalados en la norma y de que en todo caso el Juez instructor será el encargado de aplicar o individualizar el quantum de pena a cada condenado por algún determinado delito, existen algunos casos en donde la misma ley tiene contemplados la superación de los límites máximos y mínimos, como por ejemplo cuando se realiza determinada conducta bajo ciertas circunstancias que se consideran agravantes del delito, o en caso contrario cuando se realizan las conductas bajo condiciones que se pudieran considerar atenuantes²⁵.

4. Sistema de Doble Vía.

Algunos autores como Loghi²⁶, señalan que el estado provee una doble tutela, represiva y preventiva, a la primera corresponden las penas que tienen un fin de retribución y a las segundas, se les atribuyen funciones de seguridad o preventivas.

Lo antes señalado nos obligaría a remitirnos seguramente, al estudio de las diversas teorías de la pena que existen en el foro de discusión en la materia de las

²⁵ Los casos en particular se encuentran contemplados en la legislación.

²⁶ Teoría General de las Sanciones Penales, Ed. Porrúa S.A México 1996. Roberto Reynoso Davila Pag.54.

ciencias penales, es decir, las teorías retributivas y preventivas, pero en el presente capítulo, nos abocaremos más bien, a la tarea de señalar la convivencia que se ha creado entre ambas, y que se le conoce como binarismo, el cual es el resultado de la utilización de estos dos sistemas de justificación de las consecuencias de una conducta delictiva.

Dicho de otra manera, nos referiremos a las penas por un lado y a las medidas de seguridad por el otro y que en su conjunto se denomina sistema de doble vía.

En términos generales la diferencia entre unas y otras radica esencialmente en que la pena es aflictiva, mientras que la medida de seguridad carece de eficacia expiacionista, mientras con las penas se provee la represión directa e indirecta contra los normales, las medidas de seguridad se utilizan para la prevención directa de los sujetos peligrosos²⁷. Cabe hacer la aclaración que en muchas ocasiones no se llevan a feliz término los objetivos destinados para las penas y las medidas de seguridad, es decir, en ciertas condiciones la simple imposición de la pena podría además de servir como castigo, también podría sin que fuera su función primordial, servir de alguna manera como medida para una superación o evitación de determinadas conductas, pese a que, teóricamente ésta no sea su finalidad. Lo anterior también se puede aplicar para las medidas de seguridad en sentido contrario, es decir, se puede dar el caso de que una medida de seguridad resulte tan o más aflictiva y retributiva o vindicativa que la propia pena.

En México el Código penal de 1871 contemplaba a la pena como sanción única (retribución moral por el hecho cometido), y en el Código de 1929, como

²⁷ Considero que este adjetivo es muy estigmatizante, y coincido con muchos autores en que sería difícil determinar quien es y quien no es peligroso en una sociedad tan plural como la actual, y en la que por tal razón hay una cantidad de intereses encontrados entre sí, que si no se toman en cuenta con la debida prudencia podrían fácilmente confundirse y provocar problemas al momento de la creación de los criterios para identificar "lo peligroso" de lo "no peligroso".

medida de seguridad²⁸. Pero fue el Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, el que introdujo en el mundo del derecho punitivo Mexicano "il doppio binario", es decir la doble vía, como sistema complejo de medios de lucha contra la delincuencia.

Las medidas de seguridad atienden a aspectos mas bien endógenos propios del delincuente, es decir, atacan aquellas causas internas que podrían llevarlo de nuevo a violar alguna norma prohibida por la ley. En este entendido la pena sería el correlativo de la culpabilidad y la medida de seguridad representa el sistema curativo que el estado implementa en las personas peligrosas²⁹ para tratar de "readaptarlas" a la vida social, alejarlas de ella, o por lo menos circunscribirlas en hospitales psiquiátricos o establecimientos judiciales para sanarlos.

Podemos citar a grandes rasgos las diferencias entre la pena y la medida de seguridad:

PENAS

MEDIDAS DE SEGURIDAD

<ul style="list-style-type: none"> - La pena es fija y determinada en el tiempo con relación al marco penal (mínimos y máximos). - La pena es conminada a los reos imputables. - La pena retentiva obra sobre la esfera 	<ul style="list-style-type: none"> - La medida de seguridad puede llegar a ser indeterminada en tanto perdure el estado o condición de peligrosidad³⁰. - La medida de seguridad a los no imputables. - En cambio la medida de control
--	---

²⁸ Derecho Punitivo, Jorge Ojeda Velazquez, Ed. Trillas, 1993, Pag. 174.

²⁹ Sin duda en la historia de la humanidad contemporánea, se han dado excesos de poder, enarbolando la bandera de la justicia y de la defensa de la sociedad, cuando tal vez en realidad, lo que se estuviera realizando es totalmente lo contrario y tan solo con esta actividad se demostrará el gran poder del estado, olvidando a las clases mas desprotegidas de la sociedad.

³⁰ Código Penal comentarios, Marco Antonio Díaz de León, Ed. Porrúa pag. 123.

<p>física del delincuente en cuanto lo constriñe a habitar una prisión.</p> <ul style="list-style-type: none"> - La pena se aplica a sujetos que han cometido un hecho previsto por la ley como delito. - Las penas se aplican por la autoridad jurisdiccional. - La pena se aplica como retribución. - La pena tiene como fundamento la culpabilidad del sujeto. 	<p>interviene, incluso en la esfera psíquica, en cuanto a que coloca al individuo en un manicomio o casa de curación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las medidas de seguridad se adoptan sin la efectiva comisión de un delito. - Las medidas de seguridad se aplican directamente por un órgano administrativo. - La medida de seguridad como prevención de hechos que la autoridad política de seguridad pública reputa como peligrosos. - La medida de seguridad tiene como fundamento la peligrosidad del sujeto.
---	---

Al hablar de las penas y las medidas de seguridad invariablemente tendremos que remitirnos a la explicación de los términos Culpabilidad y Peligrosidad y de como se relacionan con el sistema de doble vía.

Culpabilidad y Peligrosidad son dos formas de justificación de las consecuencias del delito por decirlo de alguna manera pero que definitivamente han provocado un acalorado debate en el proceso histórico relacionado a las penas y las medidas de seguridad. Antes de referirme a estos dos aspectos, penas y medidas de seguridad, quiero señalar que considero que las medidas de seguridad técnicamente no tendrían que ser consideradas como consecuencias de la comisión de un delito, ya que por lo general son aplicadas a personas inimputables, y por esta razón y en atención a la teoría del delito, los actos de

dichos sujetos serían en todo caso antijurídicos solamente, es decir considerados tan solo como injustos penales en el peor de los casos, no como delitos.

Con relación a la culpabilidad y la peligrosidad, los partidarios de la seguridad jurídica y de la teoría retribucionista de la pena, dicen defender un "Derecho penal de Culpabilidad".³¹

Por otro lado los partidarios de la defensa social y de la teoría reeducadora o resocializadora de la Pena, dicen defender un "Derecho penal de Peligrosidad".

Cabe señalar que, en una comunidad integrada por individuos con formas de pensar tan distintas las unas de las otras, siempre habrá una gran cantidad de formas de apreciar y de enfrentar los problemas que las aquejan, y desde esta perspectiva no podría ser la excepción el hecho de que los conceptos de derecho penal de culpabilidad y derecho penal de peligrosidad en muchas ocasiones se tornen prácticamente antagónicos, ya que cada uno tiene su particular y especial forma de ver el problema. Es un hecho que, las teorías en las que se basan, derivan de orígenes y fundamentos diversos, aunque hay que reconocer que, finalmente tienden a unirse, al identificar cual es la intención sobre el objeto de estudio, para la que fueron creados.

Ahora con un poco mas de detalle, me referiré a los aspectos que diferencian a estas dos posturas.

Por un lado, la reprochabilidad que de una conducta se le hace a su autor, es precisamente lo que llamamos la culpabilidad, y en este mismo sentido el reproche de culpabilidad se fundamenta en que al autor pudo exigírsele otra conducta conforme a derecho.

Por ejemplo para los Alemanes "Culpabilidad" es Schuld, palabra que tiene dos sentidos culpabilidad y deuda, y tal vez por esta razón, la pena retributiva

³¹ Manual de Derecho Penal, Eugenio Raul Zaffaroni.

remeda la idea de "pago" (pagar las culpas o las deudas)³², por esto para reprocharle algo a un sujeto, se da por hecho que éste tiene la posibilidad de elegir, es decir, de autodeterminarse, o bien, de elegir entre el bien y el mal. De alguna forma el derecho penal de culpabilidad es el que le da de hecho, un lugar al sujeto como hombre con autonomía ética.³³

Por otro lado existen posturas que refuerzan la idea de que el hombre se mueve por causas predeterminadas³⁴ es decir que está predeterminado su comportamiento, y que no puede elegir, y que nuestro actuar no se distingue de los restantes hechos de la naturaleza, por lo que tomando este criterio no hay lugar para la culpabilidad en la forma en la que la referimos anteriormente. En esta situación lo único que contará para cuantificar la pena, será el grado de peligrosidad. La pena en este caso tendrá como objeto y como único límite la peligrosidad.

Zaffarini nos ilustra esta idea con el siguiente cuadro:

DERECHO PENAL DE	DERECHO PENAL DE
-------------------------	-------------------------

³² Ibidem.

³³ El hablar de términos gramaticales como bien y mal, es desgraciadamente o afortunadamente una constante en este tipo de temas, pero siempre hay que tener una visión amplia y un criterio que no nos obligue a asumir una postura maniquea de la vida

³⁴ Quiero señalar que, a lo largo de la historia han existido muchos estudios que se han realizado con la intención de demostrar que el hombre, de alguna manera, es un ser predeterminado para realizar diversos tipos de conductas debido a factores tanto endógenos como exógenos. La criminología, por ejemplo, desde sus inicios se ha abocado a la tarea de descubrir la etiología de las conductas "antisociales", o en general del fenómeno de la criminalidad. Llegar a la conclusión de que el determinismo es absolutamente constatable, puede derivar en muchos problemas, la propia praxis lo tiene más que demostrado, pero no podemos cerrar los ojos a situaciones que de hecho se presentan en una sociedad tan compleja como la nuestra, y en este entendido, si somos entes que podemos dirigir nuestros actos libremente, también debemos tener la capacidad de entender y descubrir cuales son sus límites, y en la medida en que podamos aplicar correctamente este modelo de pensamiento un poco más progresista con relación al tradicionalmente aplicado, tal vez empecemos a ser testigos de la edificación de un sistema más acorde a nuestras necesidades y anhelos como especie que quiere trascender.

<u>CULPABILIDAD.</u>	<u>PELIGROSIDAD.</u>
<ul style="list-style-type: none"> - El hombre puede elegir. - Se le puede reprochar por que puede elegir. (culpabilidad). - La pena retribuye. (culpabilidad). - Limite de la pena es la cuantía de la culpabilidad 	<ul style="list-style-type: none"> - El hombre está determinado. - Si está determinado, se puede valorar y constatar en que medida (peligrosidad). - La pena resocializa neutralizando (peligrosidad). - Limite de la pena es la cuantía de la peligrosidad.

Por esta razón en algunos autores se ha llegado a la conclusión de que la pena puede tener como objeto la prevención especial, sin llegar a negar por ello la autonomía moral, pero sin llegar al extremo de sentar como un hecho que la pena pueda tener como límite la peligrosidad. Se dice que la pena debe tener un sentido de seguridad jurídica y además de éste, que la misma guarde cierta relación con la cuantía de la lesión a los bienes jurídicos o mejor dicho con la magnitud del injusto, con el grado de culpabilidad y con la peligrosidad. Señala Zaffaroni " La pena no retribuye lo injusto ni su culpabilidad, pero debe guardar cierta relación con ambos, sin perder del todo de vista la peligrosidad, como único camino por el cual puede afianzar la seguridad jurídica y no lesionarla".

Lo anterior nos lleva invariablemente al estudio de las teorías que fundamentan la pena; absolutas, relativas y mixtas, pero como señalamos anteriormente este tema se tratará mas afondo en capítulos posteriores, pero lo que se puede analizar de momento, es el modo de emplear a las penas y a las medidas de seguridad.

SISTEMAS UNITARIOS Y SISTEMAS PLURALISTAS.

<p>Unitarios. (una sola clase de sanciones), sostenidas por</p>	<p>- El derecho penal de Culpabilidad.</p> <hr/> <p>- El derecho Penal de Peligrosidad.</p>	<p>- Que aplica solo penas retributivas, y a los inimputables les aplica medidas que no tienen naturaleza penal.</p> <hr/> <p>- Que aplica solo medidas preventivas tanto a los imputables como a los inimputables.</p>
<p>Pluralistas. (dos clases de sanciones).</p>	<p>- Sostenidos por una particular concepción derivada del derecho penal.</p>	<p>- Que aplica penas y Medidas de seguridad conjuntamente (sistema de doble vía). Solo medidas a los inimputables.</p> <p>- Que aplica penas y medidas de seguridad alternativamente (sistema vicariante). Solo medidas a los inimputables.</p>

Como se puede observar en el cuadro antes señalado, hay dos sistemas con relación a la aplicación de penas y medidas de seguridad, como resultado de la comisión de injustos penales, los sistemas unitarios y pluralistas.

Los Unitarios con una única consecuencia penal, tanto por los que defienden el derecho penal de culpabilidad como por los que defienden el derecho penal de peligrosidad, y frente a estos sistemas surgen los menos radicales y los que tratan de conciliar ambas posturas, llamados pluralistas, los cuales sostienen la aplicación de penas y medidas de seguridad.

Zaffaroni, señala que estos son el resultado de una incoherencia, por que afirma la existencia de dos ideas incompatibles. Es decir se trata de un desdoblamiento esquizofrénico del derecho penal, en el que una parte trata al hombre como persona a la que hay que castigar y la otra como una cosa peligrosa a la que hay que neutralizar.

El sistema de Doble Vía.- Pretende dejar a salvo con la pena el concepto de hombre como persona, para darle de inmediato con la "medida" el tratamiento de peligroso.

El sistema Vicariante.- Pueden remplazarse entre sí, la medida de seguridad en ciertos casos y en ciertos casos ocupar el lugar de la pena, es decir, que la medida puede "Vicariar" (reemplazar), a la pena. El hombre a veces es tratado como persona y a veces como ente peligroso.³⁵

II. Proceso Jurisdiccional (individualización Judicial).

Antes que nada, y como ya señalamos anteriormente, habría que mencionar que algunos autores Alemanes hacen una diferenciación, entre determinación legal de la pena (Strafbemessung) e individualización judicial de las penas (Strafzumessung).

En la realidad jurisdiccional, una vez concluidas sus diversas etapas procesales, se llega al momento de dictar sentencia, es decir, de comprobar o no la culpabilidad y en todo caso individualizar la pena.

El juez es el encargado de realizar la individualización de la pena, la cual como ya mencionamos, es una difícil e importante función.

³⁵ Con todo la dificultad que implica determinar, quien es peligroso y quien no, y con base en que criterio o que parámetro.

Autores como Jeschek³⁶, definen a la individualización de la pena como "la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquella, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente".

Este autor, también nos señala que, como punto de partida para la doctrina de la individualización de la pena, se debe distinguir entre determinación legal de la pena e individualización judicial de la pena.

En la individualización de la pena se concreta la conminación penal de la ley para el caso concreto. Por ello, tal individualización constituye el punto crucial en el que puede considerarse plenamente, dentro de un juicio penal, la peculiaridad del autor y del hecho. La individualización de la pena es, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del Juez Penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria.

Jeschek, nos señala por ejemplo, algunas características del juez en su acto de individualización. En esa labor, el juez debe liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración.

Considero al respecto que, este anhelado objetivismo es realmente difícil de lograr, es decir, llevar a cabo la absoluta inobservancia de todo elemento circundante en su totalidad, es de entrada en un mundo como el nuestro, prácticamente imposible. Creo que en todo caso se tendrá que tomar en cuenta todos los criterios coherentes y racionales que se tengan a la mano y adecuar un pensamiento acorde a un sistema liberal democrático y de derecho, pero de eso a

³⁶ Hans- Heinrich- Jeschek, Tratado de derecho penal, parte general, traducción del Dr. José Manzanares Samanlego, Editorial Comares, Granada 1993.

convertir a un ser humano en una maquina de dictar sentencias, es resulta verdaderamente imposible y absurdo. Creo que la misma singularidad del juez, la formación que tuvo y su manera de percibir o sensibilizar las circunstancias a juzgar, son los aspectos que lo hacen ser un buen juez o un mal juez, por esta razón, pese a los medios que existen para homogeneizar las sentencias, algunas veces, se sigue presentando en la práctica severidad excesiva, así como, indulgencia exagerada (los motivos de todo esto, se tendrán que investigar por separado), y claro, es necesario buscar la técnica adecuada para que en la medida de lo posible, las conductas delictivas, sean reprochadas adecuadamente en la medida en la que se tengan que reprochar, dentro de un parámetro de error más o menos razonable.

Es por todo lo señalado anteriormente que, considero importante obtener y conformar una teoría de la individualización de la pena³⁷.

Hablando un poco de la actividad del juez penal, con relación al ejercicio de la discrecionalidad de éste en la individualización de la pena, señala Jescheck³⁸, "depende de principios individualizadores que en parte no están escritos". Tales principios se infieren de los fines de la pena, con relación a los datos que se tienen para la individualización.

Este autor nos dice que, la decisión del juez contiene así un "componente individual", que no es totalmente accesible a un control racional, puesto que se trata de la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales, y los principios de la individualización penal constituyen sólo directrices que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo.

³⁷ De los esfuerzos más importantes con relación a la teoría de la individualización de la pena o el impulso ganado en esta materia, se deben sobre todo a la obra de Bruns. *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

A reserva de que más adelante se atienda con mas profundidad este tópico, cabe mencionar lo señalado por Jescheck, con relación al proceso de individualización judicial de la pena.

"El proceso de individualización penal, en su etapa judicial, se descompone en la determinación de los fines de la pena, la constatación de los hechos referidos a tal individualización y la discusión acerca de las consideraciones sobre la repetida individualización".

En lo que se refiere a la determinación de los fines de la pena, hay que dejar muy claro que la pena es un concepto complejo, y por eso, hay que considerar diversos fines penales en esta formación de inventario, y si bien, como tradicionalmente se ha sostenido la pena sirve en principio para la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, (correspondiendo aquí al principio de culpabilidad) ésta también es una función fundamentadora de la pena, así como, limitadora de la misma. Así mismo, la retribución justa, se sitúa al mismo nivel que el fin de la prevención especial, dejando en último término a la prevención general, la cual es un fin indispensable de la pena, y en este entendido, la pena debe medirse a manera de que neutralice los efectos del delito como ejemplo negativo para la colectividad y contribuya simultáneamente a fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad, así como ha satisfacer las demandas de "justicia" por parte del círculo de personas afectadas por el delito y sus consecuencias (esto es la confirmación del orden jurídico).

Un importante sector de la doctrina penal más moderna, ya no atiende a la culpabilidad para la medida de la pena (strafmassschuld), de forma autónoma según el hecho y el autor, sino considerando lo que sea necesario para la salvaguarda de la paz jurídica (prevención general).

Por otro lado, con relación a la construcción de los elementos fácticos de la individualización penal, Jescheck señala que, se tratan de aquellas circunstancias

del hecho que en el caso concreto ofrecen interés en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de ésta y para la suspensión condicional de la pena, como por ejemplo: el valor de la cosa hurtada (injusto de resultado), la particular brutalidad del delincuente sexual (injusto de acción), la actuación de necesidad en la estafa (culpabilidad), el preocupante aumento de una determinada clase de delito en cierto ámbito territorial (prevención general), y la punición del acusado (prevención especial).

Y por último, las consideraciones sobre la individualización penal, cierran ese proceso individualizador, y se refieren a como deberán de valorarse los elementos fácticos de la individualización, atendiendo a los fines de la pena y cómo deberán de transformarse en magnitudes penales. En esta etapa el juez establecerá -la razonable, consecuente y suficiente conexión intelectual- entre los elementos fácticos de la individualización penal y los fines de la pena.

Sin embargo, cuando los fines de la pena, llegan a consideraciones contradictorias e incompatibles, respecto a la individualización penal (antinomias de los fines de la pena), la justa retribución no tiene preferencia sin más, como suele entenderse todavía hoy, sino que todos los criterios concurrentes, deben limitarse cuanto sea necesario para permitir que cada uno de ellos surta efectos del mejor modo posible. Esto significa en la practica lo siguiente: El principio de culpabilidad constituye también el punto de referencia en caso de conflicto y traza el techo de la individualización penal, ya que representa el fundamento de toda pena estatal. En este sentido cabe hablar efectivamente, de una "preferencia de la justa retribución". La pena que supere la frontera de la culpabilidad no es admisible, ni por razones de resocialización, ni por las concernientes a la protección de la sociedad frente al delincuente.

a) Indeterminación Judicial Relativa.

En comentarios anteriores nos referimos a la indeterminación legal relativa, siendo ahora el caso de la indeterminación judicial relativa, señalamos que la primera se da a nivel de creación de la ley (legislativo), pero la indeterminación judicial relativa se ubican a nivel del órgano judicial es decir (Juez penal), y de alguna manera es un tema más cercano al tema principal de estudio en el presente trabajo, es decir, la individualización de la pena.

Cabe señalar que, por un lado encontramos a los partidarios de la indeterminación judicial absoluta quienes sostienen que la decisión sobre el término de la condena está en manos de la autoridad penitenciaria, y por otro lado, existen otros quienes proponen el sistema de sentencias relativamente indeterminadas, los cuales señalan la necesidad de que, el juez es quien debe fijar un término mínimo y máximo de la duración de la pena, sin establecer la cantidad exacta, esto último se hace con la intención de evitar que el condenado sufra la privación de la libertad sin saber cuando va a concluir ésta³⁹.

Salleles, señala las bases para lograr una correcta adecuación del castigo al sujeto que deba cumplirlo, "no pueden asentarse sobre la idea clásica de responsabilidad, pues el sufrimiento y la restricción de la libertad individual, no es una entidad susceptible de medición"⁴⁰.

El tema de la indeterminación judicial de la pena, entre otros muchos temas relacionados con la misma y con las funciones llevadas a cabo por los jueces en aras de la impartición de la "justicia", son temas que siempre se han y serán discutidos, y es por esta razón que, ha sido necesario crear teorías sobre su justificación y debida aplicación.

De esta discusión lo relevante es analizar si fuese justificable aplicar una pena absolutamente indeterminada a un reo, hoy en día. Algunas personas

³⁹ Los Criterios de Determinación de la Pena, Mercedes García Aran, Ediciones Universidad de Barcelona.

⁴⁰ *Ibidem*.

consideran que no es conveniente aplicar sentencias indeterminadas, por razones humanas más que jurídicas, incluso yo diría por razones históricas más que humanas.

Por esta razón la legislación positiva en nuestro país, exige a los jueces individualizar el quantum exacto de pena que debe ser aplicado a una persona.

Es decir, la pena que aplica un juez debe ser concreta y específica cuantitativamente y cualitativamente, esto último sería tal vez materia de un comentario en algún otro capítulo posterior, pero lo que sí es un hecho es que, el principio de legalidad marca la obligación de dejar muy claro cual es el quantum de pena que se debe aplicar a un sentenciado.

Para finalizar cabe señalar que, a nivel de individualización legal, existe una cierta indeterminación, lo cual, se observa al revisar los marcos penales, es decir, el legislador podrá determinar sobre la base de una circunstancia político social, cuales serán las conductas y las penas que se apliquen a los autores de las primeras, pero tendrá que dejar al órgano judicial el concretizar con precisión el quantum de pena al que finalmente se le condene a un determinado sujeto.

b) La Función Jurisdiccional (Judicial).

En el presente capítulo se ha procurado plasmar de una manera general, aspectos relacionados con el marco teórico jurídico con el que se enfrentan día a día los órganos judiciales, y en este entendido, hemos dejado para posteriores capítulos el tema central de estudio al que está dirigido el presente trabajo, por esta razón, nos abocaremos ahora a la difícil tarea de mencionar algunos aspectos importantes de la función judicial.

Considero demasiado presuntuoso el hecho de que en un trabajo como este, en el que encontramos tintes muy claros de inexperiencia y un déficit de conocimiento considerable, se pretenda hablar de la verdad absoluta respecto a la función judicial.

Pese a ello, desde una perspectiva crítica y propositiva, se formulan los siguientes comentarios al respecto.

Es una realidad que, el sistema judicial que actualmente tenemos, deja mucho que desear y desgraciadamente nos ha permitido ver muchas de sus desagradables caras, esto como lo hemos señalado anteriormente, es un problema estructural-degenerativo en toda la sociedad. Este problema no es exclusivo del sistema judicial, es decir, forma parte de un proceso de descomposición que año tras año, sexenio tras sexenio, generación tras generación acuñamos, o si no por lo menos toleramos. Razón por la que también tenemos que reconocer que, dentro de toda esta problemática, existen aisladamente esfuerzos que realizan personajes verdaderamente valiosos, tendientes a combatir la mediocre impartición de justicia.

Sería difícil hacer una señalización punto por punto de lo que debe ser un sistema judicial ideal, por esta razón quizá se nos facilite esta labor realizando un pequeño examen de lo que tal vez no debería prevalecer en el actual, y de esta manera resaltando los defectos de éste, quizá podamos llegar a un consenso del modelo de sistema judicial que deseamos.

Dicho lo anterior, podemos empezar nuestra modesta crítica y señalar los aspectos negativos que no deberían formar parte de un sistema judicial.

Primeramente creo importante resaltar que, la función judicial por ninguna razón debería estar supeditada a otro órgano o poder del estado, siguiendo el principio de la división de poderes. Este pensamiento en realidad pudiera

considerarse un poco idealista o romántico, ya que el propio presupuesto con el que cuenta el poder judicial está supeditado a otros poderes, y esto aunque resulte muy extraño se refleja en muchos otros aspectos que tienen que ver más de cerca, con la vida diaria de los juzgados y tribunales en México.

Si tomamos en cuenta que, donde no existen los medios económicos idóneos para la sana, debida y oportuna impartición de justicia, no podrá existir esta, por más buenos propósitos que existan para ello. Tal vez éste sea un aspecto fuera de la función judicial, pero desgraciadamente se refleja en ella, y de esto, hay que estar muy conscientes al momento de pretender emitir una crítica a la actividad realizada por un juez.

Sin duda el hablar del aspecto presupuestal de un juzgado, tendrá que ser el obligado inicio si de crítica propositiva se trata, ya que un juez debe tener la tranquilidad y desahogo económico suficiente, para poder dedicarse con toda responsabilidad y cariño al difícil oficio de ser juez. Al mismo tiempo, sin que este aspecto económico signifique un alto al terrible mal de la corrupción, por lo menos es una disminución de las posibilidades de que se presente ésta. Por último, al dignificar la función jurisdiccional, se tendería una red para poder captar a los mejores elementos con los que cuenta la sociedad, ya que el acceso a dicho puesto sería tal vez más anhelado y de esta forma, elementos que en este momento no contemplan como atractivo este puesto, lo podrían contemplar como una posibilidad para desarrollar su conocimiento y criterio legal, así como su desarrollo personal.

Haciendo a un lado a la cabeza de un juzgado, también el edificio que sostiene a éste personaje cobra relevante importancia, ya que desde los propios secretarios de acuerdos hasta el más modesto del personal del juzgado, deberían tener una considerable mejoría en su retribución económica y buscar permear los mismos beneficios que señalamos anteriormente en estas personas, para poder

sentar las bases de un cambio estructural en la impartición de justicia de nuestro país.

Además de estos aspectos antes señalados, que poco tienen que ver con lo jurídico, es importante señalar la necesidad de crear los medios justos y democráticos para elegir a las personas más calificadas que deban de ocupar las plazas de jueces, ya que al designar a una persona con la capacidad intelectual, los conocimientos prácticos y sobre todo con la sensibilidad requerida para un juez, significaría un gran y afortunado avance, que a su vez, se desbordaría en una paulatina y constante mejoría de efecto dominó, en todo el sistema de impartición de justicia.

Volviendo al punto inicial, será necesario señalar que la función judicial, no debe estar sometida a ningún interés personal ni político, debe ser poseedora de total autonomía, y en muchas ocasiones cuando la situación lo requiera, contraria a ciertos intereses de grupo e institucionales, por el bienestar y la imparcialidad requerida por la justicia y equidad.

La función judicial, no debe ser un instrumento que sirva como medio para alcanzar fines diferentes a los perseguidos por la justicia y equidad, ya que el hecho de llevar a cabo la difícil e importante tarea de impartir justicia, no da ningún derecho para lucrar con el sufrimiento y desdicha de las personas, denigrando su nombre, el de la Institución y el de toda la sociedad.

La función judicial, no debe convertirse en una tortuosa y molesta rutina; debe ser dinámica, inteligente, atrevida en ciertos momentos, procurando dar vida a los pensamientos jurídicos y de vanguardia, procurando con ello dar la solución más apropiada a los asuntos, tratando en la manera de lo posible, no alargar demasiado los juicios cuando no sea necesario, ya que este factor es uno de los problemas que se presentan con mayor frecuencia en el actual sistema judicial.

Retomando esta última idea, creo que la función jurisdiccional, no debe ser tortuosa y excesivamente tardada, ya que éste es uno de los aspectos que han creado una cierta animadversión de la población para el sistema judicial, y es preciso resaltar que el cambio tendrá que realizarse de la mano de la gente que utiliza este sistema y no dejarte al sistema judicial todo el paquete y la responsabilidad. Si se reducen poco a poco estos aspectos negativos, se podrá empezar a crear una cultura legal que permita trabajar como es debido al sistema judicial.

La función judicial, no debe ser ajena de la realidad imperante en una sociedad, en muchas ocasiones deberá estar más conectada a la vida diaria que los otros dos poderes ya que es el último recurso con el que cuenta el Estado. Así mismo, la función judicial, no debe convertirse en un brazo represivo del gobierno ni de un grupo de poder, no debe ser el medio para atemorizar a los sectores más vulnerables de la comunidad, pero por el otro lado, no debe dejarse intimidar por los más influyentes, cuando sus intereses se encuentren en franca contradicción con los primeros, la función judicial debe ser el reflejo de todos nosotros como sociedad, debe servir en muchas ocasiones como contrapeso entre las terribles desigualdades producidas por la vida en sociedad.

La función judicial, no debe ser vacilante y servilista, no debe ser cobarde y oportunista, debe ser inteligente y justificadamente rigurosa, debe ser implacable y enérgica en ciertos casos, y en otros, debe ser dinámica y progresista, sin llegar a convertirse en indulgente e inocua.

Finalmente como crítica al sistema y a nosotros mismos como ciudadanos, creo que tenemos el sistema judicial y de impartición de justicia que merecemos, ad hoc a la actitud seguida por todos desde hace mucho tiempo, como resultado del descuido y en muchas ocasiones del desprecio y olvido de los gobernantes y de los mismos gobernados.

III. Etapa Ejecutiva (individualización administrativa).

El tema de la individualización administrativa, si bien no es el tema central del presente trabajo, es necesario dedicarle un espacio para su discusión, ya que si recordamos el tema a tratar se refiere a la individualización de la pena, enfocada a la etapa judicial, es decir, al momento en que el juez resuelve sobre el quantum de pena aplicable a una persona determinada, la cual se tiene la certeza de que es culpable por un hecho delictivo.

Pero con independencia de ello, cabe hacer la aclaración de que, este aspecto (el de la etapa ejecutiva de la pena), es de cualquier forma, muy importante, ya que como parte de todo proceso complejo, el de la ejecución de las penas, está estrechamente relacionado tanto con el de determinación legal de la misma, como con el de la individualización de ésta, por formar todos parte de un supra sistema.

Por ejemplo, será importante el determinar, cuales han de ser las penas y medidas de seguridad y como se aplican en nuestro sistema penal, ya que finalmente la determinación y la individualización del cuanto de esta, va encaminado a ese rubro, es decir, al aspecto material de la cumplimentación de las propias sentencias, o sea, tanto las penas como las medidas de seguridad y su forma de aplicación.

a) Crítica al Modelo Penitenciario.

En México⁴¹ el código penal de 1871 conocido como Martínez de Castro⁴², tiene un carácter netamente retributivo de la pena y orientado dentro de la corriente clásica del derecho penal al haber tomado como modelo el código penal Español de 1850 y en el que entre otras características encontramos las siguientes⁴³:

- Basa la responsabilidad en la realización de Justicia Absoluta y el Libre albedrío.
- Se utiliza un catálogo riguroso de agravantes y atenuantes que limita el arbitrio Judicial.
- Carácter afflictivo de las penas y organización celular de las penas privativas de libertad.

Algunos autores sostienen la idea de que Martínez de Castro no era un defensor de las teorías absolutas de la pena, sino en todo caso, de un sistema intermedio en donde se pretende armonizar la Justicia con la utilidad Social⁴⁴.

En lo referente a los aspectos Penitenciarios, cabe recordar que para Martínez de Castro la forma de ejecución de la prisión no era mas que uno de los problemas que se debían resolver para obtener seguridad y tranquilidad, objetivos primordiales para el estado Mexicano en esa época.

Ya señalamos que el Código Penal de 1871 con relación a la forma de ejecutar las penas, tenía gran influencia del código Español de 1850, pero además

⁴¹ Los primeros criterios en materia Penal utilizados en México, fueron los de Veracruz, basándose en el código penal Español de 1822, Juan Bustos; derecho penal latinoamericano comparado, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981, pag 26.

⁴² El Lic. Martínez de Castro, fue el presidente de la comisión encargada de realizar el código penal de 1871.

⁴³ Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palcios, Esteban Righi pag. 264 Ed. Porrúa S.A.



se tuvo en cuenta la experiencia de Inglaterra, Irlanda, Sajonia y Portugal, pero primordialmente del sistema Irlandés.

En la expresión de motivos del Código Penal de 1871, se plantean dos puntos de suma importancia:

- El reconocimiento de que el problema central de un código es la elección de las penas, y aleja a los autores de la orientación que coloca el centro de gravedad, en los presupuestos de punibilidad.
- Destaca la relevancia adjudicada a la prisión, el interrogante que Martínez de Castro, tenía con relación a dicha pena, consiste en que con ella se podría alcanzar la corrección del interno, esto es una preocupación notoriamente preventivo especial.

Martínez de Castro, exigía además que la privación de libertad sea proporcional con la naturaleza y gravedad del delito, pero esta única concesión a los puntos de vista retributivos no modifica la orientación básica del modelo penitenciario planteado alternativamente, es decir, corresponde a una tendencia correccionalista del estado, y es por esta razón que Martínez de Castro fundamenta la completa incomunicación de los presos entre sí, y considera importante el contacto con los empleados de la prisión, los sacerdotes de su culto y otras personas capaces de moralizarlos.

Con la finalidad de llevar a cabo el modelo antes señalado, se optó por abolir las penas de presidio⁴⁵, obras públicas y toda otra especie que supusiera

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ La aceptación de la palabra presidio ha variado, e implica "guarnición de soldados, custodia, defensa, protección, plaza fuerte, ciudad amurallada", después de que se abandonaron las galeras se hizo laborar a los reos en los presidios de los arsenales, el presidio de obras públicas surge con el desarrollo y cambio económico, al variar el interés del estado en la explotación de los presos. Derecho Penitenciario Luis Marco del Pont, Cardenas editores, Mexico D.F., 1984, pag 45.



trabajo fuera de las prisiones. De alguna forma se adoptó por ello el sistema Irlandés y no el aislamiento absoluto, pues "priva de comunicación moralizante".

Pudiera decirse que en México el sistema penitenciario comenzó a organizarse al menos en el plano normativo, cuando por decreto del 29 de mayo de 1897 el congreso autorizó al poder ejecutivo a reorganizar los establecimientos penales del D.F., lo que originó el decreto del 13 de diciembre del mismo año que determinó la existencia de una cárcel de detención en cada cabeza municipal con excepción de Tlalpan, otra cárcel de ciudad y una cárcel General en la Ciudad de México⁴⁶, y una cárcel de corrección para menores.

El 3 de junio de 1898, se estableció que el ejecutivo debía fijar la fecha en que el sistema se pondría en práctica, por decreto del 10 de septiembre de 1900 determinó que el régimen penitenciario comenzaría a regir el 29 del mismo mes y año, fecha en que fue inaugurada la penitenciaría del Distrito Federal, y poco tiempo antes se expidieron los reglamentos generales de los establecimientos penales del Distrito Federal y de la Penitenciaría de México.

Cabe señalar que, en lo que se refiere a la cárcel preventiva, el reglamento de 1900 se aplicó hasta 1933, año en el que se destinó para cárcel General de la Ciudad de México un lugar en el edificio de la Penitenciaría.

En el edificio de Belem (cárcel general), se dividieron los departamentos Generales de hombres y mujeres. En el área varonil se tenían previstas una sección de sentenciados, adultos encausados, jóvenes, detenidos separos y presos políticos y en el área femenil se dividía en detenidas y encausadas, sentenciadas y separos.

⁴⁶ *Ibidem*

Así mismo, la cárcel de la Ciudad de México tenía una división y organización parecida, con la característica de que existía una sección destinada a incomunicaciones consecuencia de sanciones disciplinarias.

En el año de 1929⁴⁷ y 1931, surgieron nuevos códigos penales, el primero de vida efímera, el segundo vigente hasta la actualidad.

En lo referente a la ejecución de las sentencias el código de 1929 se ocupa además de la libertad preparatoria y la retención, de problemas específicamente penitenciarios, como el trabajo de los presos, atenuantes y agravantes que se podían emplear por el órgano ejecutor de las penas y el sistema celular.

El código vigente es producto de otra comisión formada por Ceniceros, Garrido, López Lira, Teja Zabre, Garza y Ángeles y ha sido calificado por algunos autores como de "tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positiva", y con innumerables modificaciones hasta la actualidad a nivel federal y local, ejemplo de ello es el nuevo Código Penal para el Distrito Federal aprobado en el presente año.

Podemos extraer de la exposición de motivos los siguientes lineamientos:

- La pena no es un mal necesario y el código no puede ser una consecuencia de sistema penal alguno.
- Los criterios de armonización entre los fines de la pena tales como; ejemplaridad, expiación, en aras del bien colectivo, necesidad de evitar

⁴⁷ El código de 1929 fue producto del trabajo de una comisión integrada por Arriaga, Pedrueza y Castañeda, éste último sustituido posteriormente por José Almaraz, este código fue de orientación preventivo especial siguiendo el positivismo criminológico italiano, principios que a criterio de algunos autores no se realizaron en forma integral por errores técnicos, es importante señalar que se trató de adoptar un sistema monista, en sustitución del de doble vía, utilizando una sola reacción penal llamada "sanción".

la venganza privada, en general orientar la reacción para preservar el orden social.

- Creían que la política criminal se cumplía al aplicar las teorías relativas de la pena, pero había que poner límites al poder del estado, decían que la pena era un recurso de lucha contra el delito y como límite a su utilización es la ley penal.
- Se procura evitar el casuismo ampliando el arbitrio judicial, pero con límites o hasta los límites constitucionales.
- Es importante resaltar que el código de 1931 presenta aspectos preventivos especiales, reflejados en el área de la individualización de la pena. En dicha exposición de motivos se plantea la "transición de penas a las medidas de seguridad", de ahí que en el artículo 52 se omitiera la consideración del grado de culpabilidad del actor para graduar la reacción penal, y enfatizando las "circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestre su mayor o menor temibilidad".
- Se plantea la indeterminación del plazo de duración de las medidas de seguridad artículo 67 y 68, los requisitos del artículo 90 para otorgar la condena condicional, el trato dado a la reincidencia en el artículo 65, los presupuestos que condicionan la libertad preparatoria en el artículo 88 y 89 principalmente.

Dando un gran salto en el tiempo, ahora toca el turno de referirme al sistema penitenciario motivado por la entrada en vigor el día 4 de febrero de 1971, de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Es importante señalar que el antecedente principal de las "Normas Mínimas", fueron las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos" de la Organización de las Naciones Unidas.

Haciendo un pequeño paréntesis cabe señalar que el Reglamento de 1901 y 1902, se propuso entre otras cosas "la enmienda" a partir de las medidas preventivo generales del condenado, en cambio el régimen a partir de 1971 el cual puede decirse es un sistema unidimensional, según el cual debe evitarse la reincidencia procurando la resocialización del delincuente.

Por ejemplo:

- Sistema a base del trabajo, capacitación y educación como un medio para la readaptación del delincuente.

- Un régimen proyectado a nivel nacional.

- Se adecua el personal penitenciario al ideal de rehabilitación y las reglas de disciplina en el mismo sentido (la remisión parcial de la pena un día de pena por dos de trabajo, está condicionada a la readaptación social).

- Sistema individualizado a la personalidad de los internos, clasificado, con carácter progresivo, incluyendo en su última etapa tratamiento preliberacional.

- La ley procura el contacto del condenado con el mundo libre, mediante el establecimiento, conservación y fortalecimiento de relaciones con personas del exterior.

- La Ley tiene previsto la creación de patronatos de liberados destinados a prestar asistencia moral a los excarcelados previendo traumas al regreso al mundo libre y por ende la de convertirse en factor criminógeno.

- En la Ley de Normas Mínimas se plantea la creación de un consejo técnico interdisciplinario para funciones consultivas, para la aplicación individual

del sistema progresivo, la ejecución de medidas preliberacionales, concesiones de remisión parcial de la pena y libertad preparatoria.

La Crisis de la Prisión.

Una vez realizado el breve recorrido por los antecedentes de la pena de prisión en México, a partir de la promulgación de sus códigos penales; podemos pasar a señalar desde un aspecto un poco más genérico, cual es la realidad de las prisiones hoy en día en nuestro país y en casi todos el orbe.

Hoy en día es frecuente oír hablar de la palabra crisis cuando pretendemos referirnos a las condiciones y funcionamiento de nuestras prisiones. La reincidencia, sobre población, corrupción, fugas y motines han contribuido en mucho para fijarnos esa idea.

Pero esta imagen que se tiene de la prisión no es reciente, por lo menos desde hace 50 años se viene repitiendo constantemente.

Desde 1946⁴⁸, en el primer Congreso Panamericano de Medicina legal de Odontología y Criminología, se realizó el siguiente pronunciamiento "El sistema penitenciario, no obstante los generosos esfuerzos realizados hasta ahora, constituye un rotundo fracaso en la lucha de la sociedad contra el Crimen"; 1950 en el XII Congreso Internacional de criminología, celebrado en París se señaló a la prisión como un factor criminógeno e incluso se llega a proponer su abolición; En el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Toronto Canadá en el año 1975 se seguía insistiendo en los defectos de la prisión, y así como estos tres ejemplos podríamos citar una gran lista de congresos, conferencias y todo tipo de foro de

⁴⁸ Derecho Punitivo, Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del delito, Jorge Ojeda Velazquez, Ed. Trillas pag. 262.

discusión, en los que estos puntos han sido sin duda tema de acaloradas discusiones.

En lo personal creo que ninguna de estas críticas respecto al fracaso del sistema penitenciario, podría decirse del todo acertada, ya que encuentro un pequeño defecto en la forma de referirnos a este problema, y lo concluyo de la siguiente manera:

Considerar que el sistema Penitenciario o que la prisión se encuentran en crisis o que está viviendo un angustioso fracaso, sería tanto como afirmar que alguna vez por lo menos fue exitoso y funcional, lo cual considero modestamente es una mentira, ya que la prisión como tal, desde su génesis o conformación, lo hizo de una forma viciada, un tanto forzada y definitivamente con la semilla del fracaso perfectamente plantada en si misma, solo fue cuestión de esperar un poco a que transcurriera el tiempo, para darle la razón a las personas que seguramente se adelantaron y presagieron en aquel entonces sus defectos y carencias, pero quizá este aspecto, es una forma de pensar de la que pocos autores han tomado conciencia.

Pero volviendo nuevamente a nuestra realidad, podemos decir que tan solo en México casi por regla general los internos de los Reclusorios y Penitenciarias, padecen de una deficiente alimentación, generalmente también de poca higiene, quizá integrados en un ambiente promiscuo, tanto en lo carnal como en lo moral. Desde su inclusión en dichos centros son víctimas de la corrupción, la cual, carcome no tan solo las prisiones, sino que también fuera de ella se hace presente. Por ejemplo, en la sociedad en general, las mejores empresas y más prominentes compañías así como a las propias estructuras del poder, son víctima de ella, desde el más insignificante hasta el más influyente. Las personas que ingresan a prisión, además de lo antes señalado, también son despojados de sus pertenencias cuando llegan a tenerlas, pero quizá más peligroso e indignante que

eso, son los problemas a los que son expuestos sus familiares y amigos más cercanos.

Señala Altman Smithe⁴⁹ ¿como es posible hacer sociales a los antisociales, si se les disocia de la comunidad cívica y se les asocia con otros antisociales!. Yo agregaría ¿Tenemos la certeza de que tal o cual persona, de que tal o cual acto es antisocial, o solo queremos creer que lo es, por que así nos han enseñado a creerlo?.

b) La Readaptación Social y su Crítica.

Comenzaré esta reflexión citando una breve pero muy correcta frase que dice "El modelo resocializador evidencia desde hace algún tiempo su incapacidad para generar una respuesta coherente a la cuestión criminal del país, bien sea por el modelo en si, o por las modalidades que se utilizaron para ponerlo en práctica"⁵⁰

Sin duda el pensamiento arriba citado, nos ha dado vueltas en la cabeza, en algún momento de nuestra vida diaria, y algunas veces tenemos que enfrentar con cierto cinismo nuestra función como individuos de una sociedad, la pregunta es ¿hay que creer sin mas ni mas en el modelo resocializador?, yo mismo contesto, desgraciadamente no tenemos a la mano otra cosa. Hay que vivir nuestro tiempo y aceptar nuestros fracasos como sociedad, quizá nosotros no fuimos los ideólogos de este modelo, quizá nuestra realidad no se parece a la realidad en la que vivieron los que lo idearon, pero lo que sí es un hecho, es que no hemos sabido madurar la idea que nos heredaron nuestros antecesores respecto a este modelo de lucha contra la delincuencia, quizá no hemos ni siquiera descifrando el término más elemental, pero hemos sin embargo construido un gran edificio con pocos cimientos o tal vez los menos apropiados

⁴⁹ Ibidem.

para mantenerlo de pie por mucho tiempo, esto nos ha llevado sin remedio a sacar agua del barco para que este no termine por hundirse, dice Alessandro Barratta "La creación de las cárceles de Máxima Seguridad en el curso de la lucha contra el terrorismo ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización, así como la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo; la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por tanto neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma"⁵¹- cualquier parecido con nuestra realidad, es mera coincidencia-

Como bien señala este autor, "la discusión actual parece dominada por dos polos; por un lado, un polo realista y por el otro, un polo idealista. En el primer caso el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar. Según este punto de vista, la pena carcelaria no representa en absoluto para el delincuente una oportunidad de reintegración en la sociedad, sino un sufrimiento impuesto como castigo. Este criterio se concreta en un argumento a favor de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. Renacen de este modo concepciones "absolutas" retribucionistas de la pena y entre las teorías "relativas", se confirma la de la prevención especial negativa"⁵².

Continúa diciendo este autor," el reconocimiento del fracaso de la cárcel como institución de prevención especial positiva lleva desde el punto de vista idealista, a la afirmación voluntarista de una norma contrafáctica, según la cual, la cárcel debe ser considerada pese a todo, como lugar y medio de resocialización. En realidad, el reconocimiento del carácter contrafáctico de la idea de

⁵⁰ Monica Granados Chaverri, Sistema Penitenciario, Entre el Terror y la Esperanza, Primera Edición 1991, Orlando Cardenas Editores, S.A de C.V. pag. 5.

⁵¹ Alessandro Barratta, "resocialización o control", Ibidem.

⁵² Ibidem.

resocialización aparece a veces en la misma argumentación de los defensores de la "nueva ideología del tratamiento"⁵³.

No nos queda duda de que la cárcel como tal, hoy en día, es quizá dicho de una forma un tanto cruda, un modelo que fracasado se niega a morir.

En este sentido el Control Social Duro, al que hacen referencia algunos autores como por ejemplo Pavarrini⁵⁴, o bien llamado también por Cohen, como "Excluyente"⁵⁵ cobra mayor relevancia en nuestros tiempos.

Esta tendencia dicen algunos autores como Habermas⁵⁶ responde a lo que en el campo de la Sociología podría llamarse "Fenómeno de nuevo conservadurismo" o también llamado "Nueva ideología de derecha", de la cual nuestro país y gran parte de Latinoamérica, siguen sufriendo las consecuencias de la versión aplicada por nuestros pueblos del modelo Americano o Inglés, por citar algunos ejemplos solamente.

Esta forma de enfrentar los retos que se plantea una sociedad como la nuestra, ha sido el motor de muchas críticas tales como, las señaladas por los autores llamados "Abolicionistas", quienes pretenden substituir el sistema penal en su totalidad, precisamente por su carácter represivo poco eficientarizado, en lo que a resultados prácticos se refiere, por ejemplo autores como Hulsman⁵⁷, plantean este modelo.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Pavarrini M, fuera de los muros de la cárcel, 1985, obra citada por Ana J. Alvarez Gomez, en la obra el sistema penitenciaria "entre el temor y la esperanza" Op. Cit., Pavarrini, divide el control social en Duro y Blando, el primero, identificado indudablemente con la pena de prisión, y el segundo, con los medio alternativos a la pena de prisión.

⁵⁵ Stanley Cohen, "Visiones de Control Social", 1985, este autor divide, al igual que Pavarrini, al control social en "Incluyente" y "excluyente", siguiendo mas o menos la misma lógica que Pavarrini; citado por Ana J. Alvarez Gomez, Op. Cit.

⁵⁶ Habermas, J. "Nuevo Conservadurismo", The New Conservatism, Cambridge, mass, The Mit Pres, 1989, citado por Ana J. Gómez Alvarez Op.Cit.

⁵⁷ Hulsman, L. y Bernat de Cells J., Sistema Penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa, Barcelona, De. Arel S.A., 1984.

Lo cierto es que con abolicionistas o no, el problema del sostenimiento del modelo carcelario se ve muy difícil de soportar en el futuro, ya que con el nacimiento de un nuevo milenio, la sociedad está sin duda esperando un gran cambio que venga a enterrar sus frustraciones y haga renacer un ambiente de progreso y serenidad. Dicha esperanza, conlleva un gran compromiso en lo referente al tema del derecho y en especial del derecho penal y de sus medios de implementarlo, ya que la gente cobija la idea de que todo lo malo cambie, quizá desde una perspectiva un poco ingenua.

CAPITULO TERCERO

LA TÉCNICA INDIVIDUALIZADORA DE LA PENA:

I. Concepto de Pena.

A lo largo del desarrollo de las diversas culturas en casi todo el mundo, se ha tratado de dar una definición, o por lo menos, de conceptualizar a la palabra "pena", ya sea con ese nombre o con otro, pero siempre ha sido sumamente difícil ubicar un concepto que pueda ser identificado inequívocamente en todas las épocas, culturas o religiones.

Si bien es cierto que, la palabra pena, es de acuñación occidental o de influencia Greco-Romana, la actividad a la que hace referencia dicha palabra ha sido una constante en todas las culturas como una especie de reacción a lo no deseado, es decir, un medio por el cual se castiga al trasgresor del orden establecido.

Incluso considero que, el ánimo para penar, tal y como hoy lo conocemos, es un aspecto inherente al ser humano, es decir, es parte de su misma naturaleza. Los seres primitivos o primeros homínidos, al empezar a vivir en sociedad, al organizar sus actividades, al empezar a conformar núcleos sociales con roles específicos y con actividades cada vez más complejas, tuvieron que empezar a utilizar algún mecanismo de control, que tal vez tuvo algún parecido con lo que hoy conocemos como pena.

Ya en los capítulos precedentes, específicamente en el de historia, se ha desarrollado de una forma muy esquemática los diferentes puntos de vista en relación con la pena en su entorno socio-económico, político, cultural, y de alguna

manera se han evidenciado los diferentes enfoques que han existido al respecto dentro del mundo de las ideas jurídico penales.

Es por esta razón que, cualquier definición o concepto respecto a la pena, es siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema, pero que nada nuevo descubre - esto en el mejor de los casos - y en otras muchas ocasiones, se confunde el objeto a definir con el resultado esperado de ese acto, pero que no es del todo comprobable, es decir, se habla de aspectos a posteriori, en un momento previo a su constatación, atribuyéndole resultados que no son seguros de que se presenten. Muchas veces, se trata de envolver al concepto de pena, con una serie de anhelos o expectativas en cuanto al fin que debe cumplir, otras tantas, se le atribuyen funciones que tal vez no esta cumpliendo, sin que se logre proyectar su verdadera esencia en alguna idea o concepto. Es por esta razón que, algunos autores han creído en la necesidad de hacer la diferenciación entre, fin y función de la pena, para aclarar un poco más el propio concepto. Agregaría además del fin y de la función de la pena la etiología de dicha actividad.

Para poder expresar un concepto respecto a la pena, tendríamos que dejar a un lado todos estos comentarios que señalamos párrafos atrás, y concentramos en lo que es la esencia de la pena.

Para mí en lo particular, la pena no es solo el anhelo o la expectativa que se tiene a lo futuro con la aplicación de esta, o de la relación de este acto jurisdiccional como parte del sistema (hablando en términos estrictamente jurídico penales), ni tampoco la utilidad que de ese mecanismo de poder se pueda obtener; creo que el concepto es algo tan sencillo, tan propio a la naturaleza del ser humano, que dificulta su determinación.

Considero que la pena es en esencia, una forma de reacción a un estímulo, como en muchas ocasiones, nuestro propio cuerpo biológico reacciona a su medio, o como ciertos elementos reaccionan a otros elementos, pero esta

reacción (la pena), no es ni por mucho, un reflejo involuntario o una consecuencia automática, como si se tratara de un reflejo fisiológico, sino que es una reacción o un resultado a un proceso cultural que solo poseen los seres humanos o que solo hasta este momento lo hemos podido identificar en los seres humanos y compuesto de una enorme carga filosófica.

Este proceso cultural, en donde se gesta la reacción, es totalmente cambiante en cada una de las civilizaciones, e incluso me atrevería a pensar que en cada una de las etapas históricas de dichas civilizaciones, sin que necesariamente tenga que ser innovador, sino por el contrario por lo menos hasta este momento ha sido cíclico, y siempre formando parte de toda la historia del desarrollo humano.

Podría también considerarlo un estado de ánimo, o mejor dicho una actitud, con respecto a un momento específico, es un proceso dialéctico de asimilación a un estímulo específico, que produce una reacción de la que ya se ha comentado, dependiendo el grupo social que se trate. Dejando claro que mientras más individuos la compongan o estén relacionados con su génesis o con sus efectos, más difícil y compleja se convierte y se comporta ésta.

Aquí es cuando empieza a tener juego todo el fundamento ideológico o respaldo cultural que se le dé a éste acto, ya que el anhelo o "necesidad" que el ser humano tiene por mantener un estado determinado en las cosas que lo rodean o en su persona, lo han llevado a convertir a la pena en algo que quizá no sea lo más recomendable en una sociedad que aspire a superar sus carencias o defectos y que le permita mantener su presencia en el único medio ambiente que tenemos, con un mínimo de dignidad y "justicia", si fuera posible utilizar este último término.

Ejemplo de lo antes señalado, son las argumentaciones y teorías que se han tejido en torno de este modo de reaccionar de la sociedad, tan humano o no, como lo queramos ver.

Veo muy lejano el día en que la pena tal y como la conocemos deje de existir, es decir, el día en que podamos prescindir del derecho penal; este último supuesto está aun lejos de nuestro alcance como individuos o como entes sociales, incluso para las futuras generaciones sin poder precisar cuantas. Quizá en un futuro las condiciones de vida cambien para bien, y el ser humano encuentre una nueva forma de sentir la existencia y compromiso con su grupo y su entorno, entonces quizá, todo lo que estamos ahora señalando, pasará a formar parte del engrose de las páginas o archivos de un tiempo ya superado.

Pero mientras ello no suceda, tendremos que ver a la pena como lo que es, o como lo que traté de explicar en este comentario, tan nuestra y tan cotidiana, que quizá algunas veces, nos sea fácil confundirla y por esta razón, mal utilizarla.

Tenemos que tomar conciencia de nuestra realidad y de los errores que nos han orillado a vivirla, para tratar en la medida de nuestras posibilidades de mejorar las condiciones humanas de la gente que nos rodea y de nosotros mismos, y con ello, facilitar la aplicación de las diversas estrategias de desarrollo, ya sea en las áreas jurídicas o en otras y en este caso en particular, la optimización en la aplicación de las penas.

II. **Teoría de la Pena.**

He referido a lo largo del presente trabajo, el tema de la pena y todo lo que ella implica, no dudo en afirmar que se trata de un tema complejo, tal y como lo han afirmado algunos autores.

En el capítulo de historia, se mencionaron a grandes rasgos, cuales han sido las diversas maneras de aplicación de las penas, en cada una de las civilizaciones humanas, desde las primitivas hasta las modernas.

Es por ello que, a continuación se desarrollaran los aspectos propios de las teorías de la pena, de su conformación y de cuales han sido los principios filosóficos que han estructurado cada una de ellas.

a) Paradigmas Filosóficos.

Con todo el riesgo que implica sintetizar más de lo necesario, básicamente los paradigmas que a lo largo de la historia han marcado a la pena, son los principios de justicia absoluta basados en la retribución, y los principios utilitarios dirigidos a alcanzar fines de prevención.

Para los retribucionistas, el hombre es un fin en sí mismo, por ello con la pena retributiva no se pretende alcanzar fines, en tanto que los utilitaristas con la aplicación de la pena pretenden lograr fines de utilidad social con el hombre⁵⁸.

En torno a estas dos formas de ver la punición, se construyeron y se siguen construyendo hasta la fecha, las teorías de la pena. Mas adelante expondremos algunas de ellas.

De esta manera y de una forma solo esquemática, con relación a las escuelas jurídico penales podríamos señalar que, la Escuela Clásica se identifica con las teorías absolutas de la pena, en donde se pena al hombre por que ha delinuido (**quia peccatum**), en este sentido se tiene una concepción de la pena como el resultado del delito, es decir, sus efectos van dirigidos a un hecho del pasado; en cambio la Escuela Positiva esta vinculada a las teorías relativas, con

⁵⁸ Op. Cit. (Serafin Ortiz Ortiz)

aplicación de la pena se pretende evitar futuros delitos, se pena para que no delinca (**ne peccetur**) y las teorías mixtas o eclécticas se identifican con todas aquellas doctrinas o escuelas que pretenden conciliar la justicia con la utilidad.

La anterior clasificación fue elaborada por Berner como lo citan autores como Beristain o como Jiménez de Asúa, con la diferencia que este último, cita a Baver como el clasificador de estas teorías⁵⁹

Algunos otros autores consideran que esta clasificación a pesar de ser útil para fines didácticos, ha sido superada en buena medida al surgir otras escuelas, tales como la escuela correccionalista, la escuela penal humanista, la dogmático jurídica, la de defensa social, la político criminal, etc., pero en el centro de todas ellas, se encuentra la retribución o la prevención o tal vez ambas.

José Rafael Mendoza⁶⁰, señala que las teorías absolutas, relativas y eclécticas, de elaboración Alemana, se corresponden con las escuelas, clásica positivista y terza Scuola, respectivamente de origen Italiano.

Así pues, al Hablar de los paradigmas de la teoría de la pena y sus contenidos nos tenemos que concentrar en general, en dos formas: "Punitur, quia peccatum est" - teorías absolutas - y "Punitur, ne peccetur" - teorías relativas -. Estas formulas se remontan a Protágoras⁶¹; su forma actual se debe a Grocio⁶², que a su vez parte de una sentencia de Séneca⁶³, "Nam, ut plato an, nemo

⁵⁹ Op. Cit. (Serafin Ortiz).

⁶⁰ Op. Cit (Serafin Ortiz, pag 99).

⁶¹ Protágoras de Abdera, sofista griego(485-410? A. de J.C.), estimaba que todos los conocimientos proceden de la sensación. Es autor de la famosa frase: "El hombre es la medida de todas las cosas". Pequeño Larousse Ilustrado, 1970, pag 1524

⁶² Hugo Grocio, teólogo y juriconsulto Holandés (1583-1645), fue con el Español Vitoria, precursor del derecho Internacional. Pequeño Larousse Ilustrado, 1970, pag. 1328.

⁶³ Lucio Anneo Séneca, filósofo hispanolatino, nacido en Córdoba, fue preceptor de Nerón y cónsul. Sospechoso de haber participado en la conjuración de Pisón contra el emperador, se suicidó abriéndose las venas. Se han conservado de él tratados de filosofía moral. Inspirados en la doctrina estoica. op.cit.



prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur revocan enim praeterita non possut, futura prohibentur⁶⁴.

Señala Jakobs que en la actualidad puede considerarse demostrado que solo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el "ne peccetur", o mas precisamente, en el interés por la estabilización de la norma. La polémica, señala este autor, solo gira ya en torno a sí (y en que medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o si tiene un contenido independiente de su función. En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyos contenidos surgen, sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social. Y en este entendido son relativos, aquellos elementos de la teoría de la pena, cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social.

b) Retribución Penal y Justicia Absoluta.

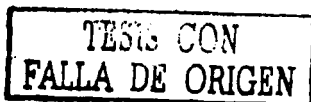
Podemos iniciar el desarrollo de este tema definiendo ciertos conceptos primordiales para la mejor comprensión del mismo.

El término retribución significa pago; el concepto jurídico penal retribución, es una categoría punitiva de un principio filosófico de justicia absoluta, y en este sentido; retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito⁶⁵

Es decir la retribución es el castigo que aplicamos o imponemos a un determinado delincuente por la comisión de un delito, y este castigo se aplica

⁶⁴ Günther Jakobs, Derecho penal, fundamentos y teoría de la imputación, Traducción, Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murrillo, Universidad de Extremadura 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A de Madrid 1997 pags. 20,21 y siguientes.

⁶⁵ Los fines de la Pena, Serafin Ortiz, Op. Cit. Pag.110.



como retribución (pago) por el mal que ha ocasionado, y por consiguiente el sufrimiento que recibe el sujeto por el daño que causó con su conducta es justo.

En sentido estricto, no se podría hablar de fines de la pena en la retribución, pues este, es un principio que se justifica por sí mismo; es decir, la pena retributiva es un fin en sí misma⁶⁶

Citemos a continuación algunos antecedentes respecto del paradigma retribucionista de la pena.

Desde una perspectiva teleológica Judeo-Cristiana, se podría decir que se identificó al delito como pecado y consecuentemente la pena tuvo un carácter expiatorio. Entonces la expurgación de mal a través del dolor, otorgó sentido a la pena que de esta manera redimía al hombre.

Después fue hasta la edad media, cuando se le imprimió un sentido retributivo a la pena con el pensamiento de diversos personajes. Para San Agustín, por ejemplo, la "Justicia" se presenta en el mundo como retribución divina. Dios es quien retribuye lo justo con el mal de la pena⁶⁷

La filosofía cristiana de San Agustín dominó casi la primera etapa de la Edad Media.

⁶⁶ Eugenio Cuello Calón, La moderna penología, Barcelona, reimpresión 1979, p.17-19, citado por Serafín Ortiz, "la pena es siempre retribución, no importa que aún sin pretender conseguirlo produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por medio del mal que contiene". "Pero, no solamente se logran estos fines prácticos, sino que con la retribución se alcanzan otros fines", mas amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, que son fundamentos de la vida moral y social, así como, protegerlos y respetarlos, en caso de ser quebrantados por el delito".

⁶⁷ Fausto Costa, el delito y la pena en la historia de la filosofía, editorial Uteha, México, 1953, pag 43-44 y 55 citado por Serafín Ortiz Op.Cit. pag 113.

En la segunda fase del Medioevo, surge la filosofía "Tomista", expuesta por Santo Tomas de Aquino, para este filósofo la pena se aplica con base en una justicia conmutativa, es decir, la justicia que devuelve mal por mal⁶⁸

El pensamiento Tomista sostuvo que la pena en sí misma, es justa retribución según el ejemplo divino; considerada en un aspecto racional es un medio para promover el fin moral, Santo Tomas también asignó un carácter de "intimidación" a la pena, con la creencia de que el terror de la pena mantiene a los hombres alejados del delito y los hace mejores (pero esta utilidad de la pena representa un medio para alcanzar el fin moral y no como posteriormente lo desarrollaría las doctrinas utilitarias).

La transición de la edad media a la modernidad implicó variaciones en casi todos los ámbitos de la actividad humana. Primero el renacimiento y más tarde el Iluminismo influyeron enormemente en la transformación del derecho punitivo. Con el surgimiento del Estado, el castigo adquiere un carácter público.

Se escinde la equiparación delito-pecado; y pena-penitencia (expiación), y la retribución adquiere carácter autónomo.

Aparecen en el mundo de las ideas Hugo Grocio y Tomás Hobbes quienes fueron los pioneros de la Filosofía punitiva en una concepción seglar.

Grocio demostró que no es necesario deducir el derecho de un principio trascendente, puesto que solo posee su origen natural en un principio interior del hombre⁶⁹.

⁶⁸ Op. Cit

⁶⁹ Fausto Costa citando por Serafín Ortiz Ortiz, Op. Cit.

Este principio se deriva de la sociabilidad, el hombre es racional toda vez que puede hablar y pensar entre otras muchas cosas, y de esta sociabilidad humana se fundamenta el orden jurídico y en éste la retribución penal.

La pena es justa por que su causa es el derecho natural y el principio que la rige es la retribución, igualdad entre el mal de la pena y el mal producido por el delito. Es requisito que la pena reprima al culpable que actúa libremente.

Hobbes fundamentó el orden jurídico en el egoísmo, razón por la cual con la pena ya no se persigue un ideal de justicia absoluta ni una finalidad moral, sino hostilizar al delincuente con un mal para hacerlo obediente a la ley del Estado.

Por otro lado, y en contraparte de lo antes dicho, Spinoza sostuvo que el orden jurídico dimana del instinto de auto conservación preventivo, propio de todos los seres, y la pena, cumple una función de amenaza para el mantenimiento de la seguridad general. Puffendorf señala que, el orden jurídico es producto de la razón humana y siguiendo este criterio racional, la pena no debe ser aplicada si con ésta no se obtiene ninguna utilidad.

El iluminismo se hace presente con una gran transformación en el derecho penal, las ideas de Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, Marat, etc., influyeron en gran medida en los jurispernalistas, y da vida a una gran etapa de la historia del derecho penal, llamada de humanización del derecho penal, de la que ya hemos adelantado un poco en el capítulo de historia.

Cesar Bonesana, marqués de Beccaria, con su obra jurídica (de los delitos y de las penas, escrita en 1764), da la apariencia de que maneja conceptos utilitaristas, sin embargo, es claro que este autor al hablar de determinación de pena lo hace desde un punto de vista de la proporcionalidad (basta conque mal de la pena exceda el bien que nace del delito), lo cual evidentemente lo coloca en una concepción retribucionista, es decir, devolverle al reo un mal proporcional a su

delito. Es por esta razón que, algunos autores, consideran el pensamiento de Becharia un tanto ecléctico.

La ideología forjadora del contractualismo social, transformó la concepción de la pena en el área del derecho penal.

Si la sociedad y el orden jurídico, se establecen por un contrato, quien viole el pacto debe ser retribuido con un mal por el mal injusto que ha causado.

Se determinó que la forma en la que se tendría que pagar sería al igual que en el derecho privado, con su patrimonio, es decir, su potencial productivo, su capacidad de trabajo, su libertad⁷⁰

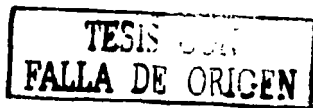
Kant⁷¹ y Hegel⁷², han ejercido una gran influencia histórica, por esta razón y de una manera muy resumida, expondremos algunos aspectos fundamentales respecto del pensamiento de estos dos grandes pilares de la filosofía universal, con relación a la pena.

Según Kant, el contenido de la pena es el talión (si ha matado debe morir), la función de la pena consiste en la realización de la justicia y lo fundamenta Kant así: Por una parte, la pena sólo puede imponerse contra el autor "por que ha delinquido", pues, de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, "se trata a la persona meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales". Por otra parte también debe realizarse la justicia. "La justicia penal es un imperativo categórico", pues si desaparece la justicia ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la

⁷⁰ Señala Zaffaroni Manual de derecho penal, citado por Serafín Ortiz, en el sentido de que esta ideología, es la que hace de la privación de la libertad, una pena.

⁷¹ Emanuel Kant filósofo Alemán (1724-1802), su obra (Crítica a la Razón pura, Crítica de la Razón Práctica, Crítica del Juicio). Este autor concibió una teoría del conocimiento idealista y crítica, según él, la ley moral presupone la libertad, la inmortalidad, la existencia de Dios.

⁷² Jorge Guillermo Hegel.- Filósofo Alemán (1770-1831), su pensamiento identifica la naturaleza y el espíritu con el principio único, la idea que se desarrolla por el proceso dialéctico de tesis, antítesis, síntesis.



tierra. Para ilustrar el carácter categórico, Kant pone el ejemplo de una sociedad que se disuelve por mutuo acuerdo: "También entonces debería ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión, de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia"⁷³.

Kant con sus dos grandes obras "Crítica de la Razón pura y Crítica de la Razón práctica", viene a significar un pilar en la forma de pensar de la época.

Señala Kant en esas obras que, la razón práctica es la que nos enseña los valores, es la que señala la conducta debida.

Para este autor, la conducta debe ser moral, y lo es cuando responde a un deber de conciencia (no a una acción convenenciera, ni oportunista).

Todas las acciones que se alejan de otras valoraciones son los "imperativos categóricos", éstos son mandatos que se derivan de la ley e imponen una conducta determinada. Kant sintetizó el "Imperativo categórico", en los siguientes apotegmas. "Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal", y "Nunca debe tratarse nadie así mismo ni a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo". Si el "imperativo categórico", que deriva directamente de la ley; es observado y respetado por el sentimiento del deber, se tiene la moralidad; y se tiene la legalidad cuando la observancia se produce por otro motivo. En esta segunda hipótesis se produce la trasgresión, y como consecuencia indeclinable el castigo"⁷⁴

Al separar moral y derecho es definitivamente una ruptura con el derecho natural y un reconocimiento con el jus-positum, y tal ruptura con el jusnaturalismo se expresa con el surgimiento de la ciencia jurídica moderna, y con ello el nacimiento del estado de derecho y su ordenamiento jurídico como

⁷³ Gunther Jakobs, Op. Cit.

⁷⁴ Fausto Costa, el delito y la pena, también Zaffaroni, citados por Serafin Ortiz, Op. Cit.

manifestaciones de soberanía popular y no como expresiones teológicas o morales, como ya quedo señalado anteriormente en el capítulo de historia.

Para Kant la pena no es un medio, sino un fin en sí misma, por esa razón ser merecedor de un castigo, implica un concepto de justicia absoluta derivado de la violación del deber jurídico. Así pues la pena es la retribución por la violación al orden jurídico y ya no divino o moral.

Hegel, interpreta el hecho punible como "algo negativo", es decir, como vulneración del derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como "vulneración de la Vulneración", y así como "restablecimiento del derecho"⁷⁵.

Hegel es otro ideólogo de la retribución penal, desde el idealismo reformó la concepción que se tenía del derecho, siguiendo el método dialéctico, sostuvo que, "La ciencia filosófica del derecho y su realización", no es ya una concepción abstracta o idealista, sino que la realización del derecho la entiende como "aquello que posee una realidad y se da a sí mismo esta realidad". La razón se desarrollaba en la historia, haciendo avanzar el espíritu humano, en forma dialéctica, es decir, la razón va contraponiendo a cada tesis su antítesis, sin que ambas se destruyan, sino que ambas se conservan en una síntesis.

Esta razón hacia avanzar dialécticamente el espíritu de la humanidad en la historia, en tres estadios; el subjetivo, en el que el hombre logra la libertad al tomar conciencia de sí mismo (auto conciencia), esta es la Tesis; el Objetivo, en que el hombre, ya libre, se relaciona con otros hombres libres, aquí la Antítesis; y el estadio del espíritu absoluto que se eleva sobre el mundo, esta será la síntesis. Al espíritu objetivo pertenece el derecho⁷⁶.

⁷⁵ Gunther Jakobs, *Op. Cit.*

⁷⁶ E. Raúl Zffaroni, *op. Cit.*, citado por Serafín Ortiz.

Señala Zaffaroni respecto al pensamiento e ideología de Hegel lo siguiente; el organicismo, teoría idealista, vino a sustituir al contractualismo. El contractualismo se opuso al poder de la nobleza en nombre de los sectores del capitalismo incipiente, pero cuando se consolidó el capital, ya no era necesario a la burguesía enfrentarse a la nobleza, ahora su principal enemigo estaba representado por la masa miserable, que en el proceso de acumulación de capital habían empobrecido. Estas clases marginales eran un peligro para el capital, por lo tanto, había que idear una forma de disciplinamiento de éstas, que a la vez sirviera de justificación para mantener el capital y el poder. Esta función vino a cumplir la teoría del Organicismo Social, debía presentarse una sociedad en donde hay seres "naturalmente" superiores privilegiados que deben detentar el poder, así como, en el organismo fisiológico humano, en el que las células cerebrales son menos pero son las que mandan.

Para Hegel, la pena no debe entenderse como un mal que sirve de remedio a otro mal, esto es absurdo para Hegel, sino que la pena es un bien, por que es un derecho del ser racional que actúa relevantemente con libertad y autoconciencia.

Hegel define a la pena como "El delito es la Negación del derecho, la pena es la negación del delito y por tanto la afirmación del derecho", concebida así la pena tiene un carácter restaurador del derecho, fundamentado en la retribución.

Señala Jakobs⁷⁷ con relación a las teorías absolutas más recientes, incluidas las teorías de la unidad, la propia pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social. Ello se corresponde también con la posición aquí mantenida; cuando hay equivalentes funcionales de la "Vulneración de la vulneración" de Hegel, la pena no es necesaria. Este camino conduce a modelos preventivos. Pero según las teorías absolutas más recientes y las teorías de la unidad, la determinación de la pena independientemente de las exigencias sociales, es decir absoluta, ha de salvarse en la medida en que la pena impuesta a partir de la

⁷⁷ Gunther Jakobs, Op. Cit.

necesidad social ha de estar limitada por la medida de la pena adecuada a la culpabilidad (la pregunta aquí es si la culpabilidad limita a la pena o fundamenta a la misma). Así pues, la pena adecuada a la culpabilidad se concibe como una pena absolutamente mensurable, que ciertamente no debe imponerse con carácter absoluto, pero que no puede sobrepassarse en absoluto.

c) Prevención y Utilitarismo Penal (teorías relativas).

Las teorías utilitarias de la pena podríamos decir surgieron en la filosofía del liberalismo clásico, pero no existía un desarrollo de las teorías de la prevención propiamente dicho, si no que sirvieron como antecedente para que posteriormente se desarrollaran las teorías relativas de la pena, estas teorías surgen a finales del siglo XIX, basado en el esquema del estado de defensa social con un basamento epistemológico propio del positivismo. Encontramos ejemplos en el positivismo Criminológico Italiano el cual pretendía alcanzar fines de prevención especial, de igual forma el correccionalismo español y con las corrientes político criminales en Alemania se encaminó la pena hacia fines preventivos.

Para hablar de teorías de la prevención, tendremos que iniciar haciendo la diferenciación entre teorías de la prevención general negativa y positiva, así como, entre prevención especial positiva y negativa.

Prevención General Negativa.

Como antecedente diremos que, la formulación mas conocida de las teorías de la prevención general negativa se debe a Fevrbach, pero no como

teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante leyes penales (teoría de la coacción Psicológica)⁷⁸.

Según Feberbach, todas las contravenciones de la ley, surgen de la "sensualidad", y como este autor señala, "el apetito del hombre se ve impulsado a la comisión por el placer (o precedente de) la acción", y por tal razón dice este autor " no le queda al estado otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad, y neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial, y en este sentido, según este autor, se neutralizan los impulsos hacia la acción, "cuando todo ciudadano sabe con certeza que, a la infracción seguirá un mal mayor que aquel que surge de la no-satisfacción de la necesidad tras una acción".

Esta conciencia se le transmite al ciudadano al amenazar una ley con el "mal mayor", es decir la pena, antes del hecho y con una descripción exacta del hecho y de la pena, y al poner de manifiesto la seriedad de la amenaza mediante la ejecución en todo caso de infracción. La efectividad concorde al poder legislativo y ejecutor con el fin de intimidar desalentando constituye la coacción Psicológica".

Este autor hace una aclaración en el siguiente sentido "el poder ejecutor" no debe ciertamente actuar con el fin de la "efectividad concorde", por que de lo contrario, se abusaría del reo como simple medio para el provecho de otros, lo que Feberbach como buen Kantiano – reprueba.

Finalmente este autor dice, "la eficacia es por ello solo un efecto secundario – bien recibido – de la pena que ha de fundamentarse absolutamente, la pena es la consecuencia jurídicamente necesaria del delito".

⁷⁸ Sobre ello Naucke, Kant und die Psychologische Zwang theorie Feberbachs; 1962, citado por Gunther Jakobs, Derecho Penal, Traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo

A este respecto la teoría de la prevención general negativa según autores como Gunther Jakobs⁷⁹, parte de una base equivocada, ya que mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hombre produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce.

Así tenemos que la prevención general se dirige a la generalidad de los sujetos, es decir, su pretensión es surtir determinados efectos en el grueso de la comunidad. En tanto la prevención especial tiene por objeto dirigir sus efectos al sujeto considerado individualmente, o mejor dicho, se dirige al trasgresor.

Esta división se le atribuye a Bentham pero se le asigna a Franz Von Liszt la implementación y divulgación de la versión moderna.

Ya dijimos que, la prevención general y especial tiene a su vez subdivisiones; la prevención general positiva y la prevención general negativa. Positivamente se manifiesta dirigiéndose a la comunidad y reforzando su confianza en la vigencia del orden jurídico o afirmación del derecho; negativamente por la vía de la intimidación a través de la amenaza legal para inhibir a los posibles delincuentes.

La prevención especial, a su vez se subdivide también en prevención especial positiva y prevención especial negativa, ambas se dirigen al sujeto infractor, sus efectos tratan de incidir en el delincuente bien para resocializarlo e integrarlo a la comunidad o bien para inocularlo, apartándolo de la sociedad mediante el internamiento asegurativo tendiente a su neutralización.

(Universidad de Extremadura) 1997, pag. 20

⁷⁹ Ibidem

Para esquematizar lo arriba señalado, a continuación se reproduce un cuadro en el que se plasman los diferentes aspectos de la teoría relativa de la pena, con relación a la prevención.

Prevención General.

1.- Prevención →
General
Positiva.

**Prevalencimiento del orden.
Jurídico**

2.- Prevención →
General
Negativa

Intimidación

Prevención Especial.

1.- Prevención →
Especial
Positiva

Resocialización

2.- Prevención →
Especial
Negativa

Inoculación

Así pues la prevención del delito, o si lo queremos llamar la evitación de las conductas repudiadas por la sociedad, ha sido como lo hemos podido observar a

lo largo del desarrollo del presente tema, una constante en la historia del hombre, ya sea con determinados nombres o fines, pero siempre se ha intentado regular hasta cierto punto, el actuar de los grupos sociales.

Retomando el tema de los antecedentes históricos podemos señalar que, en la antigüedad un concepto de la prevención en la época romana, la encontramos en el pensamiento de Seneca, con los aspectos ya señalados de dicho filósofo, que derivaron y se transformaron para dar vida a diversas formas de pensar, algunas contrarias entre sí.

Ya en el periodo de la ilustración encontramos otros autores tales como Betham, Beccaria, Romagnosi y algunos otros pensadores del siglo XVIII, entre quienes se incluye también a Montesquieu, Spinoza, Putendorf.

Utilitaristas como Bentham, sostenían que, "el valor del castigo no debe ser en ningún caso menor de lo que resulta para rebasar el beneficio que reporta el delito".

Romagnosi, por otro lado es el precursor de las teorías de la defensa social, y de alguna manera ciertos autores consideran que también el precursor del estudio de la prevención. Para este autor la prevención del delito solo se puede lograr con el fortalecimiento jurídico-político de los derechos del hombre y de la moral, (la sanción política, la sanción religiosa, la sanción de la convivencia social y la sanción del honor).

Por otra parte Beccaria escribía "para que una pena produzca su efecto, basta que el mal de la pena exceda el bien que nace del delito; y mediante este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de las penas y la pérdida del bien que produciría el delito"... "el fin de las penas no es otro que el de imponer al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos; y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquel"

Es claro que en estos pensamientos del siglo XVIII, es reiterante la pena como único medio que se vale la sociedad civil para reprimir el delito, en ellas además se reflejan las concepciones contractualistas de la sociedad.

Parece ser que la aspiración de prevención se pretende lograr por el camino de la intimidación. Por lo tanto podemos considerar que se están refiriendo a los efectos que debe surtir la amenaza del castigo en el grueso de la sociedad, es decir, una prevención general.

Hasta antes de Bentham no se había hecho la distinción clara entre prevención general y prevención especial. En su obra "Teoría de las penas y recompensas", señala que la prevención "particular" se refiere a la persona del delincuente o tiende a eliminar el daño que de él puede derivarse, y la "general", se refiere a terceros que pueden tener los mismos motivos para cometer el mismo delito. Señala que la prevención general es el fin principal de la pena y al mismo tiempo su razón justificativa⁸⁰.

Es preciso dejar claro que, como antecedente histórico los pensamientos antes citados son de mucho valor, pero la prevención es un concepto moderno que no podía coexistir con los precursores de la ciencia penal, (los jusnaturalistas y los pensadores a los que Ferri llamó, escuela clásica), ya que aún cuando consideraban que es preferible evitar los delitos por otros medios antes que ejecutar la pena, ven en la retribución de la pena el mantenimiento del orden social, el equilibrio y la realización de la justicia, y por lo mismo justificar su existencia.

La escuela positiva Italiana, introdujo la medida de seguridad como sustitutivo de la pena. Pretendieron inclusive que la pena por la culpabilidad

⁸⁰ Fausto Costa y Cuello Calón, citados por Serafín Ortiz Ortiz, Op.Cit

desapareciera y cediera su lugar a la medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad del ciudadano, niegan el libre albedrío, dicen que es indemostrable.

Hablan de una cierta determinación del delito debido al antropocentrismo biologicista en el hombre, por ejemplo; Las teorías Lombrosianas del delincuente nato; el peligrosismo Ferriano y el etnocentrismo de Garófalo, se dirigían a considerar al delincuente un ser inferior y degenerado que debía ser eliminado de la sociedad o readaptarlo si es que era recuperable. Los Positivistas no confían mucho en la pena intimidación (prevención General), preferían aplicar una medida para "apartar de la mala vida" a los peligrosos asegurándolos para que no delincan y readaptándolos para que no reincidan (prevención especial).

La escuela positiva otorga como fin principal la prevención especial ya sea por medio de la pena (o medida de seguridad).

La discusión sobre la pena se desplaza. Ya no se considera tanto como un problema teórico filosófico argumentativo (retribución), sino que varía su dimensión de manera que en lo sucesivo la pena se dirige expresamente a lograr efectos prácticos⁶¹

Se da inicio al pragmatismo, la fundamentación y justificación de la pena dependerá de sus efectos prácticos alcanzados en su lucha contra la criminalidad, a través de la praxis debe ser demostrada la racionalidad de la pena.

En Alemania "La joven escuela", "Escuela sociológica", encabezada por Fran Ovni Lis, abandona todas las controversias filosóficas, sustituyéndolas por una comprensión teleológica de la pena.

⁶¹ Ibidem

Surge la teoría de la pena-fin, tratando de buscar soluciones prácticas en Política criminal, sosteniendo que la pena tiene un contenido teleológico preventivo general y especial. Lis acuñó este concepto en su versión moderna.

Ahora recapitulando, considero que es de mucha importancia plasmar en el presente trabajo, algunos aspectos de las ideas de algunos autores, debido a la importancia que estas aportan al foro de discusión contemporáneo, con relación a la pena misma.

La prevención general positiva o también llamada "prevención-integración"⁸², denominada así por Roxin como " la teoría de prevención-integración", nació a finales del siglo ante-pasado con Durkheim, siendo retomada por Luhman en el marco de la teoría sistemática y llevada al campo jurídico-penal por la doctrina Alemana.

La teoría de la prevención general positiva se dirige a la colectividad en general para obtener consenso en torno al orden jurídico, pero su funcionamiento está intrincadamente relacionado con la prevención especial, al respecto señala Baratta; "cada una de las dos, en su propio ámbito de aplicación, arrastra consigo la sombra de la otra".

Algunos autores sostienen que, se logra el prevalecimiento del derecho con la pena, pero mediante formas no declaradas oficialmente. Por ejemplo Emiro Sandoval sostiene que, la pena privativa de libertad cumple dos funciones no declaradas, una de estas funciones es la de cobertura ideológica "la pena privativa de libertad sirve para trasladar toda la responsabilidad criminal de las estructuras e instituciones vigentes al individuo"⁸³.

⁸² Alejandro Barata, Citado por Serafin Ortiz.

⁸³ Emiro Sandoval, "Las formas no declaradas de la privación de la libertad", revista del colegio de Abogados penalistas del Valle No. 4, 1 semestre, Cali Colombia, 1981 citado por Serafin Ortiz, Op. Cit.

La otra función no declarada a nivel psicosocial es la función vindicativa de la pena, ésta se manifiesta con la aplicación de sufrimiento al sujeto privado de su libertad, con la cual se satisface el sentimiento vindicativo de la víctima, pero sobre todo, de la "conciencia colectiva"; de este modo el infractor viene a ser el "chivo expiatorio" de la sociedad que, con su castigo, genera consenso entorno al orden jurídico.

Luzón Peña⁸⁴, expone la función de estabilización de la conciencia jurídica general de que habla la teoría de la prevención general positiva, sería equivalente a la función de "producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad".

Roxin ha sostenido que el fin de la prevención general positiva (que él llama "prevención integradora"), es "fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad, imponiendo al sujeto por su hecho la sanción que ha "merecido", es decir, la que corresponde a la gravedad de su delito⁸⁵. Pero además consiguiendo de ese modo que, la sentencia sea aceptada como adecuada (justa), por la sociedad y contribuyendo así a la estabilización de la conciencia jurídica general, y la vez el mantenimiento de la fidelidad de la población al derecho.

Así pues, el fin de la prevención general positiva de la pena se manifiesta surtiendo efectos en la comunidad en general, para obtener la confianza de la colectividad hacia el derecho, que se expresa con la afirmación de su fe y su consecuente fidelidad al orden jurídico, lo cual permite el prevalecimiento del mismo.

Esta teoría se ha desarrollado desde diferentes interpretaciones jurídicas, existe un sector doctrinal que la postula como teoría limitadora de la intimidación

⁸⁴ Luzón Peña, citado por Mir Puig "función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, ambos citados por Serafin Ortiz, Op. Cit. Pag 184.

⁸⁵ Luzón Peña, Antinomias penales y medición de la pena, la reforma del derecho penal, autores varios seminario Hispano-Germánico 1979, Barcelona 1985, pag. 194, citado por Serafin Ortiz, Op. Cit

penal, otras intentan legitimar con esta teoría la aplicación de un derecho penal preventivo y hay quienes pretenden eliminar límites liberales materiales de la intervención penal.

Mir Puig al respecto divide en dos grupos o direcciones las diversas vertientes del pensamiento jurídico con relación a este tema, quienes defienden aquella forma de prevención como fundamentadora y en su caso ampliatoria de la intervención del derecho (JAKOBS), y los que con aquella concepción pretenden poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial (HASSEMER, ZIPF, ROXIN).

Para Jakobs⁸⁶, quien parte de la teoría funcionalista de Luhmann, dice que la norma tiene una función orientadora dirigida a la colectividad para "ejercitar en la confianza de la norma", "ejercitar en la fidelidad del derecho" y "ejercitar en la aceptación de las consecuencias" que en síntesis se puede expresar, "ejercitar en el reconocimiento de la norma como fin".

Roxin con relación a la función limitadora, señala que con la prevención compensadora o integradora, se pretende el mantenimiento del orden jurídico y la afirmación del derecho, lo cual se consigue respetando el límite de la culpabilidad. Para este autor la prevención general positiva limita a la prevención general negativa.

Mir Puig, señala al respecto: El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención del delito resulta admisible en un estado democrático de derecho, respetuoso de la dignidad de todo hombre – y en este caso también al delincuente -. Señala este autor que el estado ha de restringir

⁸⁶ Este autor concibe al derecho como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales. "La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las

el derecho penal mediante una serie de límites y no solo por el de la culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización, y otros.

Algunos de los planteamientos o elementos de esta teoría, según algunos autores, no han sido demostrados empíricamente, por ejemplo la supuesta eficacia motivadora que tiene la pena y consecuentemente también que el hombre es capaz de motivación. Al respecto Bustos Ramírez, señala que la función preventiva de la pena es empíricamente indemostrable, pero además para que se produjera tal efecto preventivo, sería necesaria la existencia de un consenso sobre las normas penales.

Algunas otras críticas emitidas con relación a esta teoría, señalan que, dicha teoría no resuelve los conflictos en el lugar donde se producen sino en donde se manifiestan (**es reactiva y no proactiva**). "reacciona dentro de los límites clásicos de la respuesta represiva"⁸⁷, solo toma en consideración los eventuales efectos positivos de la pena (mantenimiento del orden jurídico, afirmación de la fe en el derecho, consenso), y omite los efectos negativos de la pena (la pena privativa de libertad), produce altos costos, desconfianza en la ciudadanía por el mal funcionamiento del sistema penal, etc.

d) Fin y función de la pena.

Cuando al principio del presente capítulo, hablaba del concepto de pena, hice mención especial al hecho de poder definir con precisión los términos fin y función de la pena, por que tanto el concepto y definición de la pena, como el fin y función que ésta persigue y realiza, son confundidos frecuentemente, y este hecho no es una casualidad ya que alguna parte de la teoría realizada con relación al

normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social".

tema de la pena, a lo largo de la historia de la ideas jurídico penales, potencializan esta tendencia.

Autores como Luigi Ferrajoli, señala en su obra Derecho Penal Mínimo⁸⁸, ésta característica respecto a la diferenciación entre los términos fin y función.

Ciertamente este tema no es del todo fácil, ya que como señalamos anteriormente, existe una gran tendencia a mezclar dichos términos (fin y función), o por lo menos, en muchas ocasiones, difícil de diferenciarlos, pero siguiendo algunas pautas marcadas por autores, como el señalado antes, trataremos de obtener una feliz y productiva aproximación al tema en estudio.

Empezaré tratando de marcar el camino a seguir para el análisis de este tema poco fácil de digerir. Antes que nada quiero señalar que, debemos hacernos los siguientes cuestionamientos. - ¿por qué se castiga?, ¿Por qué se debe castigar?.

La primera pregunta ¿por qué se castiga?, es un problema que puede ser abordado de hecho empíricamente, es decir, pueden darse explicaciones de tipo socio-históricas o culturales, dirigidas a demostrar por que existe la pena, argumentando por ejemplo, aspectos como los que en este estudio se han señalado, que pueden ser verdaderos o falsos⁸⁹

Con respecto a la segunda de las preguntas, ¿por qué se debe castigar? se puede decir que, es un problema de índole filosófico que admite respuestas, filosófico-políticas, ético-filosóficas y ético-políticas, de donde se derivan proposiciones normativas que son axiológicamente consideradas o no, o con más precisión, no pueden ser ni falsas ni verdaderas sino aceptables o inaceptables.⁹⁰

⁸⁷ Alessandro Barata, Op. Cit.

⁸⁸ Citado por Serafín Ortíz, "los fines de la pena", pags.91 y siguientes, Op. Cit.

⁸⁹ Ibidem-pag 139 y siguientes

⁹⁰ Ibidem

Desde una perspectiva sencilla, la confusión que generalmente se presenta, cuando pretendemos definir o distinguir entre fin y función de la pena, radica en la dificultad de hacer una partición o diferenciación entre lo que es el deber ser y el propio ser de la pena, y cuando se hace derivar al ser del deber ser o viceversa, incurrimos irremediabilmente en un bache de conocimiento del cual no es fácil salir y que nos imposibilita un crecimiento y desarrollo de estas ideas.

Todo ello produce una aberración o vicio metodológico en el estudio del presente tema, - sostiene Ferrajoli ⁹¹, la cual, deriva a su vez, de la confusión tanto de las justificaciones filosóficas, como de las explicaciones descriptivas.

A este respecto señala Ferrajoli: "Para evitar confusiones será útil diferenciar los significados del "por que" se castiga y se "debe castigar" - este autor señala que son teorías explicativas o explicaciones las respuestas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función de las funciones, que de hecho cumplen el derecho penal y las penas, mientras son doctrinas axiológicas o de la justificación, las respuestas a las cuestiones ético filosóficas sobre el fin de los fines, que ellas deberán perseguir.

Es necesario realizar este tipo de diferenciación, con relación a estos dos aspectos de la pena, apreciando con mayor claridad y asumiendo una postura absolutamente crítica y objetiva, para ello a continuación elaborare la siguiente reflexión al respecto.

Al adentrarnos en el estudio de la pena, nos podemos dar cuenta de la serie de pensamientos y construcciones ideológicas que han servido de sustento para aplicarla en algún tiempo y lugar determinado, lo cual, es un aspecto que dificulta de alguna manera esta tarea.

⁹¹ Ibidem

Por esta razón, a manera de ejemplo, hago referencia tan solo a una versión de la pena que, a partir del periodo Moderno de la Humanidad, a significado un pilar del sistema penal y que ha sido usada y abusada, y que por ello, obliga al cuestionamiento sobre su futura aplicación y justificación.

Me estoy refiriendo a la pena privativa de la libertad o corporal, mejor conocida como prisión, la cual, se ha convertido en el medio favorito utilizado por el sistema penal y con el que se pretende erróneamente alcanzar todas sus expectativas.

La prisión, como ya hemos advertido en capítulos anteriores, surge propiamente dicho, como una necesidad de la sociedad hegemónica en el siglo XIX y se institucionaliza, de alguna u otra forma, al momento en que el Estado se sirve de ella para obtener o mantener algún estatus mediante la ejercitación del modelo de control social duro por excelencia.

Han existido muchos fundamentos y justificaciones a su utilización, los cuales han sido producto de una necesidad o movimiento sociocultural, en algún tiempo y lugar determinado.

Por otro lado, el humanismo ha tenido sin duda su aportación, como lo han tenido otro tipo de filosofías, a las cuales, se les ha tachado de románticas o utópicas. Se ha llegado incluso a radicalizar algunos puntos de vista respecto a la pena, al grado de intentar prescindir de la misma, dándole nombres diversos o alternativos que significan en el fondo lo mismo pero dicho con otras palabras, este aspecto de vaivén o pendular, se da no solo en el tema de la pena, sino en otros muchos campos del conocimiento, dejando ver que, a lo largo de la historia, no son muchos los que han aportado algo nuevo al foro de discusión.

A este respecto en los últimos años, han existido autores que dan su punto de vista respecto a los fines tanto del derecho como de la pena, y que podrían

servir como un termómetro de lo que se está pensando en este momento, en lugares que por tradición han servido de modelo o influencia en nuestros sistemas penales.

Jakobs⁹², señala que "la función del derecho penal no es impedir la lesión de Bienes Jurídicos sino confirmar la validez de la norma; y la función de la pena es mantener la norma como modelo de orientación para la realización social".

"La misión de la pena es la prevención estatal", y esta misión dice Jakobs, conduce a lograr varias metas:

- La gente necesita que su fe en la norma sea confirmada cuando las normas son infringidas.
- Se logra así y al mismo tiempo, una cierta conciencia jurídica, consistente en que la gente tiene que aprender que la infracción normativa no es una alternativa de conducta discutible.
- Si se comete alguna infracción debe soportar las consecuencias que se deriven de la misma, esto es, la aceptación de las consecuencias.

Como podemos observar, este pensamiento contemporáneo, es de alguna forma una nueva visión del mundo o de la sociedad, y este movimiento ejemplificado por este tipo de pensamiento es ubicado como funcionalista, con sus diversas variantes, dependiendo del autor del que se trate⁹³.

A continuación se hacen algunos breves comentarios con relación al funcionalismo.

⁹² Citado por Raúl González-Salas Op. Cit

⁹³ Las críticas al sistema finalista o sistema final de acción relacionadas con la culpa y la omisión dieron como resultado la creación de nuevos proyectos sistemáticos como por ejemplo: La síntesis neoclásico-finalista por Gallas, Jescheck y Wessels, el modelo de Günter Jakobs y el racional final, también llamado teleológico o funcional de Claus Roxin. Enrique Díaz Aranda, "Dolo" Editorial Porrúa, México, 2001.

Las innovaciones centrales del funcionalismo son, la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual, se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena⁹⁴.

Con relación a la imputación objetiva, se puede afirmar que de alguna manera su misión tiene que ver con la reunión de una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad.

Por otro lado, el funcionalismo aporta a la culpabilidad, conocida como responsabilidad, una nueva concepción. A este respecto, Roxin señala que, "El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto juridicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho"⁹⁵.

Pero la mayor aportación de la teoría funcional, como señalan algunos autores, es la de aportar una dirección política criminal a la aplicación o individualización de la pena. Equiparando al concepto de necesidad de pena o fines de la pena al de culpabilidad, como criterios a tomar en cuenta al momento de la individualización de la misma⁹⁶.

Este movimiento de frente a las ideas jurídico penales, señala el camino o el fin de los paradigmas respecto a la misma pena y todo lo que la rodea, pero no está libre de críticas y de análisis en cuanto a sus fundamentos y preceptos, ya que el camino es largo y tenemos que seguirlo construyendo, pero además, estos

⁹⁴ Enrique Díaz Aranda, *el Dolo*, Editorial Porrúa, México, 2001, pag.80.

⁹⁵ Op. Cit.

⁹⁶ La culpabilidad sirvió hasta antes del sistema funcional como criterio de medición de la pena hacia arriba (el monto máximo de merecimiento de la pena) y hacia abajo (el mínimo por imponer). Pero ello suponía que una vez confirmada la culpabilidad se debía imponer necesariamente una pena, aunque ésta fuera mínima.

Con el funcionalismo, en cambio, la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (no puede pasar del máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo, incluso, contemplar la posibilidad de no imponer pena, cuando los fines de la pena así lo consideren.

La función de la pena, ha sido prácticamente en todos los casos, la de atemorizar y la de reprimir a las clases más desprotegidas de la sociedad, basta enfocar nuestra mirada a las cárceles y centros de readaptación social, para darnos cuenta que, en primer lugar como coloquialmente se dice -no están todos los que son – es decir, todos los que deberían de estar en esos sitios, y además que, los supuestos fines de readaptación no se cumplen al pie de la letra. Lo antes mencionado, no creo que solo sea culpa del sistema penal, ni de la pena en sí, sino que es producto de una realidad social, política y también económica, pero eso de ninguna manera cambia la situación - es triste admitirlo - pero como abogados y como personas parte integral de una sociedad, debemos sentirnos apenados y preocupados por lo que está sucediendo, ya que nosotros podríamos ser víctimas de este vicioso sistema, sino es que ya lo hemos sido en alguna ocasión.

Teniendo en cuenta que en otros países, llamados de primer mundo, la realidad y la situación social y política es diametralmente diferente a la nuestra, resultan muy interesantes algunos estudios realizados respecto al tema.

Jakobs⁹⁷, señala que las teorías sistémico funcionalistas, parten del fundamento de que la pena prevista en las normas tiene la función de restablecer la confianza en el derecho, al reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce, dando por resultado "la estabilidad del sistema y la integración social".

Este autor señala que la pena no constituye retribución de un mal con un mal, sino que su función es la prevención positiva, es ejercitar el reconocimiento de la norma y la finalidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad⁹⁸.

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Ibidem

pensamientos modernos nos presentan como siempre, conceptos que se manejan no del todo claros o señalan objetivos que no son fácilmente alcanzables o fáciles de definir, por esta razón, es preciso tratar de obtener la mayor parte de información posible para poder iniciar su crítica.

Este modelo Dogmático antes referido, es ejemplo de los muchos otros modelos y escuelas del pensamiento jurídico penal, que han surgido a lo largo de la historia de esta materia y de la propia historia del hombre. Sería importante asumir desde un punto estrictamente crítico, los principales aspectos relacionados con el fin y función de la pena, haciendo a un lado cualquier tipo de tecnicismo y observando una realidad mas pragmática y más cercana a la vida cotidiana del ser humano.

Lo primero que tendremos que señalar, es la necesidad de despojarnos de ciertos esquemas, en los cuales, situamos cotidianamente nuestro discurso al hablar de temas relacionados con la pena y su aplicación. Por ejemplo al hablar de los fines de la pena, entendidos como aquellos anhelos que se esperan de su propia aplicación y que en algunos casos se le atribuye un cierto carácter de deber ser, son sentimientos que en muchos de los casos, con todo y que se construyen con la mejor de las intenciones y basados tal vez en principios más o menos dignos y propositivos, en la mayoría de los casos no llegan a tener una representación en la sociedad, o lo que es lo mismo, no llegan a tener una realidad óptica en un plano material.

Considero que el pensamiento humano, siempre tendrá ejemplos cargados de buenos sentimientos y de las mejores intenciones, con ánimo de lograr una situación progresista y manteniendo el porvenir de la propia especie, pero hasta la fecha creo que no hemos llegado a conocernos lo suficiente, prueba de ello, son las terribles desigualdades que aun prevalecen en cada una de las sociedades que integran a la comunidad mundial, y si ha ello agregamos también los intereses

personales o de grupo que también son propios de nuestra naturaleza humana, se dificulta día con día, alcanzar aquellos fines a los que anhelamos llegar.

Es aquí cuando entra en juego el otro término analizado, la función que a lo largo de la historia hemos atribuido a la propia pena, y es necesario analizar esas funciones no declaradas del propio sistema penal y con ello de la pena misma.

Si bien los fines o principios antes señalados pudieron eventualmente estar definidos en algún momento determinado, es la forma de implementar las estrategias para alcanzar sus objetivos, lo que en muchas ocasiones imposibilita su obtención.

Es decir, no siempre la forma en que ha sido utilizado el derecho y la pena en este caso, ha sido la idónea para alcanzar los fines planteados; generalmente los preceptos dogmáticos o teóricos, relacionados con la estructura penal y su forma de ponerlos en práctica, son presa fácil de algún tipo de ideología o estructura de Estado que se sirve de estas ideas para preservar un estatus de poder.

No es ningún secreto que el derecho penal, ha servido como un factor de poder, tanto en sistemas profundamente idealistas o ideologizados con control centralizado, como en sistemas antagónicos a estos últimos. Es una realidad que la función de la pena, muchas veces no tiene nada que ver con lo que supuestamente se dice, o para lo que se trata de enfocar.

Cuando analizamos los procesos de creación de instituciones como la pena, tenemos que admitir que, las clases más vulnerables, son las que han sido el blanco y objeto de control de todo sistema penal, esto sin sumar los procesos de descomposición presentes en toda sociedad y que mientras más complejos y heterogéneos sean, más difíciles son de diferenciar.

La función de la pena, ha sido prácticamente en todos los casos, la de atemorizar y la de reprimir a las clases más desprotegidas de la sociedad, basta enfocar nuestra mirada a las cárceles y centros de readaptación social, para darnos cuenta que, en primer lugar como coloquialmente se dice -no están todos los que son – es decir, todos los que deberían de estar en esos sitios, y además que, los supuestos fines de readaptación no se cumplen al pie de la letra. Lo antes mencionado, no creo que solo sea culpa del sistema penal, ni de la pena en sí, sino que es producto de una realidad social, política y también económica, pero eso de ninguna manera cambia la situación - es triste admitirlo - pero como abogados y como personas parte integral de una sociedad, debemos sentirnos apenados y preocupados por lo que está sucediendo, ya que nosotros podríamos ser víctimas de este vicioso sistema, sino es que ya lo hemos sido en alguna ocasión.

Teniendo en cuenta que en otros países, llamados de primer mundo, la realidad y la situación social y política es diametralmente diferente a la nuestra, resultan muy interesantes algunos estudios realizados respecto al tema.

Jakobs⁹⁷, señala que las teorías sistémico funcionalistas, parten del fundamento de que la pena prevista en las normas tiene la función de restablecer la confianza en el derecho, al reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce, dando por resultado "la estabilidad del sistema y la integración social".

Este autor señala que la pena no constituye retribución de un mal con un mal, sino que su función es la prevención positiva, es ejercitar el reconocimiento de la norma y la finalidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad⁹⁸.

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ *Ibidem*

Con esta concepción de lo que es pena, Jakobs señala que, el delito es una amenaza a la integridad y a la estabilidad sociales, pues constituye una falta de fidelidad al derecho, de ahí que lo que se valore negativamente del comportamiento típico de un individuo, no sea la producción de un hecho lesivo de bienes jurídicos o de intereses dignos de protegerse, sino el grado de intolerabilidad funcional de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento jurídico, reprochándose ante todo la actividad contraria a esos valores, que cuando esos efectos en atención a la estabilidad del sistema, dejan de ser tolerables, se sancionan penalmente⁹⁹.

Antolisei, señala por ejemplo que la pena no es solamente de acuerdo con la feliz expresión de Merkel, una expresión de potencia al servicio de la conservación social: "Es también un instrumento para el progreso del pueblo. Si esto es verdad, de ello deriva que, al lado de normas que tienen una finalidad simplemente represiva, existen otras que tienen una finalidad evolutiva, o mejor propulsiva. Las segundas difieren profundamente de las primeras, por que tienden no simplemente a asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, sino a promover un mejoramiento de la vida en común y en general a transformar la vida misma".

Hemos visto diferentes puntos de vista, con relación al fin de la pena y de su función, algunos de ellos son verdaderamente ajenos a nuestra realidad como país y cultura, pero no por ello habría que desestimarlos de antemano, sino por el contrario, es preciso tomar en cuenta algunos de sus fundamentos y tratar de replantear el camino, así como, promover un mejor sistema de impartición de justicia, pero más importante que ello, es mejorar y depurar toda la estructura, social, política y económica, ya que el derecho por si solo, no puede resolver los problemas de violencia y corrupción que nos aquejan, la pena tiene que ser utilizada dentro de un sistema más actual y con un fundamento apropiado a nuestra realidad, si bien las influencias que nos llegan de Europa, son de hecho

⁹⁹ Antolisei, citado por Raul Gonzale-Salas, Op.Cit.

cuestionables y perfectibles e incluso criticables en su propio medio, podrían servir de ejemplo, y por que no, tratar en la medida de lo posible, de crear nuestro propio respaldo teórico e ideológico, a las estrategias que se aplican en nuestra realidad, con un respaldo más apegado a la idiosincrasia, condición social y política.

III. **La técnica al momento de su cuantificación.**

En este punto se abordan aspectos centrales respecto al tema de estudio en el presente trabajo, la individualización judicial de la pena, actividad que "se configura esencialmente como aquella en virtud de la cual, se concreta el contenido del injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, determinándose subsiguientemente, cual es la exacta medida de su merecimiento y necesidad de pena".¹⁰⁰

A primera vista la determinación del exacto contenido delictivo del hecho, resulta una actividad muy difícil y compleja, y como se ha podido observar a lo largo del desarrollo del presente trabajo, ha sido abordada desde muchos frentes y concepciones filosóficas durante toda la historia de la humanidad, pero independientemente de ello, la simple metodología para la obtención del "quantum" de la pena, por si sola, presenta una dificultad considerable y en casi todos los casos ha sido poco clara.

Todo ello se complica aun más, cuando tomamos en cuenta que, la individualización judicial de la pena, "se explica como un ámbito en el que no inciden solo consideraciones relativas al delito cometido, sino también a la teoría de los fines de la pena, mostrándose de entrada, uno y otro ámbito como no relacionados"¹⁰¹, tema este último, sumamente controvertido.

¹⁰⁰ Jesús María Silva Sánchez, "Determinación de la motivación y control", Curso Internacional de Derecho Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, C.U. México 1995.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Para entender mejor lo antes señalado, valdría la pena hacer los siguientes comentarios:

La individualización de la pena, sería la necesaria concreción del contenido delictivo del hecho (lo que se entendería como una mera constatación retributiva).

La consideración de aspectos preventivos, con la entrada en juego de consideraciones político-criminales sobre la persona del autor.

Así las cosas, lo que finalmente se trata de obtener como resultado en el presente trabajo es, evidenciar el "cómo" de la cuantificación penal en la etapa individualizadora de la pena a nivel judicial, tomando en cuenta que los simples postulados penológicos o finalidades de la pena, no nos resuelven la duda, y que tampoco al obtener y definir la estructura o contenido de las categorías del delito se resuelve el problema, sin embargo, hay que admitir que tanto unas como las otras son aspecto que deberán ser tomadas en cuenta para obtener el "quantum" de pena, haciendo énfasis en las segundas ya que se podría obtener un sistema mas racional de cuantificación.

Tan solo como un adelanto a los temas precedentes, se señala un esquema procedimental de la individualización judicial de la pena, propuesto por el profesor Jesús María Silva Sánchez:

1°.- Teniendo en cuenta ante todo criterios de proporcionalidad en un marco de prevención general, procedería determinar dentro del marco legal cuál es el ámbito de merecimiento de pena del hecho (su concreto contenido de injusto).

2°.- Procedería valorar eventualmente, disminuciones del merecimiento de la pena (por la incidencia de diversos principios valorativos, como los de igualdad y humanidad) y de necesidad de pena, (por consideraciones preventivo-generales

y sobre todo, preventivos especiales), (todo ello vendría a concretar la medida de la culpabilidad).

3°.- Finalmente, procedería determinar, exclusivamente en virtud de consideraciones de necesidad de pena, la medida de punibilidad, (o mejor dicho, lesividad del hecho).

Las ventajas, que el autor de este esquema de procedimiento individualizador de la pena, nos refiere, son los siguientes:

- Por un lado, no cabe distinguir, ni formal ni materialmente, entre concreción de las categorías del delito y determinación de la pena, sino que la medida de la pena, se muestra como traducción exacta del contenido delictivo del hecho, dándose pues una plena intervención entre ambos niveles.
- Que las necesidades preventivas y en general, otras consideraciones político-criminales, pueden y deben tenerse en cuenta en la individualización de la pena, con independencia de que el legislador aluda a ello o no, pues forma parte de la concreción del grado de injusto, culpabilidad y en su caso punibilidad del hecho.

En resumen, puede hablarse de existencia de una pena concreta adecuada al exacto contenido delictivo del hecho y por ende, también a los político-criminales.

Lo antes señalado, es un ejemplo de lo que se podría hacer con relación a la discrecionalidad del juez al momento de fijar las penas, ya que si bien puede haber alguna variación en la concreta cuantificación, ésta, no debe estar en total

ausencia de control (Rechtlichgebundenes Ermessen)¹⁰², para ello se deben crear una metodología y criterios generales para la individualización de la pena.

a) Fases de determinación de la pena.

Dentro del mecanismo para la determinación concreta de la pena a nivel jurisdiccional o judicial debemos aclarar que, en nuestro caso nos referimos a la determinación de la pena dentro de un sistema de marcos penales, es decir, de mínimos y de máximos de la pena dependiendo del tipo penal que se trate.

Esquemáticamente las fases de determinación de la pena son según algunos autores¹⁰³ las siguientes:

- La decisión sobre el marco penal aplicable.
- La averiguación del marco penal concreto.
- La decisión final.

Estos tres puntos los desarrollaremos mas adelante, pero en este momento es importante detenernos un poco en el problema que plantean los aspectos relacionados a la decisión del marco penal aplicable y todo lo que está detrás de ello y lo que implica.

¹⁰² Citado por Jesús María Silva Sánchez, *Ibidem*.

¹⁰³ Mercedes García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho Español*, pag. 88 y ss.

La decisión del marco penal aplicable.

Podemos entender que la decisión del marco penal aplicable, es la cantidad de Pena con que se conmina genéricamente la conducta descrita en el tipo.

Ello supone naturalmente, la decisión sobre el tipo penal cuyos elementos coinciden con los del hecho sometido a enjuiciamiento, aquí es importante evidenciar la incidencia del tipo en el proceso de determinación penal.

Mercedes García Aran señala al respecto que, "si el injusto penal es la realización de la conducta antijurídica, debe ser tenido en cuenta, en tanto ofrece fundamento para que se lleve a cabo la determinación de la pena, el tipo penal al proporcionar el marco legal definitorio, es el punto de partida del proceso de desvalorización de la conducta dada".

Esta autora en todo caso, considera que el tipo penal tendría carácter de decisión Político-legislativa ordenadora de la vida comunitaria.

Si bien es cierto que, en el presente trabajo, no es tema fundamental los aspectos concernientes a la dogmática penal, entendiéndose en este caso a lo relacionado a la teoría del delito, ya hemos podido darnos cuenta que independientemente de la postura que se adopte con respecto al principio de la culpabilidad y el dolo, al momento de realizar el proceso de Individualización de la pena, tenemos que volver a enfocar la mirada al tipo penal y las diversas categorías penales, con todo y que pudiera considerarse que ese análisis jurídico penal pertenece a otra etapa, es decir, al proceso de reprochabilidad o no del injusto, dicho de otra manera la verificación o no de la culpabilidad.

Señalo lo anterior, por que como primer paso y una vez verificados y constatadas las categorías penales, para la ubicación del proceso de individualización, se tiene que analizar con detenimiento al tipo penal, es evidente

que de éste nacerán junto con otros elementos de hecho, las posibles consecuencias y fundamentos a la pena misma.

Gimbernat señala que, sobre la función motivadora del tipo "la problemática de, ¿qué es lo que pertenece al tipo?, es la problemática de ¿qué es lo que el legislador quiere evitar?".

Así pues, el tipo, entendido como decisión política criminal es lo que determina qué intereses son protegidos por el derecho penal, independientemente de si todos los tipos penales recogen la protección de un bien jurídico entendido en su sentido material¹⁰⁴.

Esta orientación, señala García Aran, además de proporcionar las bases para una dogmática crítica del derecho penal, permite avanzar en la búsqueda de los fundamentos de la determinación de la pena y otorgar al injusto su valor preciso. El juez deberá recoger, en primer lugar, el catálogo de valoraciones proporcionada por el legislador en lo que Bruns califica de "división del trabajo", entre uno y otro, de modo que el legislador define programáticamente los límites de la individualización y sus principios.

La prohibición de Doble Valoración.

Un ejemplo de lo que señaló Bruns en el punto anterior, es el "esquema valorativo anticipado", que según este autor proporciona el legislador. Esta se refiere a la coordinación entre las funciones del legislador y el juez, en este caso respecto a la prohibición de doble estimación de los elementos típicos, a través de la cual, la ley detrae de la competencia del juez la posibilidad de estimar circunstancias del hecho que ella ya ha tenido en cuenta.

¹⁰⁴ García Aran, *Ibidem*

Con ello se introduce, como señalamos inicialmente, determinados elementos típicos en el terreno de los principios reguladores de la medición de la pena.

Al respecto Jescheck¹⁰⁵, señala lo siguiente, "la determinación legal de la pena no se agota en la creación de un marco legal que sea el mismo para todos los casos que se subsumen en el precepto penal. El legislador forma frecuentemente grupos valorativos especiales que vinculan y sirven de pauta al juez a la hora de determinar la pena aplicable. Se trata en estos casos de circunstancias modificativas innominadas de la pena en forma de casos – especialmente graves- o –menos graves-".

Este autor se refiere a los tipos calificados y tipos privilegiados, esto viene a confirmar la importancia que se le debe de dar al proceso de creación de tipos penales y no dejar que sean personas sin el mínimo conocimiento de toda esta realidad jurídica, las que se aboquen a formular y aprobar las leyes que se aplican en materia penal.

Ya que como señala Eser, la inclusión de agravantes específicas, supone ya estadios de determinación de la pena adelantados por el legislador.

Averiguación del Marco Penal Concreto.

Una vez determinado el marco penal aplicable, es decir, el tipo penal, el siguiente paso para el juez es proceder a la averiguación del marco penal concreto, en México los artículos 51, 52 y siguientes, nos sirven como punto de referencia para poder determinar este marco penal concreto, tomando en cuenta la penalidad contenida en cada tipo. Pero en este momento, nos vamos a referir

¹⁰⁵ Ibidem

únicamente a la forma en la que trabajan otros sistemas penales, cuando tratan de dar solución a esta fase de la individualización penal.

Por ejemplo autores como Mercedes García Arán, nos dicen que este marco penal concreto, en España, se verifica mediante la comprobación de tres órdenes de cuestiones: El grado de ejecución del delito, el título por el que el sujeto participa o interviene en el mismo y, por último la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el supuesto¹⁰⁵.

En Italia, por ejemplo, en los casos de concurrencia de circunstancias modificativas de delito consumado, se aumenta o disminuye el máximo o el mínimo de la pena genérica hasta unos topes fijados por la ley, hasta el tripe de la pena señalada al delito en los aumentos y hasta la cuarta parte en las disminuciones.

En Alemania, el sistema del StGB, es totalmente distinto; el párrafo 46 establece unos criterios generales de medición de las penas, entre los que se encuentra el de que, la culpabilidad es fundamento de dicha medición unido a determinadas circunstancias a tener en cuenta a favor y en contra del autor. La duración total del marco penal no se divide en extensiones correspondientes a las distintas gravedades posibles del hecho, sino que podrá ser recorrida libremente por el juez.

La fundamentación legal de la determinación de la pena en la culpabilidad, ha originado en Alemania, dice García Aran, una abundante doctrina en torno a si la magnitud de este elemento del delito debe considerarse como equivalente a una cantidad exacta de pena a partir de la cual se produce el juego de criterios preventivos en el recorrido por el marco (Punktstrafe), o bien como una magnitud

¹⁰⁵ En el Código penal Español, se habla de márgenes concretos dentro del marco penal de conminación, concretados en el grado mínimo, medio o máximo, hasta el código penal de 1944 o en la mitad superior o inferior en el proyecto de Código Penal de 1979.

dotada a su vez de límites dentro de las cuales se considerarán los criterios restantes (Spielraumtheorie).

Diversas Posturas doctrinales con relación a la individualización de la Pena. (Alemania).¹⁰⁷

Stellenweththeorie.- Para esta Teoría, las consideraciones preventivas no podrían ser tenidas en cuenta en la individualización de la pena, sino sólo en la sustitución de la misma, por ejemplo, a la hora de decidir sobre la suspensión condicional de la condena, o de sustitución de la misma (pena privativa de libertad), por una multa.

Spielraumtheorie.- Considera que procede, en el seno del Marco Penal o legal, determinar el (sub) marco de pena adecuada a la culpabilidad (contenido de injusto culpable), del hecho para después proceder, dentro del mismo, a apreciar las necesidades preventivas (básicamente preventivo-especiales) en virtud de un examen del autor en sí mismo considerado.

Punkstrafe.- Considera que la pena adecuada a la culpabilidad no define un marco, sino una magnitud concreta, de la cual, sin embargo, cabe separarse parcialmente en aras de consideraciones preventivas, que se entienden en términos a lo antes expuesto.

Schuldüberschreitungsverbot.- es una variante de la segunda, según la cual las consideraciones preventivo-especiales sobre la persona del autor pueden definir la pena concreta no solo en el seno del (Sub) marco de la pena adecuada a la culpabilidad, sino incluso por debajo del límite inferior de ésta hasta el límite mínimo del marco legal.

¹⁰⁷ "Determinación de la pena, motivación y control", Dr. Jesús María Silva Sánchez, (conferencia).

Decisión Final.

La decisión final es el último paso dentro del proceso de individualización judicial de la pena, y como ya hemos apuntado, la culminación de una serie de valoraciones en busca de mayor racionalidad al momento de la concreción de la magnitud de pena aplicable a un delincuente.

Es de resaltar que, en esta etapa, resulta indispensable la aplicación de los criterios proporcionados por la propia ley, así como también de la correcta interpretación de cuales han de ser estos y en que grado de importancia serán aplicados por el juez.

Es obvio que, en esta etapa y en las anteriores se tendrán que ponderar los fines de la pena (prevención general y especial), con independencia de la determinación del exacto contenido delictivo del hecho.

Finalmente dentro del proceso de individualización judicial de la pena y con la teoría que se decida trabajar, será también necesario tener presente que, la pena privativa de libertad, fuera de toda crítica, no es la única que se tiene contemplada en la ley, y que quizá su moderación en la aplicación de ésta, sea un criterio que se deba tomar en cuenta al momento de fijar las consecuencias del delito.

b. Los elementos fácticos de la Individualización de la Pena.

Como hemos señalado a lo largo del presente estudio, es necesario encontrar y analizar los criterios para la correcta y racional aplicación de las consecuencias penales del delito, su medida y su límite.

Se ha señalado brevemente la importancia de la delimitación de los fines de la pena, ya que ello permitirá tener un marco de acción bien definido y un paradigma de lo que se pretende lograr con la pena aplicable a un sujeto miembro de una sociedad determinada.

El Contenido de Injusto y Culpabilidad¹⁰⁸ del hecho.

Pero además de la propia delimitación de los fines (que en principio implica una gran discusión), también habría que atender a los aspectos propios del injusto y por supuesto de la culpabilidad, es decir, al hablar de estas dos categorías del delito, nos encontramos de frente con el problema del control racional de la definición de dichos elementos, es decir, al momento de encontrar o buscar la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales, nos enfrentamos a un problema de técnica legal, ya que las reglas para la comprobación del injusto y de la culpabilidad solo ayudan de alguna manera a constatarlas mas no a guardarlas.

¹⁰⁸ Claus Roxin 'Was bleibt von der im Strafrecht übrig?' (que queda de la culpabilidad en el derecho penal), traducción Jesús María Silva Sánchez, en este artículo el autor se cuestiona que, ¿En qué consiste la culpabilidad cuya concurrencia debe establecer el juez?, y se cuestiona sobre las manifestaciones que se construyen cuando se afirma que tal autor hubiera podido actuar de otro modo en el momento del hecho, concretamente en forma ajustada a derecho, pues el autor afirma que la capacidad de culpabilidad (el poder actuar de otro modo), no es en ningún caso una calidad óptica; el autor continúa el desarrollo del tema, reconociendo los avances en la psicología y psiquiatría, que nos permiten observar limitaciones de la capacidad de autoconducción empíricamente y ponderadas en toda su intensidad. Todo lo anterior, obviamente enfocado en la fuerte y añeja discusión sobre el "libre albedrío", el cual, ciertamente a dado mucho de que hablar y que además a servido para fundamentar precisamente aspectos relacionados con la culpabilidad. Aquí lo más importante que yo observo del trabajo antes comentado, es el hecho de que el autor refiere con toda claridad lo siguiente "no significa que el hombre sea libre en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que debe ser tratado como libre, dada una capacidad intacta de autoconducción y, con ello, una dirigibilidad normativa. La presunción de libertad es, así para el determinista una regla del juego social, cuyo valor en la sociedad es completamente independiente del problema epistemológico y científico-natural del libre albedrío. Según esto, no sucede con la libertad de acción del sujeto normativamente dirigible algo diferente de lo que ocurre con muchos conceptos jurídicos fundamentales: Tampoco es la dirigibilidad humana un elemento de la persona que se pueda determinar empíricamente - acaso como el color de sus ojos- sin embargo, su atribución constituye una exigencia social del primer orden.



Es por ello que, el contenido del injusto y de la culpabilidad del delito merecen una importancia fundamental en el proceso de individualización de la pena.

Al respecto podríamos afirmar que, son fundamentales para la individualización de la pena, la importancia del delito para el orden jurídico vulnerado (contenido de injusto), y la gravedad del reproche que al autor debe hacersele por dicho delito (contenido de culpabilidad).

Ambas categorías injusto y culpabilidad, están fuertemente relacionadas ya que la culpabilidad se remite al injusto, pero la culpabilidad pese a ello contiene elementos autónomos que carecen de paralelo en el injusto del delito. (grado de imputabilidad, la evitabilidad, **reprochabilidad**).

Por ello el injusto y la culpabilidad son o deberían ser conceptos graduables, si se les entiende como elementos a tomar en cuenta en todo proceso individualizador.

¿ Se puede graduar el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho?

Algunos autores como Hans Heinrich Jescheck sostienen que, "la magnitud del daño, el modo de ejecutar el hecho y la perturbación de la paz jurídica, contribuyen a configurar el grado del injusto, al igual que la desconsideración, la reflexión, la situación de necesidad, la tentación, las pasiones que menoscaban las facultades de compresión y control de la juventud, los trastornos psíquicos o el error, han de tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad.

El alcance de la lesión Jurídica.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Para poder obtener una magnitud de la lesión podemos atender a la calidad del daño causado, lo cual traería como consecuencia un sentido agravatorio o atenuante, en lo que a las consecuencias del delito se refiere, dependiendo la importancia del bien (cualitativamente) y al grado de afectación del mismo (cuantitativamente).

También debe considerarse en algunos casos, el grado de la puesta en peligro del objeto protegido, por ejemplo en las tentativas y en los delitos de peligro.

Autores como Jescheck consideran que operan como factores que aminoran la pena, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima.

Así mismo, este autor señala que, "la medida de la infracción jurídica, depende también de la forma de ejecución del delito (por ejemplo en el robo o hurto de valores para agravar la pena, el posterior hecho violento del acusado, en lesiones la particular brutalidad del suceso y en delitos de circulación la exagerada velocidad).

En lo que respecta a la voluntad aplicada al delito, este autor considera que es un factor del aspecto subjetivo de la ejecución del hecho contribuyente a la individualización, pero para ello es necesario diferenciar entre diversos grados de dolo.

Para poder modular o decidir por ejemplo los conceptos de gravedad del hecho y en todo caso la personalidad del delincuente, debemos partir de la base de que tales conceptos necesitan mayor precisión, es decir, deberíamos expresar la orientación que debe presidir su aplicación y conformar ciertos indicios sobre su contenido material, para con ello, poder facilitar y poder observar con un poco de

mayor claridad la oscilación en dicha gravedad, en el primer caso, y los elementos determinantes, en el segundo.

Pero como ya señalamos anteriormente, el hecho de tratar de conjuntar y analizar los diversos aspectos materiales de comprobación o graduación de algún concepto individualizador, no quiere decir que eso sea suficiente. No se trata de procesar la información como una computadora sino de racionalizar un poco la individualización de la pena. Ya lo dijo un autor llamado Haag¹⁰⁹, "la sentencia es un proceso complejo en la que influyen diferentes fuerzas, racionales e irracionales e incluso componentes –emocivos–".

Dicho lo anterior podemos agregar que, el concepto de gravedad del hecho como actuante en la individualización de la pena ha sido estudiado por la doctrina italiana, por ejemplo Manzini¹¹⁰, estudia como componentes de la gravedad del hecho:

- La modalidad del mismo (acción u omisión).
- Su naturaleza.
- Especie.
- Medios.
- Objeto.
- Tiempo.
- Lugar.
- Gravedad del daño o peligro ocasionado a la persona.
- Intensidad del dolo o del grado de culpa.

¹⁰⁹ Citado por Mercedes García Aran

¹¹⁰ *ibidem*.

Antolisei¹¹¹ señala que, la gravedad se desprende "de las características objetivas y subjetivas del hecho criminal, esto es, de todas las notas que conciernen bien a la conducta humana y las consecuencias nocivas que de ella se derivan, bien a la especie de la voluntad culpable y al quantum de la misma".

Bellavista¹¹², incluye todos los elementos objetivos y subjetivos del delito agrupados en:

- Gravedad de la acción u omisión.
- Gravedad del resultado deducida del daño o peligro ocasionado.
- Gravedad de la culpabilidad deducida de la intensidad del dolo y la culpa.

Aquí el problema radica básicamente en que no basta con determinar como se deberá de estimar cuándo la modalidad de la acción, el daño o el peligro, es más o menos grave, si no se precisa cuál es el concepto de referencia sobre el que opera la gravedad de lo "grave", es decir, el contenido del injusto.

Al respecto Dolcini¹¹³, al tratar el tema de la culpabilidad por el hecho, como concepto limitador de la determinación de la pena, avanza algo más al afirmar "la doctrina de la determinación de la pena se refiere, en efecto, mediante la fórmula – culpabilidad – no solo a la "reprochabilidad" del hecho, sino "al hecho reprochable" - la noción de culpabilidad para la determinación de la pena, abarca ya el objeto de valoración (los tipos de culpabilidad o Schuldtatbestand) y a su "predicado de valor" (el complejo de elementos estructurales de la culpabilidad, que condicionan la reprochabilidad del hecho)".

¹¹¹Ibidem.

¹¹² Ibidem.

La consideración de la "gravedad", en todo caso sería, la de la entidad del desvalor del acto y del resultado, que estando descritos en el tipo se producen en mayor o menor medida.

Todo ello nos lleva a la graduación del injusto para la determinación de la pena.

Y como señala Bustos¹¹⁴, "que el cometido garantizador del tipo, a través del desvalor de acción debe ser completado en sede de la antijuricidad por el desvalor de resultado; lo que parece claro es que si la producción de un desvalor de acción y de resultado originan un juicio sobre la presencia de una conducta típicamente antijurídica, y si la antijuricidad es el juicio de desvalor y el injusto el objeto desvalorado, ese injusto admite claramente una graduación cuyos puntos de referencia se encuentran en la consideración del mismo, situación objetiva en que se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal, entendiendo al bien jurídico como expresión de una relación social concreta".

Y si lo que se busca es un concepto de bien jurídico que tenga operatividad en la aplicación concreta del derecho penal, esto es, que sirva para una graduación del injusto, deberá huir de espiritualizaciones en las que a menudo se incurre.

Así pues, en un caso en el que dos conductas encajen en la descripción típica de un tipo penal, pudieren presentar distintos contenidos de injusto.

Por ello es de tomarse en cuenta el contenido de la gravedad de hecho, la cual dependerá de las oscilaciones que se producen dentro de la relación descrita por el tipo, es decir, las modalidades de comisión de perpetración de la ofensa, en

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

las que más adelante nos detendremos, y las que aumentan la gravedad cuando afectan en mayor medida al bien jurídico entendido como relación social que se protege, en algunos casos.

Con relación a las vías indiciarias sobre la determinación de aumentos o disminuciones de la misma, podemos señalar por ejemplo las siguientes.

-Como ya se señaló anteriormente, con relación a la acción o acerca de la admisibilidad de determinados modos de perpetrar la ofensa, aplicaría como una causa de agravación de la pena.

-En los casos en donde se producen modulaciones de la gravedad, por ejemplo, con relación a la víctima, en donde se pueden considerar más grave el ataque a personas indefensas (alevosía, ventaja, etc.).

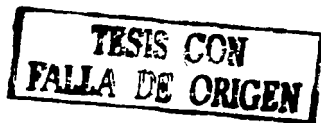
Y con relación a este aspecto de la víctima, se pueden individualizar una serie de aspectos de la posición de la víctima que inciden en el desvalor del hecho, no en todos los delitos, solo en los que se dé una confrontación entre sujeto activo y pasivo¹¹⁵.

Es decir un primer grupo de factores se refieren a la situación subjetiva de la víctima y que generalmente hacen variar el grado de afectación del bien jurídico.

Otro tipo de factores afectan a la situación objetiva del sujeto pasivo y que inciden antes que en la afectación del bien jurídico, en el perjuicio material que se le ocasiona.

Otro tipo de factores podrían ser también los relacionados con el sujeto activo del delito, es decir casos en los que se cualifica o privilegia una infracción en atención a la posición de quien la comete, afectando el desvalor del hecho.

¹¹⁵ Göppinger, citado por Mercedes García Aran, Ibidem.



"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. Cuando se trate de punibilidad alternativa el Juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los finés de justicia, prevención general y prevención especial.

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

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

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

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Y para finalizar habría que insistir como lo señala García Aran en que, "antes que nada, habría que aclarar lo siguiente, sería una pretensión inútil querer proporcionar una fórmula mágica positivizable, mediante la cual afirmar exactamente para cada conducta recogida en el código penal, donde se sitúa la – gravedad típica–". Al igual que como ocurre con el concepto de culpabilidad tradicional y "lo exigible", es decir, proporcionar una entidad cuantificable a la que adecuar la pena, es decir, "lo grave".

Sin duda al hablar de estos temas nos encontramos con muchas interrogantes, y esto hay que reconocerlo, toda vez que, se está hablando del comportamiento humano, lo cual, no es lo mismo que trabajar con una ciencia exacta, ni pretendemos con ánimos de superar problemas, establecer dogmas todavía más resbaladizos que aquellos de los que pretendemos huir. Algunos autores se han decidido por conceder primacía al concepto de injusto, y con él a la gravedad. De esta manera, se permite comparar perjuicios objetivos, atentados reales contra algo comúnmente aceptado como digno de ser protegido antes que disposiciones morales individuales.

El contenido de la culpabilidad del hecho.

Podríamos partir de la base de que para poder medir el grado de reprochabilidad del delito, podemos considerar como criterios de valoración los siguientes; los motivos y metas del reo, la actividad interna que se refleja en el hecho y la medida de infracción del deber. Todas ellas serían circunstancias que hacen aparecer la formación de la voluntad del reo y que podrían aminorar o aumentar dicha reprochabilidad.

Ahora bien, dentro de los motivos del hecho se distingue entre estímulos externos (v.g. la penuria económica, la instigación política, y la coacción) y los

móviles internos (v.g. el odio, ánimo de lucro, la codicia, la compasión y la justa cólera)¹¹⁶.

Jescheck nos dice que, no debe equipararse la actitud interna del reo con su carácter, sino que ha de entenderse como un "posicionamiento actual", referido al delito concreto en lo que atañe a la formación de la voluntad o la ejecución de aquél.

Y todas estas valoraciones, no deben efectuarse atendiendo a las subjetivas representaciones morales del juez o las enseñanzas de una particular doctrina filosófica, sino de acuerdo con la conciencia valorativa objetiva de la comunidad.

Finalmente también procede tomar en cuenta para el contenido de la culpabilidad del hecho la medida de la infracción del deber, que influye especialmente en la individualización penal dentro de los delitos por imprudencia o culposos.

Por otro lado debemos partir de la base de que la culpabilidad como juicio normativo por el que se reprocha a un actor concreto su conducta, deberá ser paso previo u obligado para la imposición de la pena, incluso también deberá ser la culpabilidad, un límite a la imposición del quantum de pena.

No se debe confundir el grado de culpabilidad del agente, con la llamada culpabilidad de autor y sus manifestaciones mas características, la culpabilidad por conducción de vida¹¹⁷ y la culpabilidad de carácter, ya que éstas, al parecer han sido superadas.

¹¹⁶ Tratado de Derecho Penal, Hans-Heinrich-Jescheck, 4ª edición, traducción Dr. José Luis Manzanares Samaniego.

En lo que a la función de la culpabilidad se refiere, habría que hacer la distinción entre el concepto de culpabilidad como categoría sistemática del delito añadida al tipo y a la antijuridicidad, y el principio de culpabilidad como informador e inspirador de todo el sistema regulador de la intervención punitiva del estado¹¹⁸.

Y en todo caso, el concepto de culpabilidad, desde la superación del contenido centrado en el nexo psicológico, queda configurado exclusivamente como reproche o juicio de desvalor recayente sobre el autor por haberse opuesto al derecho, persistiendo la problemática de cómo se han de delimitar él porque del reproche, y más aún, el por que de la exigibilidad de otra conducta, para lo cual se han creado diversas posturas, posteriores a Welzel.

Y por ello, la exclusión de la culpabilidad de autor en todas sus formas, conduce ineludiblemente a plantear la culpabilidad por el hecho como la única válida en la concreción de la pena.

Y como señala García Aran, el problema se plantea cuando hay que determinar cuáles son los factores que determinan la culpabilidad por el hecho, y cuales son indicio de necesidades preventivo especiales.

Al respecto Jescheck, por citar un ejemplo, agrupa los factores de determinación de la pena en dos apartados el primero de los cuales se constituye con el contenido de injusto y culpabilidad como entidades graduables.

El contenido del injusto viene determinado por la significación que el hecho tiene para el ordenamiento jurídico violado y el contenido de la culpabilidad, por la gravedad del reproche, pero dentro de este bloque de factores deben

¹¹⁷ La culpabilidad por conducción de vida (Lebensführungschuld), teorizada por Mezguer, supone entender que culpabilidad y pena aumentan cuanto más adecuado es el hecho a la naturaleza del agente, con lo cual es precisamente esta naturaleza lo que se castiga.

¹¹⁸ Roxin, cita en su artículo ¿Qué queda de la culpabilidad en el derecho penal? a su discípulo Achenbach, durante una conferencia pronunciada en 1985, y distingue entre culpabilidad de fundamentación de la pena (Strafbegründungschuld) y la culpabilidad de medición de la pena (Strafzumessungschuld).

considerarse, según Jescheck, la magnitud jurídica o daño producido, el grado de puesta en peligro de bienes jurídicos, la forma de ejecución, la persistencia de la voluntad empleada y especialmente, como contenido de la culpabilidad los motivos del reo y el grado de contrariedad al deber.

La segunda clase de factores determinantes de la pena, viene constituida por la personalidad del reo, en la que hay que tener en cuenta sus circunstancias personales y económicas y el grado y clase de necesidad de resocialización, entre otros.

Como podemos ver, este sería un criterio a tomar en cuenta o por lo menos una forma de poder acceder a una graduación tanto del injusto, así como, de la culpabilidad o de los dos, culpabilidad por el hecho cometido.

La personalidad del reo.

Si señalamos anteriormente que, la personalidad de un individuo merece cierta importancia al momento de la individualización judicial de la pena, debemos aclarar que dicha personalidad sólo puede tenerse en cuenta para la individualización, cuando guarde relación con el hecho cometido.

Nos dice Jescheck¹¹⁹ que, algunos autores como Bruns, Bockelmann, Schmidt, Shünke, Schröder, Stree, Stratenwerth, Zipf, pretenden extraer por completo de la valoración de la culpabilidad por el hecho, la personalidad del autor y contemplarla solo desde la perspectiva de la prevención. Sin embargo es de resaltar que, la separación entre hecho y autor no se puede trazar de ese modo, basta pensar en la cuestión de la culpabilidad cuando la imputabilidad está

¹¹⁹ Tratado de Derecho Penal, Hans-Heinrich-Jescheck, 4ª edición, traducción Dr. José Luis Manzanares Samaniego



disminuida, en el error de prohibición o en la imprudencia, así como, en la reincidencia.

Las condiciones personales y económicas del reo, dentro de las condiciones personales juegan un papel sólo determinable caso por caso, es decir, el origen y la educación, el estado familiar, la salud física y mental, la posición profesional y social, las circunstancias concernientes a la vivienda y por último, la sensibilidad del reo frente a la pena.

Con relación a las condiciones económicas del reo, podemos decir que, pueden influir en la individualización de la pena de modo diverso, según se consideren como móvil del delito, en el contenido de culpabilidad o con independencia de ello, en la constatación de la sensibilidad del reo frente a la pena. Tratándose de la medición de la multa, las condiciones personales y económicas del reo determinan la cuantía de las cuotas.

En lo que se refiere a la medida y clase de la necesidad de resocialización del acusado, o si existe tal necesidad, Jescheck nos señala que, "es de tomar en cuenta la personalidad en atención a los efectos de la pena respecto a la vida futura del reo en la sociedad. Así la casa paterna, la educación, la formación escolar, la profesión, las relaciones sociales, el estado de salud, la inteligencia, el puesto de trabajo y la tenencia de lo necesario para vivir, el estado familiar, el pago de alimentos también y sobre todo, una modificación parcial de tales condiciones, pueden hacer que los efectos que cabe esperar de la pena aparezcan en una luz completamente distinta. En particular, la elección entre pena privativa de libertad y multa, la duración de aquella, el número de cuotas diarias en la multa, etc.", todo ello tendría que verse en que medida repercutiría en el reo, en su posición profesional y social y en el fortalecimiento de su carácter con vistas a la prevención de futuros delitos.

La vida anterior del reo¹²⁰, su conducta después del delito.

Este sin duda es uno de los temas que más polémica ha generado en la actualidad, basta hacer la pregunta de ¿qué es lo que se espera de un sistema penal con relación a lo que se quiere juzgar?, es decir, si es el hecho lo que se juzga o es a la persona. La respuesta a la pregunta anterior está desarrollada de alguna manera en el cuerpo de este trabajo, pero con independencia de ello, cabría hacer un comentario al respecto.

Hay que dejar muy claro que la individualización penal, no debe desembocar con todo lo que ello implica y con su enorme peso, en un arreglo global de cuentas con el acusado, por que no puede ser misión del derecho penal traer ante el tribunal, toda la historia de la vida de una persona, antes bien, sólo cabe incluir en la individualización de la pena aquellas circunstancias que tienen una relación con el delito y pueden ser vistas, por ello, como indicios de la culpabilidad del reo o en todo caso como criterios a valorar en el momento de individualizar las consecuencias del delito cometido, tanto en aspectos cuantitativos como cualitativos.

En lo referente a la vida anterior del reo, podría ser un factor atenuante, el hecho de que haya seguido hasta ese momento un buen comportamiento, pero por otro lado le perjudicaría a un reo sus condenas anteriores, haciendo la aclaración de que quizá con relación a la culpabilidad del reo pudiera ser cuestionable su inclusión, pero para la individualización de la pena podría ser tomado en cuenta para modular la calidad de la pena y quizá no tanto para su duración o cantidad.

¹²⁰ En algunas legislaciones incluyendo la nuestra, el tratamiento que se le da a los casos de reincidencia, tienen de ver generalmente con el aumento o agravación de la pena, al respecto Roxín, señala que, el aumento de la pena con relación o con fundamento en la reincidencia "es un aspecto dudoso y discutido, pues la capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles, no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye"; Op. Cit. Nota 118.

Para hablar ahora de la conducta posterior al delito, sería importante resaltar el hecho de que no siempre se tomarán en cuenta para la individualización.

En un caso en particular, la reparación del daño y el esfuerzo para llegar a un compromiso con la víctima en unas circunstancias especiales, podrían disminuir la pena o quizá permitir la posibilidad de aplicación de otro tipo de pena o reacción jurídica quizá un poco menos drástico.

Por el contrario, podría aumentar la pena el comportamiento brutal después del delito.

III. **Legislación Penal Mexicana (derecho positivo).**

Como anteriormente señalé, los artículos 51 y 52 del CPF, son el principal fundamento para la aplicación de la pena en nuestra legislación mexicana. Sin embargo, hablar de la individualización judicial es un tema complejo y de muchas aristas. Ya en el cuerpo del presente trabajo observamos el grado de dificultad que implica analizar en términos generales las fases de la individualización de la pena y en particular la judicial. Si a ello agregamos que, los criterios judiciales de individualización no han sido analizados como es debido por la jurisprudencia y la doctrina penal mexicana, el estudio se complica aún más.

Comenzaré este intento de análisis, no sin antes hacer algunas aclaraciones con relación a los artículos del CPF que se analizarán. En primer lugar, limitaré mis comentarios a los artículos 51 y 52 del CPF, ya que ellos conforman la base jurídica con relación al tema de estudio. Estos artículos se

encuentran en el Título Tercero, capítulo I denominado por el propio código como el de aplicación de sanciones.

No paso por alto en este análisis la importantísima reforma al artículo 52 del CPF, que entró en vigor el 10 de enero de 1994¹²¹, y en el que se pretendió conformar un sistema de aplicación de sanciones penales identificado principalmente con relación a la **culpabilidad** del agente y no en la **temibilidad** o **peligrosidad**, tal y como estaba señalado anteriormente.

El principal motivo que me llevó a considerar este tema para mi investigación fue que, a pesar de la reforma antes citada, en la práctica no se ha visto reflejada como debiera, y los motivos por los que no se aplica debidamente el marco penal existente se pueden deber a muchos factores, tanto intrínsecos como extrínsecos al propio sistema judicial y normativo.

Lo cierto es que a varios años de distancia de esta reforma, no se han realizado los trabajos de análisis necesarios para optimizar el marco legal mexicano. Tanto los jueces como los tribunales de alzada reflejan un cierto desprecio a manifestarse con relación a todos los aspectos que tienen que ver con una mejor y más racional individualización de la pena y asumen esa actitud porque quizá no esté debidamente sistematizada y estudiada una técnica individualizadora de la pena, que permita homologar los criterios que se tendrían que aplicar.

Artículos 51 y 52 del CPF.

C.P.F. LIBRO PRIMERO

TÍTULO TERCERO. Aplicación de las sanciones.

CAPÍTULO I. Reglas generales.

¹²¹ Extracto de la exposición de motivos de la reforma al Código Penal Federal, centro de documentación y análisis, Dirección de compilación de leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

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

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

Los aspectos teóricos de la individualización de la pena, llamada también **conmisuración** penal por influencia de la doctrina alemana e italiana^{122 123}, son difíciles de equiparar totalmente a nuestro sistema legal. Sin embargo, considero que los esfuerzos que se han realizado en la legislación deberían ser encaminados a construir un sistema que permita conformar un derecho penal en que la pena o sanción sea el resultado de un injusto culpable y punible, en el que tanto el injusto como la culpabilidad pudieran considerarse como entidades con magnitudes graduables, y que una vez constatadas, se tendrían que mesurar las consecuencias penales con criterios racionales propios de un sistema democrático de derecho, por ejemplo, los de igualdad, proporcionalidad, humanidad, estricto derecho, etc.

El hecho de que la **conmisuración** de la pena sea un acto autónomo o se haya considerado hasta la fecha un acto discrecional por parte del juez, no es pretexto para considerarlo totalmente ausente de control. La doctrina alemana ha

¹²² Alvaro Bunster Briceño, "Conmisuración de la Pena". Este autor considera obsoleto el término de individualización de la pena, denominado así por Salelles.

¹²³ El término "Individualización de la Pena", es ubicado por otros autores como Ignacio Villalobos, a épocas anteriores a Salelles, existiendo desde el año de 1869 con los trabajos de Wehlberg. Derecho Penal Mexicano, Ignacio Villalobos, Ed. Porrúa, S.A. Primera Edición 1948.



Para hablar ahora de la conducta posterior al delito, sería importante resaltar el hecho de que no siempre se tomarán en cuenta para la individualización.

En un caso en particular, la reparación del daño y el esfuerzo para llegar a un compromiso con la víctima en unas circunstancias especiales, podrían disminuir la pena o quizá permitir la posibilidad de aplicación de otro tipo de pena o reacción jurídica quizá un poco menos drástico.

Por el contrario, podría aumentar la pena el comportamiento brutal después del delito.

III. Legislación Penal Mexicana (derecho positivo).

Como anteriormente señalé, los artículos 51 y 52 del CPF, son el principal fundamento para la aplicación de la pena en nuestra legislación mexicana. Sin embargo, hablar de la individualización judicial es un tema complejo y de muchas aristas. Ya en el cuerpo del presente trabajo observamos el grado de dificultad que implica analizar en términos generales las fases de la individualización de la pena y en particular la judicial. Si a ello agregamos que, los criterios judiciales de individualización no han sido analizados como es debido por la jurisprudencia y la doctrina penal mexicana, el estudio se complica aún más.

Comenzaré este intento de análisis, no sin antes hacer algunas aclaraciones con relación a los artículos del CPF que se analizarán. En primer lugar, limitaré mis comentarios a los artículos 51 y 52 del CPF, ya que ellos conforman la base jurídica con relación al tema de estudio. Estos artículos se

encuentran en el Título Tercero, capítulo I denominado por el propio código como el de aplicación de sanciones.

No paso por alto en este análisis la importantísima reforma al artículo 52 del CPF, que entró en vigor el 10 de enero de 1994¹²¹, y en el que se pretendió conformar un sistema de aplicación de sanciones penales identificado principalmente con relación a la **culpabilidad** del agente y no en la **temibilidad o peligrosidad**, tal y como estaba señalado anteriormente.

El principal motivo que me llevó a considerar este tema para mi investigación fue que, a pesar de la reforma antes citada, en la práctica no se ha visto reflejada como debiera, y los motivos por los que no se aplica debidamente el marco penal existente se pueden deber a muchos factores, tanto intrínsecos como extrínsecos al propio sistema judicial y normativo.

Lo cierto es que a varios años de distancia de esta reforma, no se han realizado los trabajos de análisis necesarios para optimizar el marco legal mexicano. Tanto los jueces como los tribunales de alzada reflejan un cierto desprecio a manifestarse con relación a todos los aspectos que tienen que ver con una mejor y más racional individualización de la pena y asumen esa actitud porque quizá no esté debidamente sistematizada y estudiada una técnica individualizadora de la pena, que permita homologar los criterios que se tendrían que aplicar.

Artículos 51 y 52 del CPF.

C.P.F. LIBRO PRIMERO

TÍTULO TERCERO. Aplicación de las sanciones.

CAPÍTULO I. Reglas generales.

¹²¹ Extracto de la exposición de motivos de la reforma al Código Penal Federal, centro de documentación y análisis, Dirección de compilación de leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

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

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

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

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

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

Los aspectos teóricos de la individualización de la pena, llamada también **conmisuración penal** por influencia de la doctrina alemana e italiana^{122 123}, son difíciles de equiparar totalmente a nuestro sistema legal. Sin embargo, considero que los esfuerzos que se han realizado en la legislación deberían ser encaminados a construir un sistema que permita conformar un derecho penal en que la pena o sanción sea el resultado de un injusto culpable y punible, en el que tanto el injusto como la culpabilidad pudieran considerarse como entidades con magnitudes graduables, y que una vez constatadas, se tendrían que medir las consecuencias penales con criterios racionales propios de un sistema democrático de derecho, por ejemplo, los de igualdad, proporcionalidad, humanidad, estricto derecho, etc.

El hecho de que la **conmisuración de la pena** sea un acto autónomo o se haya considerado hasta la fecha un acto discrecional por parte del juez, no es pretexto para considerarlo totalmente ausente de control. La doctrina alemana ha

¹²² Alvaro Bunster Briceño, "Conmisuración de la Pena". Este autor considera obsoleto el término de individualización de la pena, denominado así por Saleilles.

¹²³ El término "Individualización de la Pena", es ubicado por otros autores como Ignacio Villalobos, a épocas anteriores a Saleilles, existiendo desde el año de 1869 con los trabajos de Wehlberg. Derecho Penal Mexicano, Ignacio Villalobos, Ed. Porrúa, S.A. Primera Edición 1948.



preferido denominar a este acto autónomo del juez, como un acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada o (Rechtlichgebundenes Emerssen)¹²⁴.

De entrada los artículos antes citados invitan a señalar algunos aspectos necesarios para su debida y racional aplicación o análisis.

El primero de los comentarios con relación a ésta dupla de artículos es en cuanto a su génesis y estructura conceptual. Por un lado, tenemos al artículo 51 sobrevivió a la importante reforma de 1994 a las leyes adjetiva y sustantiva¹²⁵. Esto trae como resultado que dicho artículo contenga de alguna u otra manera rezagos de corte positivista o por lo menos del espíritu que inspiró al legislador anterior a las reformas de 1994, y esto de pronto, implicaría una diferencia entre el artículo 52 reformado en dicho año y el artículo 51 que no fue modificado.

Si se analiza la redacción del artículo 51, uno se puede dar cuenta que habla de la aplicación de la sanción (no aclara si es pena o medida de seguridad), y tratándose de pena alternativa señala la necesidad de motivar sobre la base de criterios de justicia, así como preventivos generales y especiales. En este sentido, a lo largo del presente trabajo hemos podido constatar que, los fines de justicia no se han identificado del todo con los fines preventivos, es decir, a lo largo de la historia del derecho penal lo justo y lo necesario no van de la mano (ver teorías de la pena absolutas y relativas). Lo anterior, además de tener una trascendencia en cuanto a los fines de la pena, también la tiene en cuanto al carácter de los propios fines del derecho penal en general (ver paradigmas filosóficos de la pena Retribucionismo y Utilitarismo).

Cabe hacer el comentario con relación a si estos fines de prevención general y especial se cumplen, o se pudieran cumplir, teniendo en cuenta la alarmante impunidad prevaleciente en nuestro tiempo (esto para efectos de la

¹²⁴ Jesús María Silva Sánchez, op. cit.

prevención general) y por otro lado, el aumento en los marcos penales contenidos en el CPF (para efecto de la prevención especial).

No hay que olvidar que la redacción del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹²⁶, es clara al señalar que la finalidad del sistema penal es la readaptación social del delincuente. Este artículo también debería ser analizado a profundidad, pero por falta de espacio solo me limitaré a resaltar lo que otros autores han manifestado con relación a la crisis de la readaptación social, y su cuestionable utilización como legitimador de la pena o de todo un sistema de normas penales. En el presente trabajo se ha abordado brevemente este tema, ya que el estudio integral de la individualización lo exige. Sin embargo, sería materia de otro trabajo de derecho penitenciario el análisis más profundo de la readaptación social.

Surge una interrogante más con relación a estos aspectos preventivos, y que tiene que ver con la añeja discusión referente a las antinomias prevención general y especial, y cual ha de imponerse en caso de conflicto entre ellas.

¹²⁵ Reforma que se vió recientemente trastocada en parte, por las modificaciones a la ley penal, del año de 1999.

¹²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

TÍTULO PRIMERO.

CAPÍTULO I. De las garantías individuales.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compungirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compungando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese

En lo que respecta al artículo 52, cabe mencionar que este artículo, como se ha venido comentando, fue reformado mediante la promulgación de fecha 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994, luego de una "vacatio legis". Antes de iniciar el análisis a este artículo, valdría la pena agregar a continuación el texto del artículo 52 anterior a la citada reforma y poder observar los cambios con relación al actual texto, y luego comentar algo al respecto.

Texto del artículo 52 antes de la reforma de 1994.

"Artículo 52. En aplicación de las sanciones se tendrá en cuenta:

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

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

3° Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como 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 demuestran su mayor o menor temibilidad.

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

Llama mucho la atención la desaparición del término temibilidad (léase peligrosidad). Esto nos lleva a afirmar que el derecho penal Mexicano, en lo referente a su legislación, a partir de esa reforma se convierte en un derecho penal de culpabilidad, con todas las implicaciones que esto representa.

efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión

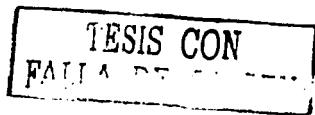
Lo anterior nos lleva a suponer que ahora, en lugar de hacer alusión tan sólo a las características personales para fundamentar una responsabilidad de autor, se tendrá que fundamentar la sanción penal en la medida o como resultado de la constatación de una culpabilidad (reprochabilidad) del acto cometido. En este entendido, para individualizar o mesurar la pena el juez deberá tomar como base la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, dando por un hecho que, tanto la gravedad del ilícito como la culpabilidad son entidades graduables. Aquí aparece una primera duda, ¿el artículo explica perfectamente como se mide o gradúa, lo que en teoría del delito se llama el Injusto penal (identificándolo como la gravedad del ilícito) y la culpabilidad?

Si bien es cierto que el texto del artículo 52 vincula la operación de individualización o conmisuración de la pena a ciertos aspectos señalados en las fracciones I a VII, también lo es que en dicho artículo no se especifica si se han de aplicar para atenuar o agravar la pena.

Es solo en el artículo 54 del código penal federal donde se hace alusión al aumento o disminución de las penas con fundamento en las "...calidades, en las relaciones personales, o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito...", imposibilitando al juez a considerarlas para los demás sujetos que intervinieron en el acto. Si bien se señala su carácter de atenuante o agravante, los supuestos señalados en este artículo no corresponden con todos los aspectos señalados en las fracciones I a VII, del artículo 52.

Antes de continuar con el presente análisis es preciso hacer énfasis en un aspecto de la redacción del nuevo artículo 52, relacionándolo a las consecuencias del delito, ya que habla de penas y medidas de seguridad y las vincula al aspecto antes comentado del grado de culpabilidad del agente. Este tema, si bien no es el tema central tiene mucha relación con la individualización o conmisuración de las penas, ya que, al hablar de penas y medidas de seguridad indistintamente, es

de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.



obvio pensar que deberán ser tratadas de igual forma, cuando lo cierto es que como ya ha quedado descrito en el cuerpo del presente trabajo, las penas y las medidas de seguridad tienen un origen diferente y también una razón de ser totalmente diferente (tener presente las antinomias penales **pena-medida** y **culpabilidad-peligrosidad**). Sin tener el interés de detenerme mucho en este tema, sería necesario cuestionarnos si las medidas de seguridad - que dicho sea de paso - no están diferenciadas en el artículo 24 del CPF, deben ser tratadas con base en la medida de la culpabilidad del agente (recordar el hecho de que las medidas de seguridad en teoría son aplicables a sujetos peligrosos e inimputables). En este sentido, y por último; ¿con qué criterio habría que diferenciar a las penas de las medidas de seguridad y quién tendrá que hacerlo?.

En la estructura del artículo 52 del CPF se pueden distinguir algunos criterios de individualización que pueden ser identificados en dos grandes grupos.

Por un lado, al hablar de gravedad del ilícito, algunos autores identifican a este término con el de injusto penal, asumiendo una postura y un lenguaje más técnico e identificado con la teoría del delito, haciendo la siguiente clasificación¹²⁷:

¹²⁷ Raúl González-Salas Campos, "Teoría de la Pena. Su individualización", 28 de mayo de 1999.

La **gravedad del ilícito** (injusto penal¹²⁸), puede agrupar a las siguientes fracciones:

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

Y por otro lado, el **grado de culpabilidad** del agente, puede agrupar a las siguientes fracciones:

- V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.
- VII Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Mención a parte merecería la fracción VI, que dice:

¹²⁸ El Injusto es el sustantivo utilizado en la teoría del delito para denominar a la acción misma calificada ya como antijurídica. Francisco Muñoz Conde "Teoría General del delito", 1999, Editorial Temis.

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

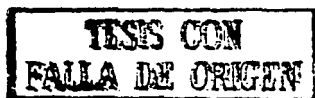
Como podrá observarse, los criterios de individualización de la pena señalados en el artículo 52, pueden ser agrupados de la forma antes señalada y podrían ser relacionados también con las categorías del injusto y de la culpabilidad, es decir, muchas de las dudas que surgirían con relación a como se deberían interpretar dichos criterios, están de alguna manera resueltas en la estructura de la teoría del delito y de los estudios dogmático penales, y sería recomendable tratar de vincular los análisis tendientes a la constatación del injusto y de la culpabilidad con la etapa de conmisuración de las consecuencias del delito.

Con relación a lo antes señalado, a continuación se transcriben algunos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con relación a lo comentado hasta en este momento.

Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: V, Primera Parte, Enero a Junio de 1990
Tesis: LII/90
Página: 169

IDENTIFICACION ADMINISTRATIVA DEL PROCESADO. NO CONSTITUYE UNA PENA INFAMANTE Y TRASCENDENTAL. La identificación administrativa del procesado no tiene la naturaleza jurídica de una pena, sino que su carácter es totalmente distinto. En efecto, en materia penal por pena se considera la privación de la libertad, la sanción económica, publicación de la sentencia, el confinamiento, el decomiso y otras que las leyes correspondientes establecen, las cuales son impuestas por el órgano jurisdiccional a una persona que ha cometido un delito, al dictarse la sentencia que pone fin al proceso; en cambio la identificación del procesado constituye sólo una medida de carácter administrativo, necesaria para el conocimiento de los antecedentes del inculcado pero no se encuentra señalada como pena en ningún dispositivo legal y se ordena antes de pronunciarse la sentencia respectiva. Por consiguiente, si dicha identificación administrativa no constituye una pena, menos aún puede tener ésta el carácter de infamante y trascendental, de las prohibidas por el artículo 22 constitucional.

Amparo en revisión 2420/89. Hilda Graciela Ambriz Zavala. 19 de marzo de 1990. Cinco votos. Ponente: Salvador Rocha Díaz. Secretario: Julio César Vázquez Mellado G.



Amparo en revisión 1081/89. Ángel Gutiérrez García. 6 de noviembre de 1989. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. En su ausencia hizo suyo el proyecto Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Filiberto Méndez Gutiérrez.

Amparo en revisión 3394/72. Antonio Amarillas Sánchez. 12 de junio de 1989. Cinco votos. Ponente: Ignacio Magaña Cárdenas. Secretario: Alfredo Gómez Molina.

Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, II
Página: 28

ENFERMOS MENTALES, PROCEDIMIENTO RELATIVO A LOS. El Ministerio Público adscrito al juzgado instructor es el único facultado para solicitar la suspensión del procedimiento ordinario, con vista de los peritajes médicos y demás pruebas aportadas, a fin de que se acuda al procedimiento a que se contraen los artículos del 495 al 498 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con los artículos 24, inciso tercero, 68 y 69 del Código Penal.

Amparo directo 2186/50. Leopoldo Rodríguez Espinosa. 5 de agosto de 1957. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

A continuación se transcriben algunos criterios de la Corte, con relación al tema de estudio (**nota: se debe observar con todo cuidado y asombro la fecha de éstas, ya que casi todas son de la Novena Época, y recordar en qué año se dio la reforma al artículo 52 del CPF**).

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: IX, Abril de 1999
Tesis: VII.P. J/38
Página: 395

PELIGROSIDAD. LAS MOTIVACIONES PARA DETERMINARLA DEBEN CORRESPONDER AL GRADO DE LA MISMA. Cuando las motivaciones de las responsables no corresponden al grado de temibilidad superior a la mínima que se le señaló a la inculpada, pues todas le son favorables y se refieren únicamente a sus circunstancias personales, debe concluirse que su temibilidad es mínima y por tanto concederse el amparo para el efecto de que la ad quem reintroduzca las sanciones de acuerdo al grado mínimo de peligrosidad que revela la inconforme.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.



Amparo directo 118/97. Aurelia Jiménez Reyes. 4 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo directo 399/97. Norberto Eliseo Palestina Pérez, Norberto Palestina Lozada y Félix Domínguez Serrano. 19 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo directo 252/98. Rosalino Hernández Hernández. 18 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo directo 355/98. Domingo Barqueiro Ayala. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 438/98. Pedro Martínez Cazarín. 18 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Leticia López Vives.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: P. LVI/96

Página: 86

INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS. LAS REGLAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SON INCONSTITUCIONALES.

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

Amparo directo en revisión 54/95. Arturo Contreras Galindo. 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Salomón Saavedra Dorantes.

Amparo directo en revisión 57/95. Juan Héctor Ángeles Sevilla. 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge H. Benítez Pimienta.

Amparo directo en revisión 58/95. Leopoldo Páramo Vázquez. 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número LVI/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Novena Época



Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: II, Julio de 1995
Tesis: II.2o.P.A.7 P
Página: 240

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA, ESTUDIO DE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA. No puede afirmarse que el ad quem infringiera lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal y que hubiera dejado de tomar en cuenta las testimoniales de buena conducta ofrecidas en favor de la inculpada, o su educación, ilustración o costumbres, por el hecho de que al razonar sobre la peligrosidad (o culpabilidad de la inculpada) y respecto de las penas a imponer, no se hubiera hecho mención especial con relación a cada una de esas circunstancias, dado que la labor de individualización judicial de las sanciones aplicables, consiste en un razonamiento lógico-jurídico tendiente a justificar el porqué la autoridad jurisdiccional se inclina a establecer, en su caso, determinado grado de peligrosidad del agente, pero ello como producto de un análisis general y previa confrontación entre aquellos factores que benefician al reo, y los que le perjudican. Por consiguiente, bastará con hacer mención de los aspectos que sobresalen y que en el caso de que se trate revistan verdadera importancia ya sea para agravar o para atenuar la sanción, mas no existe razón lógica para enfatizar aquellos factores irrelevantes o ambientales en ese caso particular, que no aporten ningún dato eficazmente cuantificable para efectos de establecer la peligrosidad, que era la base para la determinación de las penas hasta antes de las reformas a los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, con vigencia a partir del 1o. de febrero de 1994 (o la culpabilidad del autor y magnitud del hecho, que constituyen la base para la imposición de las penas). Por tanto, si en el caso a estudio el Tribunal de apelación señaló atinadamente como factor preponderante, la extensión del daño causado, por constituir esto una circunstancia exterior de ejecución del delito, de la que se puede inferir también la temibilidad del autor, según la legislación aplicable en la fecha de hechos, y ello lo permitió imponer una sanción acorde a una peligrosidad equidistante entre la mínima y la media, resulta irrelevante el que no se hiciera un estudio especial y pormenorizado sobre la educación, costumbres o actuar precedente de la acusada, puesto que estas circunstancias aun cuando concurren no desvirtúan, ni compensan o desvanecen el diverso factor negativo (extensión del daño) que, sin duda, permite estimar aplicable una mayor medida punitiva con todo y que se cuente con factores favorables y aun cuando no se hubieran expresamente tratado, pues ello no quiere decir que no hubieran sido tomados en cuenta por el juzgador.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1032/94. Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: IX, Abril de 1999
Tesis: VII.P. J/38
Página: 395

PELIGROSIDAD. LAS MOTIVACIONES PARA DETERMINARLA DEBEN CORRESPONDER AL GRADO DE LA MISMA. Cuando las motivaciones de las responsables no corresponden al grado de temibilidad superior a la mínima que se le señaló a la inculpada, pues todas le son favorables y se refieren únicamente a sus circunstancias personales, debe concluirse que su temibilidad es mínima y por tanto concederse el amparo para el efecto de que la ad quem

reindividualice las sanciones de acuerdo al grado mínimo de peligrosidad que revela la inconforme.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 118/97, Aurelia Jiménez Reyes. 4 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo directo 399/97, Norberto Eliseo Palestina Pérez, Norberto Palestina Lozada y Félix Domínguez Serrano. 19 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo directo 252/98, Rosalino Hernández Hernández. 18 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo directo 355/98, Domingo Barqueiro Ayala. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 438/98, Pedro Martínez Cazarín. 18 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: Leticia López Vives.

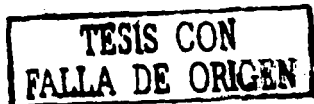
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIII, Marzo de 1994
Página: 417

PELIGROSIDAD PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. NO BASTAN PARA DETERMINARLA LOS ESTUDIOS PSICOLOGICOS PRACTICADOS AL ACUSADO. No puede determinarse la peligrosidad de un individuo sólo con los estudios psicológicos que al efecto se rindan, pues aun cuando en éstos se analicen de manera pormenorizada las circunstancias subjetivas que presentan, en términos de lo estatuido por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, para la individualización de las penas se requiere además puntualizar las circunstancias exteriores de ejecución del delito, la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado y del peligro corrido; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad; esto es, el juzgador, para fijar el grado de peligrosidad, está obligado a atender también las particularidades objetivas que incidieron en la comisión de una conducta punible.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1065/93, Alberto López Santaolaya. 2 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 74, Febrero de 1994
Tesis: VII. P. J/36
Página: 71



PELIGROSIDAD, ARBITRIO DEL JUEZ NATURAL PARA DETERMINAR EL GRADO DE. El juez natural, merced al conocimiento directo del delincuente, goza de amplio arbitrio para determinar su grado de peligrosidad, por lo que tal determinación sólo puede ser motivo de amparo cuando los razonamientos que la funden contraríen la verdad procesal, las normas legales aplicables o los principios fundamentales de la lógica.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 245/93. Miguel García Hernández. 8 de junio de 1993. Unanimitad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo directo 382/93. Felipe Ramírez Blas. 26 de agosto de 1993. Unanimitad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Alda García Franco.

Amparo directo 433/93. Violeta Suárez Mendoza. 23 de septiembre de 1993. Unanimitad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 441/93. Ernesto Nambo Díaz y otros. 7 de octubre de 1993. Unanimitad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Juana Martha López Quiroz.

Amparo directo 512/93. Alberto Méndez Avendaño. 2 de diciembre de 1993. Unanimitad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Juana Martha López Quiroz.

A continuación se transcriben algunos criterios de la Corte, que ya hablan de las reformas del 94, sin que ello implique, una adecuada y más racional aplicación de las sanciones penales, con fundamento en los aspectos señalados en el tema de estudio:

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XI, Marzo de 2000
Tesis: III.2o.P.61 P
Página: 996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, NO SE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SI AL MOMENTO DE LA, EL JUZGADOR TOMA EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES DEL ACUSADO. Si bien el artículo 52 del Código Penal Federal, entre otros numerales, fue reformado en su fracción VI, conforme a la publicación del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se suprimió lo relativo a "la conducta anterior del activo", como parámetro para fijar las penas, también lo es que una interpretación armónica del actual precepto, permite estimar que para la individualización de la punición, se deben tomar en consideración, entre otros datos, además del hecho imputado y su participación en la ejecución del mismo, los antecedentes del acusado, con la finalidad de establecer su grado de culpabilidad, sin que esto signifique que la individualización de la pena condigna se

realice, conforme al criterio de peligrosidad o temibilidad, el cual efectivamente, fue sustituido por el legislador en la citada reforma, por el de culpabilidad. Tal situación no involucra la prohibición de que el juzgador, al ubicar al acusado en determinado grado de culpabilidad, tome en cuenta los antecedentes penales de aquél, atento a que por una parte, dentro de los límites fijados por la ley, el Juez deberá considerar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, y por otra, resulta ilógico que a un primodelincuente se le valore de igual forma que a otro que tenga múltiples antecedentes, porque quien cuenta con antecedentes penales conoce con mayor precisión las consecuencias jurídicas que produce el ejecutar una conducta delictiva, además de revelar cierto desprecio hacia el orden jurídico establecido. Lo anterior, encuentra sustento en la propia exposición de motivos de la mencionada reforma, en donde la razón esencial consistió en que al momento de individualizar la pena, el juzgador tome en cuenta, preponderantemente, los aspectos objetivos del hecho delictuoso, lo cual no implica que se dejen de tomar en consideración los antecedentes penales anteriores del activo, pues de acuerdo al dictamen del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, emitido por las Comisiones Unidas de Gobernación, Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados (la cual fungió como Cámara de origen), se sostuvo el argumento de que existe una total concordancia entre la idea que motiva la reforma en mención y la que sugiere la modificación del artículo 65 del Código Penal Federal, que se refiere a la reincidencia, en el sentido de que en lugar de considerarse a ésta como una agravante de la pena, sea mejor un elemento a valorar en la individualización y no una agravante; de ahí que la intención del legislador no haya sido la de proscribir al juzgador que, para efectos de establecer las sanciones correspondientes, tome en cuenta los antecedentes del acusado, ya que si eso hubiera sido, habría derogado entonces lo relativo a la reincidencia, regulada en el artículo 65 del mencionado código, lo cual no aconteció, pues en las consideraciones del dictamen precitado, reiteró lo concerniente a la reincidencia, como un aspecto de valoración y no de agravación que debe tomarse en cuenta para la individualización judicial de la pena.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 404/99. 7 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Juan Manuel Villanueva Gómez.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 16/2000, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Noviembre de 1999

Tesis: III.1o.P. J/9

Página: 883

CULPABILIDAD, INDEBIDA PONDERACIÓN DE CONDUCTA PRECEDENTE EN LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE. Conforme a la reforma al artículo 52 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, y según lo argumenta la exposición de motivos de dicha reforma, la punición se impondrá con base en la determinación del grado de culpabilidad del justiciable, esto es, se abandona el criterio de temibilidad o peligrosidad, por tanto, ya no debe tomarse en consideración la conducta precedente, para que se sancione ahora al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sujeto activo del delito sólo por el hecho antisocial que cometió, no por lo que hizo anteriormente o por lo que se adivine hará en el futuro; por lo que es violatoria de garantías la sentencia que pondera la conducta anterior al delito, para la determinación del grado de culpabilidad.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 202/99. Javier Castorela o Castorena Tachiquín, 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Rodríguez Escobar. Secretario: Alberto Espinoza Márquez.

Amparo directo 235/99. Carlos Salas Franco, 26 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Rodríguez Escobar. Secretario: Gabriel Bernardo López Morales.

Amparo directo 253/99. José Manuel Bolaños Zamora, 26 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Rodríguez Escobar. Secretaria: María Esperanza Zamorano Higuera.

Amparo directo 197/99. Fernando Muñoz Álvarez, 2 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José Montes Quintero. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Amparo directo 252/99. Felipe Ramírez Magaña, 9 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Guadalupe Cabral Parra. Secretario: Óscar Rogelio Valdivia Cárdenas.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: P. LVI/96

Página: 86

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

Amparo directo en revisión 54/95. Arturo Contreras Galindo, 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Salomón Saavedra Dorantes.

Amparo directo en revisión 57/95. Juan Héctor Ángeles Sevilla, 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge H. Benítez Pimental.



Amparo directo en revisión 58/95. Leopoldo Páramo Vázquez. 6 de febrero de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número LVI/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Novena Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: VI.1o.P. J/13

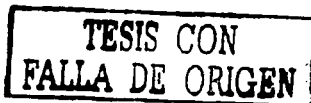
Página: 957

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el título tercero, del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, se rige por lo que la doctrina llama "sistema de marcos penales", en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de calificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el Juez sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado) "teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito" (artículo 41) moviéndose del límite mínimo hacia el máximo establecido, deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese quantum, imponer la pena respectiva. En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, deberá razonar debidamente ese aumento; pues debe partir de que todo inculpado es mínimamente culpable, de acuerdo al principio indubio pro reo, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo a las pruebas que existan en el proceso, relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquellas que se desprenden de la comisión del hecho punible; pues si bien es cierto que el juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que esa facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 103/2000. 16 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Jorge Patián Origel.

Amparo directo 78/2000. 24 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gazca Cossío.



Amparo directo 276/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 277/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 121/2001. 26 de abril de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Arturo Gómez Ochoa.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, octubre de 2000, página 1171, tesis VI.1o.P. J/5, de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).".

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: XX.2o.15 P

Página: 1155

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 del Código Penal para el Estado de Chiapas, para fijar las penas al sentenciado, el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración, entre otros datos, la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiera sido expuesto, la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado, la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido, la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, las demás condiciones espaciales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma, y cuando el sentenciado sea indígena, se tomarán en cuenta además, sus usos y costumbres; sin embargo, dicho artículo no alude a la conducta anterior del activo o a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del mismo o alguna otra hipótesis equiparable, en la cual pudieran ubicarse los antecedentes penales, para ser tomados en cuenta para efecto de individualizar la pena y fijar el grado de culpabilidad del sentenciado, o bien, determinar si se trata de delincuente primario o que tenga cualquier proceso instaurado en su contra, porque la legislación local no contempla esos aspectos, a pesar de que el numeral 51 del citado código sustantivo penal, establezca que respecto a las demás medidas de seguridad, para su aplicación, el Juez deberá considerar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, lo que pudiera dar lugar a pensar que este supuesto podría aplicarse para el caso, empero, ello no es posible, porque este precepto se ubica en el capítulo XVI del título segundo, que se refiere a las medidas de seguridad, mas no a la aplicación de las sanciones contempladas en el título tercero, capítulo primero, del ordenamiento legal en comento; en consecuencia, la resolución que toma en cuenta los antecedentes penales para determinar el grado de culpabilidad del sentenciado es violatoria de garantías.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 798/2000. 24 de enero de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Raúl Mazariegos Aguirre.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: XIII, Abril de 2001

Tesis: III.2o.P.65 P

Página: 1081

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, NO SE VIOLAN LAS GARANTÍAS DEL QUEJOSO, SI AL REALIZAR EL ESTUDIO DE LA, EL JUZGADOR TOMA EN CUENTA ASPECTOS SUBJETIVOS DEL DELITO. Es correcto el proceder del ad quem, si al momento de individualizar la pena impuesta al quejoso, tomó en consideración, además de las circunstancias personales de aquél, las condiciones espaciales que mediaron en la comisión del ilícito, como es, el que no obstante de haberse consumado en forma instantánea el delito de carácter federal por el que se sanciona, al mismo tiempo y con independencia de ello, el acusado cometió un diverso delito por el cual se le sigue otro proceso en el orden común, sin que ello signifique de ninguna manera que se está sancionando al acusado por distinto delito, sino que en la especie, debe atenderse a las circunstancias exteriores de ejecución del ilícito materia de la individualización de la pena, tal como lo prevé el artículo 51 del Código Penal Federal, y si bien es cierto que el precepto 52 del propio código, no señala cuáles circunstancias son de aplicación preferente, es decir, si las peculiares o las objetivas, también lo es que el dispositivo que antecede a éste, es claro en señalar que el juzgador, al imponer las sanciones, debe tomar en cuenta en igualdad de circunstancias ambos asuntos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 78/2000. 30 de marzo de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Francisco Javier Villaseñor Casillas.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: XII, Octubre de 2000

Tesis: III.2o.P.66 P

Página: 1301

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. LOS INGRESOS CARCELARIOS DEL REO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA POR EL JUZGADOR COMO EVIDENCIA DE MALA CONDUCTA. Para los efectos de inclinación delictiva o antecedentes de mala conducta, es incorrecto el proceder del juzgador que, al momento de individualizar la pena al acusado, haya tomado en consideración los ingresos carcelarios con los que éste contaba, sin que de autos se adviertan las constancias de cada uno de los procesos que hubieren culminado con sentencia condenatoria; de lo contrario, se llegaría al absurdo de considerar, para esos efectos, algunos que pudieran culminar en sentido absolutorio,



precisamente porque se ignora cuál sería la conclusión definitiva de esos procesos, lo cual contraviene la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado; no es óbice a lo anterior, el hecho de que la responsable, después de tomar en cuenta los requisitos que se establecen en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, exprese que dichos ingresos carcelarios no se toman en consideración como antecedentes penales, sino como evidencia de la inclinación delictiva del reo en perjuicio de la sociedad, porque ni el ordenamiento legal antes invocado ni alguna otra legislación federal facultan al juzgador a actuar en los términos antes indicados.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 153/2000. 15 de junio de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretaría: María del Carmen Cabral Ibarra.

Novena Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Febrero de 2001

Tesis: I.1o.P. J/14

Página: 1668

PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECERSE EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA.

De acuerdo a lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el Juez deberá de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del delincuente, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la pena; si bien es cierto que la cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de las máximas y mínimos señalados en la ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la pena. En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: "equidistante entre la mínima y la media", "media" o "equidistante entre la media y la máxima", o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos. La cita de los medios de graduación referidos evita el uso de locuciones ambiguas y abstractas que no determinan el nivel exacto de culpabilidad, lo que se traduce en una deficiente individualización de la pena que impide dilucidar el aspecto de congruencia que legalmente debe existir entre el quantum de la sanción impuesta y el índice de culpabilidad del delincuente, ya que al determinarse tal aspecto e imponer una condena que aritméticamente se ubique dentro del nivel de culpabilidad resultante, ello hace posible colegir con certeza, si la pena es acorde a la individualización determinada. De ahí que se deba establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1225/99. 13 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Felipe Álvarez Medellín.

Amparo directo 3717/99. 13 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz.

Amparo directo 3313/99. 28 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa Guadalupe Malvina Carmona Roig. Secretaria: Alma Rosa Bolaños Espino.

Amparo directo 3821/99. 28 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Misael David Soto López.

Amparo directo 857/2000. 7 de diciembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Misael David Soto López.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Enero de 2001

Tesis: I.2o.P.37 P

Página: 1705

CULPABILIDAD, SU AGRAVACIÓN INDEBIDA. CUANDO SE SUPRIME LA CALIFICATIVA. Si la autoridad de segunda instancia, consideró los hechos imputados a los inculcados como constitutivos de homicidio simple y no calificado con ventaja, como lo había estimado el a quo y no obstante esta circunstancia les incrementa el índice de culpabilidad apoyándose fundamentalmente en los argumentos vertidos en apelación por la representación social, ello resulta violatorio de garantías porque el ad quem, para llegar a esa conclusión en términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, tuvo que analizar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares de cada uno de los sentenciados que con anterioridad había considerado no agravaban esa figura punitiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2750/99. 19 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretaria: María del Carmen Rojas Letechipía.

Amparo directo 3718/99. 19 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretaria: María del Carmen Rojas Letechipía.

Novena Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Enero de 2001

Tesis: VI.1o.P.94 P

Página: 1734



INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, EN CASO DE DELITO CALIFICADO; CUANDO EL AMPARO SE CONCEDE PARA LA ELIMINACIÓN DE UNA O MÁS AGRAVANTES, NO CONDUCE A DISMINUIR EL GRADO DE CULPABILIDAD, SI ÉSTE NO SE ESTIMÓ EN RELACIÓN AL NÚMERO DE ELLAS. Cuando el amparo se concede para el efecto de suprimir alguna o algunas de las calificativas del delito por el que fue condenado el quejoso, por considerar que no se actualizan, la responsable no necesariamente tendrá que disminuir el grado de peligrosidad que fue apreciado al reo y en consecuencia reducir las penas impuestas, si se advierte que el grado de culpabilidad no se obtuvo por el número de ellas y además deberá o deberán persistir otra u otras calificativas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 47/2000. 6 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, noviembre de 1996, página 477, tesis VI.2o.140 P, de rubro: "PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE. CUANDO SE SUPRIMEN CALIFICATIVAS DEL DELITO."

Novena Época
Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XIII, Enero de 2001
Tesis: VI.1o.P.94 P
Página: 1734

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, EN CASO DE DELITO CALIFICADO; CUANDO EL AMPARO SE CONCEDE PARA LA ELIMINACIÓN DE UNA O MÁS AGRAVANTES, NO CONDUCE A DISMINUIR EL GRADO DE CULPABILIDAD, SI ÉSTE NO SE ESTIMÓ EN RELACIÓN AL NÚMERO DE ELLAS. Cuando el amparo se concede para el efecto de suprimir alguna o algunas de las calificativas del delito por el que fue condenado el quejoso, por considerar que no se actualizan, la responsable no necesariamente tendrá que disminuir el grado de peligrosidad que fue apreciado al reo y en consecuencia reducir las penas impuestas, si se advierte que el grado de culpabilidad no se obtuvo por el número de ellas y además deberá o deberán persistir otra u otras calificativas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 47/2000. 6 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, noviembre de 1996, página 477, tesis VI.2o.140 P, de rubro: "PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE. CUANDO SE SUPRIMEN CALIFICATIVAS DEL DELITO."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

El tratar de realizar solo una conclusión que refleje la esencia de ésta investigación, es poco menos que imposible, ya que se ha podido demostrar lo profundo, complejo y polémico que resulta el tema, así como, todo su entorno. Además, hablar de conclusiones en toda la extensión de la palabra resulta también un poco aventurado, por el déficit de conocimiento del autor y por que en este tema, lejos de concluir en definitiva alguna discusión, lo que se hace es expresar algunos puntos de vista respecto al mismo. Es por lo antes señalado que, a continuación expresaré algunas reflexiones producto de esta modesta investigación.

Primera.- Desde el origen de la sociedad, hemos podido observar algunas constantes en el comportamiento de ésta, destacándose entre ellas, el anhelo de **justicia**. Lo que se puede decir al respecto de este anhelo de justicia es que, es una **actividad amarga** por que implica de alguna u otra manera un acto violento por cualquier lado que se le vea.

Por otro lado, y con la intención de encontrar esa anhelada justicia, es preciso tener en cuenta la diversidad de los miembros que componen cada una de las sociedades, y con base en ello, elaborar los **procedimientos más racionales** para que cada uno de estos sujetos se sienta motivado por el hecho de vivir en comunidad, y esta motivación, los impulse a acatar los mínimos niveles respeto y tolerancia para el sano desarrollo de todos. En este difícil proceso, hay que hacer partícipes a todos los miembros de una sociedad, tanto de los logros como de los fracasos, y en esta medida, poder atribuir a cada uno de estos miembros su responsabilidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hoy en día estamos viviendo el resultado de una descomposición de los fines e ideales de convivencia, todos exigen justicia, pero cada uno su justicia sin hacer nada por los demás, y de continuar con esta actitud, jamás llegaremos a un buen resultado.

La ignorancia y desinterés que se tiene de las necesidades como grupo y de los miembros que lo conforman, es en buena medida la semilla de tantas desigualdades económicas y culturales, por lo que es necesario desarrollar una actitud de respeto de todos para todos, y aprender a vivir en paz y armonía.

El éxito de esta cultura en sociedad, se obtiene reforzando los conceptos y valores desde las primeras enseñanzas, y prosigue durante gran parte de la vida adaptándose día con día. La función de las estructuras normativas es sin duda importante pero será siempre el último recurso que se tenga, por ello, el papel del **maestro** (académicos, padres, amigos) es fundamental para la formación de los individuos de una comunidad. Es de vital importancia tomar conciencia de ello, y tener presente que, desde los primeros años de la formación de una persona se está construyendo el futuro de una sociedad entera.

Segunda.- Un mecanismo que las sociedades modernas occidentales han implementado para alcanzar la tan anhelada justicia, es la conformación del estado de derecho, aunado al gran presupuesto que destinan al área educativa.

Si bien puede ser criticable la forma en que muchos gobiernos han tratado de conseguir este estado de derecho, no existe otro modelo hoy en día que lo pudiera sustituir. Un pilar del mecanismo operador de este estado de derecho es el marco normativo, y un aspecto de interés para el presente trabajo, fue el análisis de la conformación de este marco normativo utilizable por los jueces al momento de la conmisuración o individualización de las penas.

En este sentido, una estrategia para comenzar bien una fase de conmisuración o individualización de las penas, es precisamente crear un marco normativo democrático, es decir, con un procedimiento de génesis funcional, inteligente, incluyente y racional. Teniendo un marco normativo coherente con las necesidades exigidas por una sociedad tan compleja como la nuestra, se estaría ascendiendo un escalón en la conformación del estado democrático de derecho.

Recordemos que el escenario en el que se aplican las penas es determinante para su funcionamiento y finalidades, ya que en una sociedad donde las condiciones de vida son tan inequitativas, se hace más complejo hablar de estado de derecho o de justicia. El derecho no es la panacea de todos los problemas de una sociedad, y el derecho penal deberá ser el último recurso de ésta para estabilizar las circunstancias alterantes del orden o del funcionamiento de un estado.

Tercera.- Sin duda, una reflexión que se desprende del presente estudio, es la necesidad de conformar una técnica individualizadora de la pena, tanto en sus fases legal, judicial, así como administrativa. Pero particularmente es necesario la creación o en todo caso la depuración de una teoría aplicable a los criterios individualizadores de las consecuencias penales, que esté actualizada a nuestras necesidades o circunstancias históricas, esto de estrada parece como una gran empresa, pero en otros países se está realizando no por gusto sino por que es una necesidad. En México no creo que se esté dando la importancia que se debiera, puesto que en nuestros ordenamientos legales se nota el olvido y descuido del tema.

La técnica individualizadora o la correcta conmisuración de la pena, deberá ser considerada como aquella actividad en que se determina el exacto (en la medida de lo posible), contenido de Injusto y de Culpabilidad, y con ello su merecimiento y necesidad de pena.

Nuestra legislación por lo menos en el artículo 52 del Código Penal Federal, es más o menos coincidente con estos criterios, sin embargo creo que la forma en la que se debería de interpretar no ha sido una materia de estudio atendida debidamente en la jurisprudencia y en la doctrina. Sin duda alguna, la individualización o conmisuración de la pena resulta una tarea difícil, por el cúmulo de implicaciones a que lleva el estudio de este tema.

Además hay que tener presente que, la individualización y conmisuración de las penas, por ser una situación en algunos momentos tan cercana y determinante para la vida diaria de las personas, produce un sentimiento generalizado de autoridad y derecho a opinar, lo cual, convierte al tema en altamente polémico.

La tarea tendiente a comprobar las categorías del tipo penal, es decir, de constatar el injusto y la culpabilidad, está de alguna forma preestablecida y más o menos resuelta en la teoría del delito. El problema al que nos enfrentamos al tratar de implementar un sistema de conmisuración de las penas anclado en estos conceptos y reglas, es de que estas reglas nos ayudan de alguna manera solo a constatar su presencia, pero poco ayudan a medir en que grado se presentan. Es decir, podemos si bien nos va, ubicar la presencia de un injusto y tal vez de la culpabilidad, pero ¿cómo hacemos para medir que tanto se está saturando un concepto u otro?.

La anterior duda resulta difícil de responder por que implica de entrada un alto nivel de conocimiento sobre dichos conceptos (injusto y culpabilidad), situación que desgraciadamente en nuestros órganos judiciales no se presenta con gran frecuencia, ni tampoco en las personas que intervenimos de alguna u otra forma en los procedimientos penales, por esta razón, se genera cierto rechazo a la aplicación, tan solo, del leguaje técnico. El hecho de señalar la necesidad de comprometer los criterios teórico dogmáticos, con la forma de conmisurar las penas, no es con el afán de irritar a las personas que siempre se

han opuesto al cambio o el desarrollo de las ideas jurídico penales, ni tampoco de complicarnos la vida, sino simplemente el de aprovechar la técnica de constatación del delito, a la de individualización o conmisuración del mismo, con el afán de **racionalizar** una actividad que siempre estuvo determinada por los componentes emotivos. Ello producirá un mayor esfuerzo en los órganos encargados de individualizar o conmisurar las penas, pero a la vez una mayor certeza de sus actos, los cuales podrán ser sometidos a consideración de órganos revisores en un esquema de verdadero estado de derecho.

Cuarta.- El artículo 52 del CPF, señala la necesidad de fundamentar y motivar las sentencias en lo que se refiere a la individualización de la pena "con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente", así mismo, dicho artículo, contiene VII fracciones en las que se explica que criterios han de ser tomados en cuenta.

Como ya señalé en el cuerpo del presente estudio, estas fracciones tienen que ver con las mismas reglas que sirven para constatar tanto al injusto como a la culpabilidad, por tal razón, tal vez sería conveniente revisar la redacción del artículo, y de alguna manera simplificar el mismo y omitir nuevamente hacer mención de las siete fracciones, ya que los criterios de gravedad del ilícito y de culpabilidad, contienen en la doctrina, los aspectos señalados en dichas fracciones; además de otras modificaciones a los demás artículos relativos a éste.

Quinta.- Al tratar de transmutar los conceptos que nos ayudan a constatar el grado de injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales, nos encontramos con serios problemas, por tal razón una manera de empezar a comprender este complejo proceso de individualización de la pena, sería con la idea de que tendríamos que realizar esta operación con una referencia tanto cualitativa como cuantitativa para aumentar o disminuir la consecuencia del delito.

Es muy importante aclarar que, la necesidad de realizar éste análisis, tanto de aspectos objetivo materiales de comprobación como de subjetivos, no es con la finalidad de implementar un sistema que procese la información como computadora, puesto que tal situación, aplicada a un proceso cultural de la sociedad, es imposible de imaginar, además de poco recomendable. Lo único que se pretende es la racionalización de situaciones que siempre serán relativas y cambiantes dependiente del caso que trate.

Sexta.- En este sentido para obtener la gravedad del ilícito (gravedad del injusto) y el grado de la culpabilidad, señalados como requisitos en el artículo 52 del CPF, se tendría que recurrir con base a lo señalado anteriormente, a las categorías del delito para constatar el Injusto y la culpabilidad y determinar de igual manera la magnitud de la pena, así pues, de un modo esquemático como elementos de análisis se tendrían:

- a) Los componentes del Injusto (entendido como un juicio de "desvalor" que recae sobre un acto humano), compuesto de la conducta-típica-antijurídica y
- b) Los componentes de la culpabilidad (entendida como juicio de reproche a una persona por el comportamiento realizado).

Aquí se tendrían que empezar haciendo algunas distinciones forzosamente reflejadas en la individualización de la pena, como por ejemplo, la distinción entre delitos dolosos y culposos. Por otro lado, dentro del injusto las acciones de las omisiones, los objetos y sujetos que intervienen, aspectos subjetivos como dolo y sus diferentes clases, los resultados provocados. Dentro de la culpabilidad, el grado de culpabilidad del autor, el conocimiento del carácter antijurídico de sus actos, así como, la participación y concurso de delitos, entre otros.

Séptima.- Sería importante empezar a diseñar un medio, para que los aspirantes a jueces e incluso los propios jueces, conozcan y homologuen un

criterio de individualización o conmisuración de la pena, y de esta forma poder empezar a crear un ambiente de seguridad jurídica con relación a dicha actividad, además de que con ello, se estarían generando una serie de reacciones a nivel de los órganos o juzgados revisores de sentencias, y esto, seguramente llegaría a producir resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, además de discusiones académicas y científicas.

Lo anterior no afecta de ninguna manera al funcionamiento de la impartición de justicia, sino que afirma el estado de derecho de un país. Lo que sí se estaría haciendo con este tipo de acciones, es revolucionar el sistema, y ¿por que no? generar la base para la creación de una dogmática propia.

Octava.- Una técnica de individualización o de conmisuración de la pena que fuera considerada racional, sería la de tener como límite de la pena, la magnitud del injusto comparada con la culpabilidad del mismo, es decir, considerar a la culpabilidad como límite, (desde un punto de vista retributivo); además de fundamento de la pena (desde un punto de vista garantista), y a partir de esa magnitud de culpabilidad, iniciar el descenso tomando criterios, ya sean preventivos generales o especiales.

Novena.- Como señalé al iniciar el presente estudio, es innegable la crisis en la que se encuentra sumido el sistema judicial y en general el sistema de impartición de justicia en México. Los niveles de delincuencia son considerables, además de los problemas económicos que actualmente vive el país. Lo anterior ha provocado que las estrategias de acción no sean del todo acertadas y en muchas ocasiones desesperadas, como por ejemplo la última reforma del año de 1999, a los artículos 16 y 19 constitucionales. Si bien, la individualización de la pena, no tiene que ver con la más fácil o no consignación de las averiguaciones previas, sí

lo tiene desde el punto de vista de que son pocos los asuntos que llegan hasta la etapa de sentencia condenatoria, por lo que es necesario, depurar su aplicación.

Por otro lado, no por el mayor número de consignaciones o políticas de terror se elimina a la delincuencia, es decir, eso no desalienta al trasgresor. Lo que se tiene que hacer es luchar contra la impunidad (corrupción), y dentro de ese difícil proceso, la depuración de la actividad individualizadora de la pena, le dará al propio sistema una mayor credibilidad y respeto en el grueso de la población.

Décima.- Finalmente, no sobra decir nuevamente que, la individualización de la pena, fue, es y seguirá siendo por algún tiempo, un problema difícil de abordar. La individualización de la pena, con toda su carga filosófica, científica y académica, forma parte de todo orden de poder, desempeñando tres funciones fundamentales; a.- Tratamiento de los conflictos por un ente "ajeno", lo cual, da la apariencia de imparcialidad; b.- Puede desempeñar una función de orientación, y como señalamos a lo largo de la presente exposición, en un aspecto negativo (atemorizar) y otro positivo (reforzar valores) y c.- Legitimación, es decir, la individualización de la pena, como fin ultimo del proceso penal, tendría que producir un cierto ambiente de "justicia", pretendiendo evitar la generación de futuros conflictos, despolitizándolos, dando certeza y racionalización de los actos de poder.

...No dejemos que, la justicia, o la actividad tendiente a impartirla, continúe convirtiéndose en un sistema de organización burocrático, incapaz de corregirse a sí mismo, en función de los errores que se cometen en su nombre, pero peor que eso, dejar que el sistema, sus funciones y disfunciones, se conviertan en un elemento esencial del equilibrio de la sociedad, víctima de si misma...