



**UNIVERSIDAD LATINA S.C.**

---

---

**Facultad de Derecho**

**“ANÁLISIS DE CRÍTICAS AL ARTÍCULO 72 DEL CÓDIGO  
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DE  
LOS CRITERIOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN E  
IMPOSICIÓN DE LA PENA EN LA SENTENCIA PENAL”**

**T E S I S**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:  
MIGUEL ÁNGEL CEDILLO FLORES**

**ASESOR:  
MTRO. FRANCISCO PACHECO ARELLANO**

**México D.F. 2013**



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 LATINA S.C.**  
**INCORPORADA A LA UNAM**

México, Distrito Federal a 29 de mayo de 2013

**M.C. RAMIRO JESÚS SANDOVAL,**  
**DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN**  
**Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.**  
**PRESENTE.**

El C. CEDILLO FLORES MIGUEL ÁNGEL ha elaborado la tesis titulada **“ANÁLISIS DE CRÍTICAS AL ARTÍCULO 72 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DE LOS CRITERIOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN E IMPOSICIÓN DE LA PENA EN LA SENTENCIA PENAL”**, bajo la dirección del Mtro. Pacheco Arellano Francisco, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos establecidos en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para este tipo de investigación, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para los efectos académicos procedentes.

Atentamente

**LIC. SOFÍA ADRIANA SANTOS JIMÉNEZ**  
**DIRECTORA TÉCNICA DE LA ESCUELA**  
**DE DERECHO, CAMPUS SUR**

## AGRADECIMIENTOS

### *A Dios.*

*Por entregarme la vida, por regalarme la luz de mi sendero...*

*Gracias por darme la oportunidad de concluir esta etapa de mi vida...*

*Gracias por que siempre estás conmigo y los seres que quiero...*

### *A mis padres*

#### *JUAN y PAULA.*

*Por darme la dicha de existir, por creer en mí, por la confianza brindada, por qué siempre han apoyado mis decisiones, por la formación moral que me proporcionaron, por la fuerza de voluntad que heredé de mi madre y por el carácter que forjó mi padre, pero sobre todo por qué son la luz de mi vida, muchas gracias los amo.*

### *A mis hermanos.*

#### *Rubén.*

*Por estar conmigo siempre, ser mi cómplice y amigo, pero sobre todo por darme el amor que sólo un hermano puede otorgar.*

#### *Paola Beatriz.*

*Por ser el centro de la familia y la unión, por creer en mí y en lo que puedo ser capaz, por enseñarme a reír aún en los momentos de tristeza, pero sobre todo por ser mi querida niña.*

*A mi hermoso niño Tadeo.*

*Por regalar la felicidad que solo un niño puede dar y enseñarme que  
la vida siempre debo verla como tú.*

*Espero que este trabajo te inspire algún día para lograr cosas  
mayores...*

*Gracias por la unión que hemos formado, por saber que tengo una gran familia,  
mi familia.*

***A Elizabeth.***

*Por acompañarme y motivarme en la realización de este trabajo, por tu esfuerzo y  
dedicación, aún en momentos complicados, por qué nunca perdiste la fe en mí para  
terminar este proyecto y por ello estaré eternamente agradecido, ya que sin el  
entusiasmo que siempre demostraste y sin tu valiosa ayuda, no hubiese sido  
posible.*

*Gracias.*

***A mi universidad Latina***

*Por abrirme las puertas del conocimiento, por guiar mis pasos en la gran lucha de  
la vida, por darme la oportunidad de ser un profesionalista de grandes principios.*

***A los catedráticos.***

*Por transmitir el conocimiento y la experiencia de la gran carrera de Derecho.*

***A mi asesor de tesis.***

*Mtro. Francisco Pacheco Arellano, por comprender mi inquietud y darle forma a  
mis ideas, pero sobre todo por haber sido la vía para este logro.*

## ÍNDICE.

**INTRODUCCIÓN.....7**

### **CAPÍTULO PRIMERO.**

#### **1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

**1.1.- ANTECEDENTES DE LA PENA. ....11**

1.1.1.- Roma.

1.1.2.- Las siete partidas.

1.1.3.- Grecia.

**2.1.- EVOLUCIÓN DE LA PENA.....19**

2.1.1.- Edad Media.

2.1.2.- La Carolina.

2.1.3.- Periodo Humanitario.

2.1.4.- Periodo Científico.

**3.1.- ANTECEDENTES EN MÉXICO.....31**

3.1.1.- Época Precolombina.

3.1.2.- Aztecas.

3.1.3.- Época Colonial.

3.1.4.- Época Revolucionaria.

**3.1.5.- México Contemporáneo.**

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **2.- CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL Y EL DELITO.**

#### **2.1.- ESCUELAS DEL DERECHO PENAL.....39**

**2.1.1.-** Escuela Clásica.

**2.1.2.-** Escuela Positiva.

**2.1.3.-** Escuela Ecléctica.

#### **2.2.- TEORIA DEL DELITO.....49**

**2.2.1.-** Concepto de delito.

**2.2.2.-** Elementos del delito.

**2.2.3.-** Sujetos del delito.

**2.2.4.-** Concepto de sujeto agente del delito.

**2.2.5.-** Concepto de víctima del delito.

**2.2.6.-** Concepto de pena.

**2.2.7.-** Clasificación de las penas.

## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **3.- LAS TEORIAS DE LAS PENAS.....96**

<b>3.1.- TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA.....</b>	<b>97</b>
3.1.1.- Teorías absolutas.	
3.1.2.- Teorías relativas.	
3.1.3.- Teorías mixtas.	
3.1.4.- Fases de la pena.	
<b>3.2.- LA PENA DE PRISIÓN.....</b>	<b>117</b>
3.2.1.- La prisión como pena.	
3.2.2.- La prisión como institución.	
<b>3.3.- SISTEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....</b>	<b>123</b>
3.3.1.- La indeterminación legal absoluta.	
3.3.2.- Determinación legal absoluta.	
3.3.3.- Determinación legal relativa.	
3.3.4.- Indeterminación legal relativa.	

#### **CAPÍTULO CUARTO.**

<b>4.- MARCO JURÍDICO DE LA PENA.</b>	
<b>4.1.- MARCO LEGAL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....</b>	<b>129</b>
<b>4.2.- LA PENA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.....</b>	<b>130</b>



**4.2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....130**

**4.2.2.- Código Penal para el Distrito Federal.....149**

**4.2.3.- Código Penal Federal.....152**

**4.3.- CRITERIOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN E IMPOSICIÓN DE LA PENA.....161**

**4.3.1.- Análisis particular al artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal.....161**

**- CONCLUSIONES.**

**BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN.**

Partiendo desde cualquier perspectiva el Derecho será siempre algo sujeto a continuo cambio y en la cual el Derecho Penal estará orientado a garantizar la identidad normativa, así como a garantizar la constitución de la Sociedad.

Por ello se tiene como finalidad el presentar un panorama respecto del criterio que los juzgadores asumen al momento de emitir una sentencia, y sobre todo al momento de imponer las penas correspondientes a los delitos que son dirimidos en los ámbitos de su competencia.

Con el paso del tiempo se ha podido conocer a través de los diversos medios al alcance de la humanidad, de qué manera se ha desarrollado la vida en una sociedad, la relación de los hombres y sus actos, por ello el trabajo de investigación que se realiza, pretende abordar una perspectiva en cuanto a la evolución histórica que ha sufrido la pena y, que será tema de nuestro primer capítulo, trataremos su origen histórico y la concepción que se tenía en diversas culturas, no solo en aquellas que se encuentran contempladas como origen de la civilización, sino también en la evolución que la pena ha sufrido con distintas visiones de la humanidad y con lo cual se fue estableciendo una forma de vida con antecedentes que nos permiten conocer un poco de historia de cómo eran castigadas las personas que cometían un acto contrario al orden social.

Dando como consecuencia que con el transcurrir del tiempo, el delito fuera tratado con más delicadeza en cuanto a la forma de castigar, ya que no se podía continuar con la forma de castigo de esos tiempos, no obstante lo anterior, en el capítulo primero igualmente nos detendremos en la historia y antecedentes de la pena que se ha visualizado en el Derecho Penal Mexicano, analizando algunas civilizaciones en la historia del derecho en nuestro territorio, hasta los hechos históricos de nuestro era contemporánea.

En el segundo capítulo nos remitiremos a los conceptos generales que han establecido los estudiosos del Derecho Penal, puesto que serán abordadas las corrientes adoptadas por distintas escuelas y en donde se tratará de manera breve sus postulados y vertientes, mencionaremos a sus representantes y la distinción en sus ideas por la dirección respecto de la concepción del delito; por otra parte se realizará un breve pero considerable repaso al estudio de la Teoría del Delito, abordando el estudio que al respecto han realizado diversos autores de la materia penal.

Para entender el concepto de pena, es necesario recordar que se ha sostenido como una función represiva que ha estado patente a lo largo del tiempo y que es una actividad desplegada por el Estado, por ello y continuando con el capítulo segundo, se abordará la definición del concepto de pena y se plantearán las diversas clasificaciones que existen sobre ésta y que emplea el Estado ante la

necesidad de regular las relaciones que, en virtud de la vinculación de los hombres, han derivado en conflictos de índole social.

Por otra parte se han expuesto diversas teorías para precisar el fin del término del concepto genérico denominado pena, por ello en el tercer capítulo se tratará de determinar por qué el fin de la pena se convierte en su justificación y la reacción que tiene el Estado ante la aplicación del Derecho Penal, en el fondo de lo que se trata es de fundamentar el derecho de aplicar la reacción penal. Se tratará de explicar de manera breve las teorías que han intentado definir el alcance y fin de la pena, es decir la reacción penal y las divisiones que han surgido del estudio que se ha realizado con las teorías.

Si bien es cierto que en la legislación penal y específicamente en su numeral 72 del Código Penal para el Distrito Federal, se encuentran definidos algunos criterios que debe asumir el juzgador para la individualización de las penas y medidas de seguridad, también lo es que tales criterios no dejan claro al sentenciado sobre la pena que deberá de sufrir por el delito del cual se le considere penalmente responsable, y más aún no definen de manera clara el por qué el juzgador llegó a la conclusión de imponer la pena al delito cometido.

Por lo anterior y atendiendo la actividad jurisdiccional que realizan los jueces en el ámbito penal, se ilustra de qué manera el juzgador arriba a la conclusión de imponer las penas y medidas de seguridad, por ello y para finalizar

el trabajo, serán analizadas en el capítulo cuarto diversas legislaciones, tales como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Sustantiva Penal para el Distrito Federal, así como aquella que contempla la federación, para así arribar y tratar de determinar los parámetros y definir los criterios asumidos por los juzgadores para analizar la pena aplicable al caso concreto y que determinará la sanción que contemple el juez en materia penal al momento de emitir su fallo.

## **CAPÍTULO PRIMERO.-**

### **1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

#### **1.1- Antecedentes de la pena.**

A través de la historia el ser humano ha tratado de establecer reglas de convivencia que le permitan convivir en armonía, impulsando así una serie de consecuencias que tuviesen como escarmiento el haber infringido el orden establecido, teniendo como consecuencia muchas veces la muerte, mutilación de alguna extremidad que eran consideradas prácticas atroces, penas aplicadas por el Estado a los delincuentes que consideraban peligrosos, aun y cuando se consideraban injustas; debido a que no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, ya el delito se manifestaba en su forma más rudimentaria. Así el hombre ve reflejados sus más primarios instintos, que lo llevan a proteger con violencia sus intereses particulares, los que ya luego en sociedad, reclaman protección para castigar al que hubiere atentado contra los intereses de cada uno.

##### **1.1.1.- ROMA.**

Los romanos adoptaron instituciones del derecho griego y con el transcurso del tiempo las transformaron otorgándoles características muy particulares que más tarde, servirían a manera de molde clásico para cimentar un moderno derecho de procedimientos penales.

En el imperio romano, el delito (*delictum*), era considerado principalmente como una fuerza de surgimiento de obligaciones, de las cuales solo podrían sustraerse

los locos, durante el ataque de locura, los infantes y los *infantiae proximi*.

La pena de muerte o pena capital ha existido a la par con la humanidad, es bien sabido que los griegos tuvieron gran influencia cultural en Roma, si bien los romanos destacaron por su vasta jurisprudencia y aquellos por ser grandes filósofos, binomio que hizo surgir la filosofía del derecho, de ahí la regulación de los hombres y el Estado, así como consecuente castigo a quienes cometen violaciones a la leyes impuestas por este último. Ya los hebreos dejaron testimonio de la existencia de esta sanción.

En Roma el primer delito castigado con la pena de muerte fue el de *Perduellio*, por traición a la patria, más adelante en las *XII Tablas*, se consideraba la venganza privada, el talión y la compensación, asimismo se reglamentó también para otros delitos y era esta, la pena imperante; un tiempo después y sin ser abolida cayó en desuso, restableciéndose posteriormente con los emperadores. Así pues esta sanción es conocida desde los primeros tiempos de la humanidad, y puede decirse que en todas las culturas, teniendo algunas variantes como por ejemplo el tipo de delitos por los que se imponía, siendo el más común el delito de homicidio. Se imponía igualmente los delitos que actualmente conocemos como patrimoniales, delitos sexuales, delitos contra la salud (como lo era la embriaguez consuetudinaria), delitos del orden político, así como militar.

Se distinguió entre delitos públicos los que atentaban contra el orden público, la organización político administrativa o la seguridad del Estado; estos, se perseguían en tribunales especiales u otros órganos como el Senado y la pena era generalmente la muerte (*supplitium*) y la multa (*damnum*); y los delitos privados

(*delicta o maleficia*), que consistían a una ofensa al particular lesionado y se perseguía como un derecho de este y no del Estado, aunque a éste le correspondió después fijar el monto de las compensaciones y las funciones de perseguir y castigar el delito.

El pueblo romano, en el inicio de su evolución histórica consagró al *pater familias* como la autoridad suprema del núcleo familiar en su organización social. Como se mencionó anteriormente *Perduellio*, fue una de las Instituciones mas antiguas del Derecho Romano; entre las formas de delitos cometidos contra el Estado era la acción más grave. El *judicium perduellionis* castigó los actos realizados por el ciudadano que como enemigo de la Patria pone en peligro su seguridad. La denominada *prodigio* se castigó, dentro de la *judicium perdeullionis* por atentar igualmente contra la seguridad del Estado y la cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero contra la propia Patria.

Todos estos crímenes públicos, atentatorios de la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la *Lex Julia*, la cual aparece reproducida en el Digesto. En cuanto al procedimiento, se adoptó el sistema acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí, o por cualquier otra persona.

El extenso período que abarca lo que denominamos Derecho Romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos "crímenes" de los delitos privados ("delitos", en sentido estricto).

Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de



éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés; es de destacar que La ley de las XII Tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.<sup>1</sup> Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El Derecho Penal Romano comienza a fundarse en el interés del Estado reafirmando de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes, contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más.

Con el desarrollo del período imperial, no se trataba ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino que todos serían intereses públicos. La pena en esta etapa recrudece su severidad.

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido el cristianismo como religión oficial, la Iglesia cobró fundamental importancia, no solo en su aspecto ideológico, sino temporal. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente para liberarse del delito, cada día se tornó más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El proceso penal romano alcanza un alto grado de desarrollo y elabora elementos, algunos de los cuales todavía forman parte del proceso penal. Baste recordar la

---

<sup>1</sup> BRAVO GONZALEZ AGUSTIN Y BIALOSTOSKY SARA. Compendio de Derecho Romano. Edit. Pax-México 1971, Pág. 82.

materia de las pruebas en algunas de las cuales, el proceso romano es considerado como un modelo insuperable.

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

En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las "*legis; Actiones*", la actividad del Estado, se manifestaba en el proceso penal privado y mas tarde en el público.

En el proceso privado, el Estado era una especie de arbitro, que escuchaba a las partes y basándose en lo que éstas exponían, resolvía el caso aunque este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo que se adoptó el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que eran una amenaza para el orden y la integridad política.

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

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

La *Cognitio*, era considerada la forma más antigua, en la cual Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para conocer la verdad de le hechos, y no se tomaba en consideración al procesado, pues solamente se daba injerencia después de

que se había pronunciado el fallo, para solicitarle pueblo se le anulara la sentencia.

La *accusatio* surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de acción se encomendó a un *accusator* representante de la sociedad, cuyas funciones no eran propiamente oficiales. Al principio de la época imperial, Senado y los emperadores eran quienes administraban justicia; además de los tribunales penales; correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

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

Más tarde, la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La *expulsión* del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima, por su desamparo.

Vale recordar, en este punto, que desde la perspectiva filosófica, el concepto de civilización se sustenta sobre todo en una característica negativa: lo opuesto a la barbarie. Ello implica, proponiendo un rasgo positivo, el predominio de un orden sustentado en la razón.

Es decir, la negación formal de la inocencia ha quedado en la historia de los pueblos como un signo de barbarie, motivada por intereses absolutistas, de

dominación, de confusión o de conveniencias particulares.

El jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones nos dice: "*Es preferible dejar impune el ilulito de un culpable que condenar un inocente*". De alguna manera esa idea persistió no sólo entre los romanos sino en las naciones tocadas por la influencia de ese imperio; con el agregado de bondad y comprensión incorporado por el cristianismo.

### **1.1.2.- Las Siete Partidas.**

Representó un trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio mexicano. Diversas recopilaciones de leyes se aplicaron, siendo la principal la "*recopilación de las leyes de los reinos de las Indias*", de 1680. La recopilación se compone de IX libros, más sin embargo la materia penal se encuentra diseminada en los diversos libros, no obstante, el VII, es el que trata más sistemáticamente de policía, prisiones y derecho penal.<sup>2</sup>

Fueron propuestas originariamente como una legislación modelo en la que los juristas y legisladores españoles podrían inspirarse para sus innovaciones o interpretaciones, pero un siglo después, bajo el régimen del bisnieto de Alfonso el Sabio, (o sea Alfonso XI) alcanzaron oficialmente en Castilla la categoría de derecho supletorio, mediante el ordenamiento de Alcalá. Estas partidas contienen una versión popularizada de normas romanistas, en mezcla con figuras de inspiración visigótica feudal y canónica. En el curso de los siglos. Encontraron importantes comentaristas (Gregorio López, sobre todo) que mediante sus glosas

---

<sup>2</sup> PAVÓN VASCONCELOS Francisco. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décima Sexta Edición. Ed. Porrúa, México 1988, p. 111

acercaron las siete partidas más aún a las obras de los posglosadores.

De Alfonso el Sabio, constituye un Código que apareció entre los años 1256-1265, que ejerció luego una enorme influencia en la legislación general. Las disposiciones penales de Las Partidas se encuentran en la Partida VII, completándose con numerosas disposiciones procesales atinentes a lo penal contenidas en la Partida III.

Contiene también especialmente en el homicidio, la diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado, se prevén ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

### **1.1.3.- Grecia.**

Aquí podemos decir que en la ciudad de Grecia existía una organización que estaba cimentada en Ciudades Estado, en las cuales cada una de ellas tenía sus propias leyes que emanaban de los reyes, quienes a su vez eran orientados o asesorados por un conjunto de dignatarios.

El rey basaba su poder en postular su ascendencia divina, su poder era transmitido por una combinación de elección y herencia era al mismo tiempo sumo sacerdote y supremo juez.

En Grecia la pena de muerte se efectuaba con crueldad, algunas ejecuciones eran: quemándose vivo al condenado o era estrangulado o decapitado, apedreado, crucificado o envenenado.<sup>3</sup>

Solamente merece aquí comentar que tampoco es muy legal la manera en como los griegos impartían la justicia o castigos a los delincuentes, ya que no se debe

---

<sup>3</sup> LADISLAO THOT, "Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal", Ed. América Unida, Universidad de la Plata, Argentina 1940 p.16

de martirizar de tal manera al ser humano.

El origen del procedimiento penal, se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los atenienses en el derecho griego, en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres.

El ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los "Heliastas". El acusado se defendía a sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le "auxiliaban" algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba "sus alegatos y en esas condiciones el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo".

## **2.1.- EVOLUCIÓN DE LA PENA.**

### **2.1.1.- Edad Media.**

Durante la Edad Media, el sistema de "*justicia*" se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia.

Al finalizar esa época emblemática de la inquisición (1670), en Francia se dictó una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: "*Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos*". Fue esa ordenanza la que posteriormente (segunda mitad del siglo XVIII) motivó severas críticas de Voltaire, quien postuló —desde entonces— el juzgamiento perjurados en juicio oral y público y se pronunció a favor de otras garantías para el acusado: asistencia de defensor, íntima convicción en la valoración de la prueba, supresión de la tortura.

En el Derecho Canónico, el procedimiento era inquisitivo; fue instaurado en España por los visigodos (Código de Euríco), y generalizado después dejando de tener vigencia en la época de la Revolución Francesa.

El Derecho Penal Canónico cobró excepcional importancia bajo los Papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo comprendido entre los años 1073 y 1216. En esa época se asume una (gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito.

Asimismo la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó de tal forma que, por razón de la materia intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico.

En plena Edad Media, entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento del Derecho romano, difundándose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las bibliotecas de la iglesia. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los *glosadores*, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las

leyes romanas, a quienes siguen en los siglos XII a XV los llamados *postglosadores o comentaristas*, cuya labor se orientó a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos.

A partir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los *prácticos*, así llamado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho Penal. La Edad Media da entrada, junto al romano, a los derechos germánicos y cristiano, el segundo de los cuales otorga carácter privado al delito ya la pena, por predominar el individualismo en su concepción, de manera que la venganza privada y la composición satisfacen la deuda creada por el delito, pero que con el advenimiento del cristianismo y la restauración del principio de autoridad del Estado y de la Iglesia, la potestad de castigar vuelve de la sociedad al Estado combatiéndose la venganza privada por medio de la tregua de Dios y del derecho de asilo, asumiendo el delito carácter moral y religioso; en el Derecho Canónico triunfa el principio de *expiación*, el cual dice: "*el juez castiga, no por deleitarse en la miseria ajena, lo cual sería hacer mal "por mal, sino por deleite de la justicia, que es devolver lo justo por lo injusto, el "bien por el mal".*"<sup>4</sup>

Importantes son las aportaciones de los pensadores de la Iglesia. San Agustín (354-430) quien refiere que la pena "*es retribución divina (eterna o "temporal), reconociendo al príncipe el derecho de castigar y al juez el de "aplicarla, aunque se declara enemigo de la pena de muerte, porque con ella se "priva al culpable de un posible arrepentimiento".*

Santo Tomás de Aquino (1225-1274), no hace distingo claro entre las leyes

---

<sup>4</sup> MAGGIORE Giuseppe, Derecho Penal I. Editorial Temis, Colombia. Reimpresión a la Quinta Edición. P. 73.



natural, divina y humana, cuyas violaciones generan penas de índole natural y humana, las dos primeras y de carácter espiritual y temporal la última, considerando *"al derecho de castigar como justicia conmutativa, es decir, la "pena es la retribución o compensación del sufrimiento originado en la acción, "precedente".*<sup>5</sup>

### **2.1.2.- La Carolina.**

Constitutio Criminales Carolina u Ordenanza de Justicia Penal, (Carlos V 1532) era un código penal, y una ley de organización de tribunales.

Era una larga y compleja enumeración de reglamentaciones, admitiendo la analogía y la pena de muerte, aunque el objeto principal de la pena era la intimidación. Tipificaba delitos tales como la blasfemia, la hechicería, la sodomía, la seducción, el incesto, etc.; las penas variaban entre el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación.

### **2.1.3.- Período Humanitario.**

En la época de la Revolución Francesa, los pensamientos que sirvieron de sustento ideológico al movimiento armado provienen principalmente de las mentes de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, y se sintetizaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en donde se establecieron principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales.

---

<sup>5</sup> Idem PP. 73-74.

En ese texto no podía dejar de referirse a la presunción de inocencia, como una fórmula para reivindicar la dignidad de la persona del gobernado frente al Estado. En su artículo 9 se establece: "*Tout homme étant presume "innocent jusqu'à ce qu'il aît été déclaré cupable"* (todo hombre se presume Inocente hasta que haya sido declarado culpable).

En Inglaterra el que fuera niño genio del utilitarismo, Jeremías Bentham, expresó ideas que coincidían en lo sustancial con la máxima basada en la inocencia de la persona; adujo que el acusado debía ser escuchado en juicio y darle la oportunidad de probar, ya que –así lo entendía el pensador inglés- “todo ser humano es inocente por naturaleza.

Mientras que en el mismo siglo en Italia, Beccaria también consideró un rango predominante al mismo principio en su *Tratado de los delitos y de las penas* (1764),<sup>5</sup> en una parte de su capítulo XVI, dice: "*...no se debe atormentar "a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no "están probados"*. Incluso este humanista italiano fue más allá en el tema de considerar la inocencia como un principio básico del proceso penal, pues se opuso abiertamente al encarcelamiento preventivo, al cual consideraba una pena anticipada, y que por tanto sólo podía aplicarse cuando se actualizaran suficientes requisitos legales.

En la misma tónica se pronunció por la conveniencia de separar los recintos carcelarios entre acusados y convictos, razonando que "*un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue*

*concedida*".

Como respuesta a la crueldad excesiva que presentó el período de la venganza pública, surge el período humanitario, en el que se tiende ya a la humanización de la pena, el castigo ha cesado poco a poco.

Y todo lo que podía llevar consigo de espectáculo se encontrará en adelante afectando de un índice negativo, como si las funciones de las ceremonias penales dejaron, progresivamente; de ser comprendidas, el rito que cerraba, el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, y de esta manera que los espectadores estuvieran conscientes de cual era el castigo por los delitos cometidos.

La influencia humanitaria de la obra de César Bonnesana, Márquez de Beccaria, había querido afirmar los derechos del hombre en la doctrina del Derecho natural y frente a la razón del Estado, es decir frente a la monarquía absoluta.

Esta etapa humanitaria, alcanza su auge en la segunda mitad del Siglo XVIII con César Bonnesana, llamado Marqués de Beccaria; autor de la obra denominada De los Delitos y las Penas, publicada en forma anónima por primera vez en Livano en 1764 y quien vino a revolucionar todo el campo del Derecho Penal Represivo, de modo que, en hora muy temprana, lo había dicho "el asesinato que nos representa como un crimen horrible, lo vemos cometer fríamente, sin remordimientos".<sup>6</sup>

Por otro lado considera Bonnesana que debe darse un tratamiento digno al delincuente; destaca también, que debe practicarse un estudio y análisis acerca de la peligrosidad del delincuente para poder de esta manera, determinar la

---

<sup>6</sup> Beccaria. Tratado de los Delitos y las Penas, Ed. Porrúa, 7ª ed. México 1997, Pág. 117

sanción aplicable a cada caso; asimismo, pugna por la eliminación de crueldades y suplicios innecesarios al igual que por una exacta determinación en la ley, tanto en los delitos como de las penas, estableciendo además, que sólo los jueces pueden declarar que una ley ha sido violada.

En Francia en 1791, para dar fin a los abusos cometidos en el período anterior a éste aparece, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que consagra en lo relativo a la pena las siguientes disposiciones:

Las Leyes sólo tienen el derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad.

La ley debe ser la misma para todos, tanto para proteger, como para castigar.

Sólo puede acusarse, arrestarse o apresarse a alguien en los casos determinados por la ley conforme a los modos en ella establecidos.

Sólo deben establecerse aquellas penas estrictamente necesarias. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y legamente aplicada.

Asimismo el movimiento ideológico del siglo XVIII promovido por el "despertar intelectual y libertario" y el que habría de señalar las pautas, haciendo el camino hacia una total reforma penal, en donde se destacan fundamentalmente las obras de Montesquieu (*el espíritu de las leyes*), Voltaire (*Sobre la tolerancia*), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos y Juan Jacobo Rousseau, en su célebre (*Contrato social*) dice: "...*todo malhechor, atacando el derecho social, "conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser "miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. Los procedimientos, el "juicio, son las pruebas y la declaración de que ha*

*roto el pacto social, y, por "consiguiente, de que no es ya miembro del Estado".*

El libro de Bonessana, marqués de Beccaria, titulada *De/ delitti e delle pena*, que representó una valiente y enérgica denuncia del derecho penal hasta entonces reinante, cuya trascendencia a los ordenamientos jurídicos de aquel entonces es ampliamente conocida. César Beccaria, logró convulsionar a la sociedad de su época en toda Europa, tanto pensadores, juristas, así como entre los reyes y legisladores, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente.

En su obra, Beccaria concluye con estas palabras que resumen su contenido esencial: *"Para que toda pena no constituya un acto violento de un "individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser "esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, "proporcionada al delito y prescrita por las leyes".*

Algunos autores, entre ellos el maestro Fernando Castellanos Tena, reconocen la existencia de una última etapa, respecto a la represión penal, denominada *etapa científica*, la que empieza precisamente con la obra del marqués de Beccaria, y culminando con la de Francisco Carrara, exponente principal de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Posteriormente John Howard nacido en 1726 en Einfield (arrabal londinense), había sufrido en carne propia las miserias de las prisiones de su época pues estuvo detenido en 1755 en una cárcel francesa, al ser apresado por corsarios de esa nacionalidad el buque en que realizaba un viaje a Lisboa.

Este insigne inglés recorrió las prisiones de Inglaterra y Gales, visitó las cárceles

de Italia, Bélgica, Holanda, Suecia, Dinamarca, España, Portugal, Francia, Alemania, Turquía y Rusia, muriendo de fiebre tifoidea en la ciudad de Kherson (Crimen), en 1790.

Después de *realizar* la crítica severa al cruel y depravante estado de las prisiones europeas, concreta como bases fundamentales para efectuar la reforma penitenciaria, entre las que destacan las siguientes: la higiene y la alimentación adecuadas; la disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; la educación religiosa y moral; el trabajo; y el sistema celular dulcificado. Fue así que en la cárcel de Walnut Street Jail, en Filadelfia, se realizó el primer ensayo de un régimen celular diurno y nocturno.

No debemos olvidar que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las deficiencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por Beccaria, la cual abrió el periodo humanitario individualista.

Por otra parte, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, considerado en Alemania como el padre del Derecho Penal moderno, siguiendo en esencia las doctrinas de Kant, crea el criterio de que la pena es una *coacción psicológica*, dando así nacimiento a la teoría de la *prevención general*.

Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia de la ley penal para calificar de delito un hecho, e imponer una pena, es a él a quien se le atribuye la paternidad del principio "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*", aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.

Asimismo Giovanni Carmignani, autor de los "*Elementos de Derecho Penal*", así como de la *Teoría della leggi della sicurezza sociale*, publicada en 1831, decía que la pena política encuentra su fin en la defensa mediante la *intimidación, para* evitar delitos futuros.

La pena tiene un carácter *intimidatorio* y por lo tanto, su fin es la *prevención del delito*. La prevención puede ser *especial*, como lo sostiene Grolmann, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, *general* cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos.

En tanto que tras un breve restablecimiento y haciendo un recuento la picota se suprime en 1789, y en Inglaterra en 1837, los trabajos públicos, que en Austria, Suiza y parte de los Estados Unidos de América, hacían practicar en plena calle o en el camino real, esto se suprime a finales del Siglo XVIII, sólo el látigo seguía manteniéndose en cierto número de sistemas penales (Rusia, Inglaterra y Prusia). De esta manera el castigo tendrá, que convertirse en la parte oculta del proceso penal, y olvidar los fuertes castigos que se imponían, así, la ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia, El cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien.

#### **2.1.4.- Periodo Científico.**

Este período, hace perder todo sentido a la idea de la pena como sufrimiento. Gracias a la irrupción de las ciencias penales. Se empieza a estudiar la etiología de la delincuencia. Se considera al delito como una manifestación de la personalidad del delincuente, por lo que se hace necesario el estudio de todas aquellas causas que influyen para la comisión de los delitos.

La pena no tiene ya un fin puramente retributivo, sino un fin de protección social que se logra a través de medios de corrección, intimidación y eliminación; por lo que se hace necesaria la individualización de la pena, es decir, la adecuación de la pena a la persona del delincuente, por ello, previo a la determinación de la pena debe practicarse un estudio biológico a la personalidad del delincuente, para de esta forma poder determinar el tratamiento adecuado, tendiente a su Readaptación Social, que no podrá conseguirse a través del recurso Psicológico del medio, sino por el contrario, a través del procedimiento científico de la reeducación del infractor.

La Readaptación y Corrección del delincuente son el fin de la pena en este Período. De este modo se llega al momento en que, de manera acertada no se considera ya la pena como un castigo, sino que a través de ella se busca que el delincuente, quien se considera como un ser socialmente desadaptado, se readapte y pueda volver a vivir en sociedad.

A partir de Beccaria, a quien erradamente se le señala como un clásico, comenzó a cobrar auge en Europa el estudio del Derecho Penal. En esta etapa se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto del delincuente. Considera que el castigo no basta, por humanizado que



sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el por qué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En la pena estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa interna y externa.

Con relación a la función de la pena se suman Manuel Kant, Stahl, Federico Hegel, Bauer y otros, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, propugnaron diversos criterios. Teorías que ven en la pena una *retribución*, sea éste de origen divino moral o jurídico.

Entre éstas destaca la posición de Manuel Kant, para quien el *deber de castigar* el delito, es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del *ius puniendo*, careciendo por ello la pena de un fin concreto, ya que se impone por el simple hecho del delito; en síntesis, es la expresión de la justicia al *retribuirla al mal* inferido con el delito.

Federico Hegel sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el estado, persigue un orden *aparentemente* alterado por el delito, por ello la infracción a la ley penal es *negación del derecho*, y como la pena viene a instaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la negación de la negación del Derecho.

Ahora bien, Feurerbach elabora su teoría de la *coacción psicológica*, en la que nos dice que *"la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación, para que los individuos se abstengan de cometer delitos"*.

### **3.1.- ANTECEDENTES EN MÉXICO.**

#### **3.1.1.- Época Precolombina.**

Durante esta época quienes aplicaban las penas era el gran sacerdote, se sabe que aplicaba las penas consistentes en palos, tormentos o la muerte, las cuales eran ordenadas y ejecutadas sin contemplación.

Entre los aztecas, las leyes de caracterizaban por su estricta severidad, entre las penas existentes se encontraba la lapidación, el descuartizamiento, la horca y la muerte a palos o a garrotazos, y aún cuando las cárceles no tuvieran ninguna significación, también existía la pena de la pérdida de la libertad. También en el pueblo de los tarascos, existía la pena de muerte y en los delitos como adulterio, la pena era impuesta no solo al adúltero, sino que esta trascendía a toda su familia.

En cuanto al pueblo maya, el traidor a la patria se le castigaba con la pena de muerte, y existían también otras penas como la lapidación, si bien existieron algunas diferencias en cuanto a los delitos, por lo que se aplicaba, así como la forma de ejecutarla, se puede afirmar que fue común a todas las culturas en la antigüedad.

A decir del penalista español Eugenio Cuello Calón, la historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad. En nuestro país esta práctica no ha sido la excepción. Desde la época prehispánica este castigo fue implementado para la población que violara ciertos preceptos claramente establecidos.

En la sociedad mexicana el ejercicio de las armas era obligatorio para todos los jóvenes, los cuales se instruían en el *Calmécac*, por traición al soberano se

aplicaba la pena de muerte, en el caso de estos jóvenes, por medio del descuartizamiento.

La práctica penal azteca era severa y cruel para nosotros. Una de las principales razones para aplicar la pena de muerte era el adulterio, el cual era penado mediante machacamiento de cabeza entre dos piedras; en cambio la embriaguez de jóvenes de ambos sexos podía ser castigada con pena de muerte por garrote. Los tlaxcaltecas como los aztecas utilizaban este recurso, a diferencia de los mayas que no aplicaban formalmente la pena de muerte.

### **3.1.2.- Aztecas.**

Entre las fuentes del conocimiento de esta cultura se cuentan con los códices, entre los cuales sobresale el precortesiano Código Mendocino, de este se puede advertir que entre las características del Derecho Penal Azteca, destaca:

- Dividieron a los delitos tomando en cuenta el bien jurídico tutelado.
- La cárcel era poco común, generalmente servía por breves periodos, se asemejaba a jaulas de madera, donde se exhibían a los delincuentes provisionalmente mientras se les aplicaba la sanción a la que se habían hecho merecedores.
- La pena de muerte fue la sanción más común.
- Las penas tenían el carácter de trascendentales, se extendieron a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.
- Autores y cómplices de los delitos recibían el mismo castigo, sin distinción

alguna.

- El derecho penal de los aztecas fue el primero que en parte se traslado de la costumbre al derecho escrito.

El derecho penal precortesiano se caracterizó por su crueldad e injusticia. Tal situación tenía explicación: el poder absoluto concentrado en el rey y un grupo de privilegiados, se valía de las atroces formas de represión con el objeto de mantener su despótica imposición sobre la masa popular.

### **3.1.3.- Época Colonial.**

Con el inicio de la Conquista de América el poder civil y religioso que se estableció tuvo que hacer frente a aquellas conductas que atentaban contra el orden y gobierno de los territorios anexionados. De esta forma, los conquistadores y los tribunales civiles y eclesiásticos comienzan a dictar sentencias donde se aplicaban todo tipo de penas, tanto para indígenas como para occidentales.

Durante los primeros años de la Colonia se han padecido ciclos de inseguridad y violencia derivados de la impunidad de la época, independientemente que se tengan pocas evidencias del secuestro se tienen antecedentes de delitos de raptó y un sin numero de desapariciones de personas sin que fueran castigados dichos delitos, así mismo el derecho castellano se trasplanta íntegramente a América, aunque de una manera paulatina va surgiendo el Derecho indiano como tal, quedando el primero de ellos como supletorio del segundo. Desde 1614 estas normas sólo regían en América cuando eran expresamente aprobadas con tal fin o

así lo disponía el Consejo de Indias. Además, debemos tener presente que, en materia de Derecho privado, penal y procesal. Se legisló muy poco para Indias, con lo cual las leyes castellanas ejercieron, en este caso concreto, una función supletoria de las indianas muy importante y duradera.

Derecho penal castellano se basaba ante todo en las Partidas de Alfonso X aunque los Reyes Católicos legislaron mucho sobre el mismo, llegando a crear dos instituciones básicas para su aplicación, la Inquisición (1478-80) y la Hermandad Nueva o Santa Hermandad (1476), pasando la primera de ellas a América.

Entre las diversas penas a imponer por los distintos delitos era muy común la aplicación de la máxima sanción: la muerte. Ello ha llevado a algún autor a definir el Derecho penal de la época como «heterogéneo, caótico, generador de desigualdades, riguroso, cruel y arbitrario, es decir, un Derecho inculto y ciegamente represivo. Los sistemas de ejecución de la pena capital eran variados, y cada uno de ellos podía aplicarse de distintas formas. No obstante, se puede hablar de tres tipos principales: horca, decapitación o degucillo y hoguera.

La hoguera se solía aplicar para delitos de carácter religioso, sexual y monedero falsos (falsificación de moneda). Los otros dos sistemas se ejecutaban para otro tipo de delitos, teniendo siempre muy presente que la horca se consideraba Infamante y por tanto se destinaba a los plebeyos. Mientras que la decapitación se reservaba para la nobleza.

#### **3.1.4 - Época Revolucionaria.**

En la época de la Revolución Mexicana la pena de muerte fue una práctica constante, de tal modo que no se puede dar cuenta de su aplicación, modalidades y procedimientos, pero vale la pena remarcar que en 1916 Venustiano Carranza decretó aplicarla a toda persona que impidiera la ejecución de los servicios públicos bajo la consideración de traición a la patria. Es decir, revivió la Ley del 25 de enero de 1862, "aunque no llegó a aplicarla".

Al elaborarse la Constitución de 1917 en el artículo 22 se incluyeron explícitamente algunas consideraciones en torno a las penas que puede imponer la autoridad judicial.

En lo relativo a la pena de muerte se prohibió para delitos políticos pero se mantuvo para "el traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con premeditación, alevosía y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, a los de piratería que defina la ley, y a los reos de delitos graves del orden militar".

Un caso emblemático del periodo revolucionario es el del General Brigadier Felipe Ángeles, notable militar de carrera que abandonó el Ejército Federal para incorporarse a las filas de la Revolución Mexicana, Al lado de Villa enfrentó al ejército huertista. Al distanciarse de Carranza se exilió en Nueva York, donde conformó un círculo muy compacto de opositores al régimen. Su regreso al país en 1919 puso en alerta al gobierno carrancista, pues se supuso que regresaba para apoyar nuevamente a Villa.

Fue capturado en la sierra de Parral, Chihuahua, y e) General Manuel M. Diéguez convocó a un Consejo de Guerra Extraordinario. La defensa cuestionó su trato

como militar en activo, aduciendo no tener un nombramiento oficial, pues había sido dado de baja del ejército por el general Aureliano Blanquet cuando fungió como secretario de Guerra en el gobierno de Victoriano Huerta. Fue fusilado el 25 de noviembre de 1919, acusado del delito de rebelión.

Entre otros muy importantes, dos acontecimientos marcaron el periodo presidencial de Plutarco Elías Calles, la Guerra Cristera generada por las dificultades suscitadas entre el gobierno y la iglesia católica, y la sucesión a la primera magistratura a cargo del General Álvaro Obregón, quien en su intento de reelección originó una ola de sublevaciones militares. En ambos casos, se recurrió a la pena de muerte para castigar a los alzados, a los cristeros en condiciones de guerra, y a los generales Francisco R. Serrano y Arnulfo R. Gómez y sus hombres como militares sublevados.

Conforme se fue consolidando el régimen revolucionario y se estabilizó el país, las sublevaciones disminuyeron hasta desaparecer, de ahí que no se requiriera apelar a la pena de muerte como castigo ejemplar, sin embargo, en el Código de Justicia Militar se mantuvo vigente Según consta en la exposición de motivos de la iniciativa para la derogación de este castigo, presentada por el ejecutivo el 17 de marzo del año en curso, la última ejecución sumaria efectuada en el país, se llevó a cabo el 9 de agosto de 1961.

### **3.1.5.- México Contemporáneo.**

No hay que perder de vista que durante la historia de México siempre se ha consagrado la pena de muerte en la Constitución, reflejando con ello la vocación a

la pena capital que muestran las grandes vertientes tanto étnicas como culturales que profesaron en su tiempo la Náhuatl o Mexica y la Española, las más crueles y sanguinarias.

En el artículo 22 de la Constitución de 1824 se establecía:

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer con la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros mas que al traidor a la patria en la guerra extranjera, asaltador de caminos, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja.

En años posteriores a la constitución de 1857, durante el gobierno de Juárez se continuó aplicando la pena máxima, en este sentido, la crítica del jurista es contundente por la amenaza que prevalece en la misma constitución desde años atrás.

El Código Penal de 1871 preveía la pena de muerte en su artículo 92 fracción X, durante la época de Porfirio Díaz se llevo a cabo dicho castigo de modo que la represión fue una de las características del régimen del General.

Cuando estalló la Revolución Mexicana; no solo se desencadenó (a violencia, si no que dicha pena pervivió en la letra y en la práctica. En 1916 Venustiano *Carranza* decretó aplicarla a quienes incitarán a la suspensión del trabajo de empresas destinadas a prestar servicios públicos.

La muerte violenta de Álvaro Obregón en 1928 y la ejecución de su asesino León Toral, meses mas tarde, influyeron en el panorama jurídico político de México, por o que encontró que tenía que erradicarse la violencia de tantos años dejando de



incluir de la pena de muerte en los códigos penales.

Hasta 1929, durante el mandato de Emilio Portes Gil, el castigo máximo desapareció del catálogo de penas en el código penal de ese año y así sigue en nuestra Carta Magna y códigos que nos rigen actualmente.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.-**

### **CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL Y EL DELITO.**

#### **2.1.- Escuelas del Derecho Penal.**

##### **2.1.1.- Escuela Clásica.**

El nombre de Escuela Clásica fue dado por los positivistas al movimiento jurídico filosófico. Francisco Carrara (nacido en el año 1805 en Lucca, Italia) fue profesor de Derecho Penal, escribiendo su "*Programa del Curso Criminal*", obra en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica, expone el contenido de la ciencia del Derecho Penal, trazando líneas y directrices que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

Los clásicos se empeñaron en estudiar el Derecho Penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto. Así, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes:

- a) Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el *lógico abstracto*.
- b) El delito se contempla no desde el punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley.
- c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la *imputabilidad moral y en el libre albedrío*. Sólo puede responsabilizarse a una persona

cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su *culpabilidad moral*.

Como escribe Puig Peña: "*el que niega el libre albedrío "no puede justificar el Derecho Penal"*"<sup>7</sup>

- d) Si el delito es un ente jurídico, la pena, tiende a conservar el orden legal, es una *tutela jurídica* que lo restaura cuando se le altera

Resultan notables además, las obras de Grolmann, Bentham, Roedor, Renazzi y Rossi, a quienes se denomina *clásicos*, queriéndose significar con ello, su pertenencia a un movimiento jurídico filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas.

El mérito indiscutible de la Escuela Clásica, radica en haber estructurado una ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo, determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema.<sup>8</sup>

La doctrina del Derecho penal tiene otra cúspide importante en el siglo XIX, en la que destaca Francesco *Carrara*, quien respecto al estado de inocencia expresó: El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice: "*Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad(...) con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón*".

---

<sup>7</sup> Curso de Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 1960. pp. 81-82

<sup>8</sup> PAVÓN VASCONCELOS Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, pp. 67-68. Ed. Porrúa, 16ª Ed. 2002.

### **2.1.2. La Escuela Positiva.**

Al contrario de la Escuela Clásica, la Escuela Positiva tuvo una existencia real como un grupo de hombres que se agrupaban con otros intelectuales que hacían de Lombroso un jefe y una doctrina de sus reconocimientos.<sup>9</sup>

César Lombroso cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Escribió 'L'uomo delinquente' en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico para determinar los factores que producen el delito, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo.

Con motivo de los estudios realizados por César Lombroso, quien fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir influencia decisiva en las legislaciones penales de principios del siglo XX.

En la llamada Escuela Positiva Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso.

Ferri rotula como 'delincuente nato' al 'Uomo delinquente' de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

---

<sup>9</sup> PESET José. Lombroso y la Escuela Positivista Italiana. Madrid, España 1975. p. 13

Para Enrico Ferri, la Escuela Positiva consiste en lo siguiente: *"estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adoptar jurídicamente las variadas causas que lo producen, los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces"*.

Enrico Ferri nos dice en su obra máxima "Sociología Criminal" publicada en 1881, el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, contiene los principios básicos en que se apoya esta escuela: *"estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a la varias causas que lo producen los diversos medios, que por consiguiente serán más eficaces"*.<sup>10</sup>

Rafael Garófalo, influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del *delito natural*. Nace como una reacción a los excesos jurídicos de la Escuela Clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

Destaca Garófalo en su trabajo titulado *Della mitigazioni della pene nei reati di sangue*, la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser apoyado más tarde, con amplitud, al sostener la *peligrosidad* del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito.

La pena para los positivistas no es una tutela jurídica sino *un medio de defensa social* cuya medida, como lo había ya precisado Garófalo, la constituye la

---

<sup>10</sup> FERRI Enrico. Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal. Centro Editorial Góngora, Madrid, 12ª ed. 1987, p. 76

*peligrosidad* del delincuente.

Ferri apoyándose en la doctrina expuesta por Garófalo escribe "*El Nuovi Orizzonti del Dirítto Pénale*", en el que, afiliándose al criterio de la *prevención especial* de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella.

Ya mencionamos que la Escuela Positiva Italiana (finales del siglo XIX), Garófalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque su tesis admite que no conviene condenar al imputado anticipadamente, pues debe tener oportunidad de demostrar la inocencia. De igual manera, Enrico Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual.

Dentro del positivismo citaremos también otras posiciones, como las escuelas alemanas (Von Liszt y su positivismo criminológico, y Binding y su positivismo jurídico).

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó 'gesante Strafrechtswissenschaft' (ciencia total del derecho penal), en la que incluye al derecho penal de fondo, derecho procesal penal, la criminología, política criminal, entre otras ramas.

Para Von Liszt el derecho penal es 'la carta magna del delincuente'. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra

ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley. Adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo.

Los alemanes en el siglo XIX lo denominaban derecho positivo; Hans Kelsen es el máximo representante del *positivismo lógico*, él llega a la conclusión de que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente, es una *ciencia normativa*, la cual, para mantenerse dentro de los límites científicos, aspira librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, de juicios que no sean normativos, construyendo así la Teoría Pura del Derecho.

Kelsen nos dice que el positivismo jurídico es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como derecho al derecho positivo, esto es al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Es decir, es un conjunto de normas puesta por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter a la humanidad al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.

No obstante lo anterior, el positivismo de Ferri no llega al extremo de pretender disociar al hombre de su acto, aun cuando por razones distintas, la idea fundamental de que el ser humano debe ser responsabilizado por los actos que realiza, siempre tomando en cuenta que es imposible aislarlo de la sociedad que lo rodea, la cual pone en juego los factores deterministas que producen las consecuencias de actos antisociales.

El positivismo, en el campo del Derecho Penal puede decirse que sustrajo el concepto de la culpabilidad de la teoría del delito, para colocarlo en el estudio relativo al delincuente. Es así que Ferri en su publicación de 1878 en su obra "*La teoría de la imputabilidad y la negación del libre arbitrio*", trató el problema ya no desde un punto de vista lógico-abstracto, sino utilizando las disciplinas que estudian los hechos sociales y psíquicos, siguiendo métodos de observación y experimentación.

El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

Como crítica y replanteamiento de los postulados del positivismo surgen nuevas ideas que pueden incluirse dentro del positivismo idealista, que dice que: "*la libertad humana existe y se entiende como libre arbitrio, pero no "puede fincarse solamente en ella el concepto de la culpabilidad por los hechos "que se realizan, porque la necesidad y el determinismo tienen marcada "influencia en la forma del comportamiento humano"*."

En síntesis, los principios básicos de esta Escuela son:

- a) Combatiendo el método abstracto, por el que propugnó Carrara, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el *método experimental*, propio de las ciencias causales explicativas;
- b) El delito no es un *ente jurídico*. Según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno *natural*, producido por el hombre dentro del seno social,



por ello debe vérsese no como una creación de la ley; sino como algo con vida independiente de la misma

- c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el *determinismo*. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder por igual, del hecho delictuoso ejecutado.

La Escuela Positivista es netamente determinista, es decir, una serie de circunstancias físicas o sociales llevarán al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá.

Sin negar al positivismo una influencia notable en todos los sistemas posteriores y especialmente en los códigos de los países de habla española, debe atenderse que la crítica más profunda que se le formula que consiste en que se le imputa haber mezclado una *ciencia causal-explicativa, como la criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el Derecho*, produciendo con ello un resultado negativo, ya que los fenómenos sociales entre ellos el delito, no pueden justificarse únicamente con los procedimientos deterministas: la ciencia misma del Derecho Penal, que como ciencia normativa, cultural, finalista y sancionadora, quiere ser sometida a los cartabones del determinismo, lo que en realidad es un esfuerzo imposible.

Dentro del positivismo podemos citar también otras posiciones, como las escuelas alemanas (Binding y su positivismo jurídico).

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal lo que viola es la norma prohibitiva u

ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

Por su parte Norberto Bobbio distingue tres aspectos del positivismo jurídico a saber: El primer aspecto o modalidad del positivismo jurídico, el autor lo llama *positivismo jurídico metodológico*, porque consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Lo llama También positivismo jurídico en sentido estricto.

En segundo término, Bobbio identifica un positivismo jurídico como *reo/va del derecho positivo*, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

Por último el positivismo jurídico según Bobbio existe también como una *determinada ideología*, que como tal, enarbola una o ambas afirmaciones -je dicen, "*que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho 'positivo, sin importar su contenido'*", esto es, al margen de su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral con que se lo enjuicie, es siempre un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

Asimismo, al positivismo siguieron las llamadas Tercera Escuela y la Escuela de la Política Criminal, así como las tendencias que se incluyen bajo la denominación de eclécticas.

Por lo que toca a nuestro país, debemos resaltar que la filosofía positiva de Augusto Comte, fue traída a México por Gabino Barreda, y que ésta fue el principal instrumento de polémica ideológica de que se sirvieron los positivistas mexicanos en su lucha contra las doctrinas con las cuales se enfrentaron. Del

comtismo, surgieron los principales conceptos utilizados por los positivistas de México.

Augusto Comte es el exponente de la burguesía que había alcanzado su máximo desarrollo después de triunfar en la revolución francesa. Esta clase se encontraba con otros grupos que esgrimían las mismas ideas contra los viejos poderes libertad, igualdad y fraternidad.

El instrumento ideológico de que se sirvió el maestro mexicano fue el positivismo. Barreda aprovecha para establecer el pensamiento positivista en los planes de estudio, que básicamente se apoyan en una enseñanza científica, ya que el positivismo considera que la ciencia y sus aplicaciones permitían reformar a la sociedad.

Durante el gobierno del presidente Juárez, Gabino Barreda impulsa la reglamentación de la educación media superior a través de la Ley Orgánica de Instrucción Pública para el Distrito y Territorios y se crea en 1867 la Escuela Nacional Preparatoria (ENP), considerada como el más sólido cimiento de la enseñanza superior.

### **2.1.3.- Escuelas Eclécticas.**

Al positivismo siguieron, destacadamente las llamadas Escuelas Eclécticas quienes aceptan y niegan postulados, tanto de la escuela clásica como de la positivista y excepcionalmente aportan algo propio y significativo. Las principales son: la tercera escuela, la escuela psicológica y la escuela técnico-jurídica.

## 2.2.- TEORÍA DEL DELITO.

### 2.2.1.- Concepto de delito.

El delito, a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración *jurídica*, objetiva o subjetiva la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones surgidas entre el *hecho humano* contrario al orden ético-social y su estimación legislativa.

Para Franz Von Liszt el delito "*es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena*".

Ernesto Von Belign lo define como "*la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad*".

Los clásicos elaboraron dentro de la Escuela Clásica, varias definiciones del delito.

Para Carrara el delito no es un "hecho" sino un "ente jurídico", esto es, una infracción a la ley penal, una contradicción entre la conducta y la ley. Carrara con su concepto de "ente jurídico", distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes. Lo consideró como "*la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*".

Es oportuno destacar de esta definición, que el delito es una *violación a la ley*, dictada precisamente por el Estado, separando la esfera de lo jurídico de aquellas pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre precisando su naturaleza penal, pues esta ley se dicta considerando la *seguridad de los ciudadanos*.

Rafael Garófalo lo define como *"la violación o lesión de aquella parte "del sentido moral, que consiste en la violación de los sentimientos altruistas de "piedad y probidad, en la medida medía indispensable para la adaptación del "individuo a la colectividad"*.

Edmundo Mezger lo considera una *"acción típicamente antijurídica y "culpable"*.

Claus Roxin precisa la existencia en la dogmática del Derecho Penal de un acuerdo en lo relativo a que toda conducta punible *"supone una acción "típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de "punibilidad"*.

Para llegar a la concepción moderna de las estructuras fundamentales del delito, llamadas comúnmente *elementos* del mismo, hubo que pasar largo período, en el que poco a poco destacados juristas alemanes aportaron valiosas contribuciones.

Así, el concepto de *acción* aparece en el Manual de Berner (1857); la aceptación de la *antijuridicidad objetiva*, surge con independencia de la culpabilidad en los estudios de Von Ihering llamado *"El momento de la Culpabilidad en el Derecho Privado romano"*. Posteriormente surgen la *Teoría re/ delito* de Ernst Beling en 1906 y en 1930 surge la *"Estructura del concepto 'de culpabilidad"*.

La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz V. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la teoría final de la acción.

Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: *"Delito es el acto "típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas "de penalidad,*

*imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*", en forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

En la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: *la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.*

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los elementos esenciales del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos.

Por tanto en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay *conducta*; luego verificar su amoldamiento al tipo legal *:deidad*; después constatar si dicha conducta típica está protegida por un justificante y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la *antijuridicidad para* en seguida investigar la presencia de capacidad intelectual y volitiva del agente *la imputabilidad*, y finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obro con *culpabilidad*.<sup>11</sup>

Cabe advertir que la *imputabilidad* es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo. En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; esta oposición presenta dos

---

<sup>11</sup> CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 1997, p.

aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada antijuridicidad, porque el hecho en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo.

La punibilidad, es el merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, ya que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

Para Rodolfo Monarque Drena el delito se compone exclusivamente de los siguientes elementos: *Conducta típica, antijurídica y culpable*. Según su criterio sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y las condiciones objetivas de la punibilidad son elementos del delito, sino consecuencias del mismo.

La moderna doctrina jurídico-penal establece que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración.

En algunos Códigos se ha pretendido dar una definición de delito como en el del Distrito Federal de 1931<sup>12</sup>, el cual señala: *acto u omisión que sancionan las leyes penales* (artículo 7). Tal concepto es puramente formal cuando se caracteriza por la amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos.

En efecto, el artículo 7 precisa el acto u omisión como formas de expresión de la *conducta* humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el *resultado*, integrando así *un hecho*.

De éste se desprende que el delito es *la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible*.

---

<sup>12</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Aunque varía según la particular concepción del delito, si se habla de un criterio pentatómico, se considera que sus elementos integrantes son: a) *una conducta o un hecho*; b) *la tipicidad*; c) *la antijuridicidad*; d) *la culpabilidad* y e) *la punibilidad*.<sup>13</sup>

## **2.2.2.- Elementos del delito.**

### **EL OBJETO.**

La doctrina distingue entre *objeto jurídico* y *objeto material*.

El primero es "*el bien jurídico tutelado a través de la ley penal "mediante la amenaza de sanción"*". Puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico.

El *objeto material* es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva.

### **EL HECHO COMO DELITO Y COMO ELEMENTO DEL DELITO.**

El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social.

Pannain nos refiere que, "*es un hecho jurídico que se encuentra "comprendido dentro de la categoría de los hechos jurídicos realizables en el "mundo exterior"*".

Jiménez de Asúa prefiere la expresión *acto*, ya que considera conveniente no hablar de hecho, en virtud de que resulta éste demasiado genérico.

Desde el punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo. A tal proceder se suma en algunos casos un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, el cual al encuadrar en la hipótesis legal, se dice resulta típico, por tanto; primero existe la conducta o el

---

<sup>13</sup> PAVÓN VASCONCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. p. 189



hecho y después la tipicidad, por último determinar la integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO.	
INSTANTÁNEOS.	Aquellos que se consuman en un momento. Se agotan
INSTANTÁNEOS CON EFECTOS	Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencia nocivas.
PERMANENTES.	También denominado continuo o sucesivo. Por sus características se le puede prolongar en el tiempo. Es decir, cuando todo los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.
NECESARIAMENTE PERMANENTES.	Es aquél que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente.
EVENTUALMENTE PERMANENTES.	Sucede cuando no se requiere la permanencia de la consumación, pero ésta puede darse en forma eventual.
ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES.	Diversos autores niegan existencia a esta clase de delitos, ya que éstos son por su naturaleza instantáneos y en forma eventual permanente o necesariamente permanentes.
FORMALES.	En el delito formal, se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo.
MATERIALES.	De resultado o materiales. En los delitos de resultado, el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo.
DE LESIÓN.	Son aquellos los que consumados, causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.

DE PELIGRO.	Aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean una situación de peligro, o sea un resultado perjudicial.
-------------	--

Así, partiendo de la terminología aceptada y teniendo al hecho como género en los delitos que requieren, con relación al tipo un resultado material, estimamos elementos del mismo como son: *la conducta, el resultado y el nexo de causalidad*, existente entre el primero y el segundo.

La conducta como género, cuando por sí integra el elemento del Delito

#### **ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.**

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Conducta	Ausencia de conducta o de hecho.
Tipicidad	Atipicidad.
Antijuricidad	Causas de justificación.
Punibilidad	Excusas absolutorias.
Culpabilidad	Inculpabilidad

#### **CONCEPTO DE CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL HECHO.**

El término genérico, como elemento del hecho, es *la conducta*, se entiende tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus formas de expresión.

Para el maestro Francisco Pavón Vasconcelos la acción es "*el 'movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria para la 'consecución de un fin,*

*pero a este concepto no se alude el resultado de dicha forma de conducta ya que no forma parte de la acción, sino que es parte del 'lecho estimado como elemento objetivo del delito'.<sup>14</sup>*

Con referencia a la acción en sentido estricto, el maestro Cuello Calón, afirma que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un determinado, constituida por actos voluntarios.

Para Mezger, la acción se encuentra con tres elementos: *"un querer 'del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y 'el hacer"*.

## **FORMAS DE CONDUCTA.**

**La acción.** Consiste en la conducta positiva, expresada mediante *"un hacer, una inactividad, un movimiento corporal voluntario con una "finalidad específica que viola una norma prohibitiva"*.

**Elementos de la Acción.** Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado.<sup>15</sup>

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: *un acto de voluntad y una actividad corporal. Para Mezger la acción se encuentra con tres elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el*

---

<sup>14</sup> PAVÓN VASCOLNCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 16ª Ed. Edit. Porrúa. 2002. pp. 226,227

<sup>15</sup> PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 14ª Ed. Edit. Porrúa. México, 1991. p. 34

*querer y el hacer.*

*Para Porte Petit como ya mencionamos en líneas que anteceden, nos habla de conducta o hecho; ya que para él, la primera no incluye un resultado material, con respecto al segundo, abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad, cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.*<sup>16</sup>

**La omisión.** Al igual que en la acción, existe un elemento psicológico en la omisión que es *"una conducta negativa, una inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal, una omisión propia, es un no hacer esperado exigido y esperado por el mandato de obrar y voluntad de omitir el deber de actuar, ya sea de forma dolosa o culposa"*.

**La omisión impropia también denominada comisión por omisión.** Existe la omisión impropia, también denominada comisión por omisión en donde *"se encuentra la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material"*.

Señalamos como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

- a) en la omisión simple se viola únicamente una *norma preceptiva penal*, en

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 79

tanto que en los delitos de comisión por omisión, se violan una *norma preceptiva penal o de otra rama del;*

- b) en los delitos de omisión simple sólo se da un resultado *jurídico*, en los elementos de comisión por omisión, se produce un resultado tanto *jurídico* como *material*, y;
- c) en la omisión simple la omisión es la que integra el delito, mientras que en la comisión por omisión, es el resultado material lo que configura el tipo punible.

**EL RESULTADO.** El resultado, en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo natural. Es decir, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar, positivo o negativo como los efectos producidos.

Maggiore afirma que el resultado "*es el efecto del acto voluntario en "el mundo exterior"*", o mejor dicho, "*es la modificación del mundo exterior como "efecto de la actividad delictuosa"*".

El resultado en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar positivo o negativo, como los efectos producidos.

Con lo anterior se precisa que el resultado es un efecto de la conducta, pero

no todo efecto de está tiene tal carácter, sino sólo aquél o aquellos relevantes para el Derecho por cuanto éste recoge dentro del tipo renal.

Por último en relación a este punto, diremos, que el resultado es la "*secuencia* de la conducta y por lo tanto *un elemento del hecho*, cuando el asaltado trae consigo un mudamiento de naturaleza material.

### **EL NEXO DE CAUSALIDAD.**

El hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad. La ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre.

La distinción hecha entre resultado *jurídico* y resultado material nos lleva a precisar en primer término que sólo es propio hablar de nexo causal en relación a aquellas conductas productoras de un resultado *material*.

Es decir, un concepto que supone una referencia, sobre una conexión entre dos procesos; entre "la causa" por un lado y "el efecto" por el otro.

En el Derecho Penal el nexo causal es la relación existente entre la conducta y el resultado, mediante el cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa.

Maggiore manifiesta que en el concepto de acción se sugiere la idea de una relación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, puesto que por aquella se entiende un hacer o un no hacer que producen un cambio en el

mundo exterior.

Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser incriminado si existe un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*).

## **TEORÍAS MÁS IMPORTANTES SOBRE LA CAUSALIDAD SEGÚN LA DOCTRINA.**

**Teoría de la Equivalencia de Condiciones.** Esta teoría creada por V. Buri, se conoce como teoría *conditio sine qua non* (*condición*), la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y por tanto, causa de éste. Esta teoría tuvo y tiene una importancia relevante, ya que los llamados correctivos de la *culpabilidad* que son las consecuencias de la teoría para aclarar la responsabilidad mediante el dolo y la culpa, con lo cual dicha responsabilidad queda circunscrita a sus justos límites; y la *prohibición del retroceso* que pretende que ante la actuación dolosa de un tercero se prohíba el retroceso en la sucesión de condiciones causales.

**Teoría de la última condición o de la causa próxima.** Para esta teoría, del conjunto de condiciones recurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado. Desecha, por tanto, el valor causal de las demás condiciones "mediatas", para

otorgarle el título de causa únicamente a la inmediata.

**Teoría de la Condición más eficaz.** Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante. Esta teoría se caracteriza por ser individualizadora y subjetiva, y si bien las condiciones para ella que constituyen antecedentes del resultado son necesarias para su producción, constituyen entre todas ellas, la más eficaz porque es la que mayor potencia impuso en la realización de ese resultado.

**Teoría de la adecuación.** Esta teoría limita los alcances de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, ya que contrariamente a la teoría de la condición conduce a excesivas absoluciones; confunde el problema de la causalidad con el de la culpabilidad ya que cae en contradicciones al querer determinar la previsibilidad.

### **LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO.**

La importancia de precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito es relevante para la solución de diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley penal en los ámbitos *espacial* y *temporal*. Sólo así puede saberse cuando la conducta o el hecho han tenido lugar en el territorio de aplicación de la ley, dando nacimiento a la competencia de los tribunales locales, o cuando la propia conducta o hechos típicos son o no punibles o deben calificarse de antijurídicos o culpables. En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar



en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y ese resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes.

En ocasiones, sin embargo, la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando nos encontramos con los llamados *delitos a distancia*, que dan lugar no sólo a problemas de aplicación de la ley penal en función de dos o más países soberanos, sino también dentro del Derecho interno, a cuestiones sobre la determinación de la legislación aplicable, atento al sistema federal mexicano.<sup>17</sup>

#### **AUSENCIA DE CONDUCTA O DE HECHO.**

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Por tanto, insistimos que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien, en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen una íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no verificar la actividad esperada.

Es entonces, la ausencia de la conducta uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo

---

<sup>17</sup> CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, 1975. p. 160

problema jurídico.

La moderna dogmática del delito precisa como casos de ausencia de la conducta las siguientes:

- **Vis absoluta.** Se entiende cuando existe una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad. Por ejemplo: en un elevado puente, A empuja a B, y éste a su vez por el impulso golpea a C quien cae al precipicio y muere. Cuando el juez analice cada uno de los elementos del delito, determinará que existe ausencia de conducta por una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano.
- **Vis mayor.** Cuando se habla de ausencia de conducta por *vis mayor*, entendemos que existe una fuerza proveniente de la naturaleza. Por ejemplo: al ir conduciendo X un automóvil, ocurre un terremoto que hace que golpee el carro de Y dañándolo. Igualmente en este caso, hay ausencia de conducta, ya que no existió voluntad en X de realizar movimientos que dañaran al automóvil de Y.
- **Movimientos reflejos.** Son causa de ausencia de conducta, porque al igual que en las anteriores, tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo, se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del

sujeto; los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

- El sueño. En relación con el sueño según las investigaciones y la opinión de autores se han inclinado por catalogarlo como un aspecto negativo de la imputabilidad, algunos autores consideran más certero clasificarlo como ausencia de conducta. Se dice que en este estado se dará la voluntad del sujeto por estar dormido, no tiene dominio sobre sí mismo, el sueño es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo, pero se llega a la determinación que el sueño es una ausencia de conducta.
- El hipnotismo. Es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales, y encontramos en el hipnotismo, varias hipótesis sobre la voluntariedad del sujeto para realizar una conducta delictiva.
- El Sonambulismo. es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar

recuerde algo, algunos autores consideran al sonambulismo dentro de las causas de inimputabilidad, sin embargo, se consideran dentro de las causas de ausencia de conducta por no existir voluntad del sujeto.

- Los actos reflejos. Son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada por un estímulo fisiológico corporal, sin la intervención de la conciencia, que pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento.

### **TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**

Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. En la descripción legal de un delito, la figura delictiva creada por el Estado a través de una norma jurídica o ley, es la descripción del comportamiento antijurídico. Para que exista el delito no sólo debe existir una conducta, sino que, además esa conducta debe ser típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo, no debe confundirse tipo con la tipicidad, el primero, es el antecedente necesario del delito, es decir su *presupuesto*, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, es el comportamiento que coincide

con el escrito del legislador, es en suma, la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Los tipos suelen construirse por elementos objetivos, subjetivos, y normativos; sin embargo los tipos a veces sólo revisten de referencias de índole temporal, espacial, de ocasión y personal. Además, el tipo contiene un sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del delito.

**Elementos objetivos.** Son aquellos susceptibles de ser apreciados mediante la simple actividad cognoscitiva, cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.<sup>18</sup>

Estos elementos son el indicador de hacer o no hacer, implica un verbo; por ejemplo, privar, obtener, etc.

**Elementos subjetivos** Estos están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.

Los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a la culpabilidad. Es decir, son características propias de la antijuridicidad, pero no son características de la culpabilidad.

**Elementos normativos.** Estos elementos implican un juicio de valor. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo al contenido *juris* del elemento normativo.

Al decir de Mezger son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser

---

<sup>18</sup> PAVÓN VASCONCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 16ª Ed. 2002. pp. 312,313.

determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.

La ley es la única fuente de delitos y de penas (*nullum crimen, nulla poena sine lex scripta*): El principio se concreta como monopolio normativo a cargo del poder legislativo, es decir, la creación de delitos y de penas es monopolio exclusivo del parlamento. En ese contexto, debe entenderse por ley a la ley formal y no material (la ley material puede provenir de cualquier instancia de poder, incluso administrativo o ejecutivo).

Principio de determinación o de tipicidad (*nullum crimen, nulla poena sine lex certa*): Este principio busca concretar la certeza a la que tiende el penalismo liberal y tiene relación con el principio de reserva consagrado por el artículo 16 de la Carta Magna.

Principio de prohibición de retro-actividad (*nullum crimen, nulla poena sine lex praevia*): Indispensable complemento de la tipicidad es la prohibición de retro-actividad con la cual aparece unido el principio de legalidad. La prohibición resulta de la exigencia de la ley anterior al hecho del proceso, contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Principio de interdicción de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sino lege stricta*): Este principio también se vincula con el de tipicidad, indicando a interdicción de la analogía como fuente de delitos y penas, es decir, supone el imperio riguroso de la ley estricta. Debe quedar claro que lo que se prohíbe es el procedimiento analógico como instrumento creador de delitos y de penas en

manos del juez.

Podemos concluir que es la característica que tiene la conducta en virtud de poder ser encuadrada en el tipo penal, a través del juicio de tipicidad, que significa la posibilidad de comprobar que reúne esos requisitos objetivos y se enmarca en los mismos.

### **Ausencia de Tipicidad.**

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de ésta, es un impeditivo de la integración del delito, supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

Hay atipicidad, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Por tanto, *Atipicidad*, es ausencia de la adecuación típica.

Se originan hipótesis de atipicidad cuando:

- La falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- La falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo;
- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste, no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.
- Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de

comisión señalados por la ley, y

- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

## **ANTI JURIDICIDAD.**

La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma de Derecho lesionada.

Algunos autores, siguiendo un criterio que atiende a la ley, argumentan, que se tendrá por antijurídica una conducta adecuada al tipo *cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación.*

Es decir, la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.<sup>19</sup>

Muñoz Conde expresa que la antijuridicidad es un juicio valorativo, de carácter negativo sobre el comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Este autor aduce literalmente: *"para la justificación de una acción no es suficiente que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso además que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado".*

Arturo Rocco sostiene que la antijuridicidad constituye la *nota esencial* del delito, pues por su naturaleza éste, es un *"ilícito penal"*; sin lo antijurídico el delito no

---

<sup>19</sup> JIMÉNEZ HUERTA Mariano. La Antijuridicidad. Imprenta Universitaria, México 1952. p.11



existe, posición que excluye la posibilidad de considerar al injusto como un elemento constitutivo de aquél.

Welzel es contundente al afirmar el carácter *objetivo* de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o el hecho en relación al orden social jurídico y con base a una escala general.

Por tanto haciendo a un lado la voluntad humana, la posibilidad de valorar la conducta (acción y omisión) o el hecho (conducta-resultado) es en virtud de su contradicción con el orden jurídico.

Bettioli estima que la antijuridicidad es una valoración hecha por el juez respecto al carácter lesivo del comportamiento humano, poniendo en relación el hecho y su valor, lo cual implica la adopción de un criterio rigurosamente objetivo.

Ahora bien, los *subjetivistas* parten de la teoría de los imperativos *que*, como es sabido tiene un origen kantiano. El derecho se concibe como una voluntad que como fuerza psicológica actúa sobre la voluntad misma del sujeto, que por lo tanto, está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley.

Por tanto, el núcleo de todo el orden jurídico está constituido por la obligación.

### **Antijuridicidad formal y la Antijuridicidad material.**

Para Franz Von Liszt, a quien se debe la estructura dualista de la antijuridicidad, establece una diferencia entre lo antijurídico formal y material. Para él, la acción es contraria a Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico

Desde el punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a

la sociedad (antisocial).

Para este autor alemán, la lesión o riesgo de un bien jurídico, sólo será materialmente contraria a Derecho cuando esté en contradicción con los fines del ordenamiento jurídico que regula la vida en común.

Para el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, lo *antijurídico* es un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho puto en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

### **Las causas de justificación.**

Las causas de justificación se han estimado vinculadas con el concepto mismo de la antijuridicidad al ser consideradas en su aspecto negativo. Las causas de justificación y desde un punto de vista objetivo son permisiones legales que vulneran normas ya prohibitivas o bien permisivas, que contienen mandatos de hacer, por cuanto éstas quedan paralizadas o neutralizadas a virtud de que quien lesiona un bien jurídico, amparado en una causa de justificación, no realiza en su caso particular una acción prohibida: *lo que está permitido no está al mismo tiempo prohibido.*

Las presunciones de legítima defensa tienen su origen en tiempos remotos, concretamente en Las Partidas, debido a la inseguridad reinante en campos y ciudades.

**a).- Legítima defensa.** Es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho. De la noción legal como elementos de la legítima defensa se desprende: la existencia de una agresión; un peligro de daño, derivado de ésta; y, una defensa, es decir, un rechazo de la agresión o contraataque para repelerla.

Dicha agresión, para dar nacimiento a la justificante debe ser real, actual o inminente. El peligro o probabilidad de daño debe recaer en cualquier clase de bienes protegidos por el derecho, tanto del que se defiende como de un tercero a quien se defiende.

Ahora bien, la legítima defensa es inexistente:

- Cuando la agresión no reúna los requisitos legales señalados en el párrafo anterior.
- Cuando la agresión no haga surgir un peligro inminente para los bienes protegidos.
- Cuando el agredido haya provocado dolosamente la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.

Por su parte Enrique Ferri aduce, como caso más frecuente de colisión jurídica, el que responde precisamente al instinto de conservación de la persona, que es la *legítima defensa*, que proviene del instinto de defensa-y que es un impulso natural e irresistible.

El Derecho Penal moderno reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho.

**b). Estado de necesidad.** Es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Algunas leyes romanas, como la *Aquilea* y la *Rodia de jactu*, se refirieron a estados de necesidad, autorizando por ejemplo, los daños a la casa vecina como medio para salvar la propia, así como la pérdida de la mercadería, mediante su abandono en el mar cuando se trataba de evitar el naufragio del barco.

Las Partidas en sus libros 12 y 8 Títulos 15 y 27, respectivamente, recogieron dos casos de estado de necesidad, el primero, el que autorizaba a destruir la casa del vecino para evitar la propagación del fuego que amenazaba a destruir la casa propia. Y el segundo, el apoderamiento de lo necesario, sin mandato del dueño, para calmar el hambre, situación también recogida en el artículo 166 de la Constitución Criminal de La Carolina (1532).

Sin embargo, Carrara ya había intuido la fundamental diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, pues mientras la primera se caracteriza por ser una "reacción" (defensa), la segunda constituye una "acción" que implica *ataque a bienes jurídicos*.

Existe otra diferencia entre ambas justificantes, ésta se establece respecto a la

naturaleza del conflicto, es decir, en el estado de necesidad surge de *intereses legítimos*, esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya conservación hace necesaria la repulsa, sólo existe el interés ilegítimo del agresor.

Jiménez de Asúa precisa también que para integrar el estado de necesidad, la *proporcionalidad* que debe existir entre el daño causado y el valor del bien salvado; esto para no entrar en un exceso *en el estado de necesidad*. Este exceso supone el peligro, pero también la causación de un daño mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actitud *dolosa* o simplemente *culposa* del agente a virtud de su falta de previsión.

En el caso del cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, toda conducta o hecho tipificados en la ley, constituyen situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho romano hasta nuestros días.

Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad pueden derivar:

a).-**De una norma jurídica.** Pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber jurídico.

b).-De una **orden de autoridad**, debiendo entenderse por tal la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado.

**c). Cumplimiento de un deber.** Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, adquieren carácter de licitud.

Dentro de la noción de "cumplimiento de un deber" se comprende por ello tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas, no actúa antijurídicamente el que por razón de su situación oficial o de servicio, está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la licitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.<sup>20</sup>

**d). Ejercicio de un derecho**, como causa de justificación se origina el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado; es decir, debe siempre supeditarse a los procedimientos legales o si queda amparado en la *causa* de justificación el empleo de las *vías de hecho*.

O bien, de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente; es decir, la autorización concedida legalmente excluye la

---

<sup>20</sup> CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano 3ª. Edición 1950, p.100

antijuridicidad de la conducta o el hecho.

El ejercicio legítimo de un derecho, hace preciso, en primer término, la existencia del derecho, dándose éste cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos; y en segundo lugar, que el derecho se ejercite legítimamente, lo cual significa que su ejercicio debe llevarse a cabo en las circunstancias y de la manera que la ley señala.

Bajo este contexto, la ley penal encontró ciertos límites en la justificación, por ejemplo, el llamado **derecho de corrección**.

Mezger opina que, el que tiene el deber de educar, no puede hacerlo a su capricho.

Nuestro Código Penal Federal <sup>21</sup>, en su artículo 295, expresa lo siguiente: "*Al que ejerciendo la patria potestad o tutela infiera lesiones a los 'menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena Correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de 'aquellos derechos'*".

**e). Impedimento legítimo**, el origen de la excluyente aludida es antiguo y encontramos referencia a ella en el Digesto (*de regulisjurís 185*), cuya esencia se sintetiza en la fórmula *Impussibilium nulla obligatio est*.

Esta excluyente se refiere exclusivamente a *conductas* omisivas, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación o incumplimiento constituyen delitos, imponen *deberes jurídicos de obrar o hacer*.

El maestro Raúl Carranca y Trujillo afirman que la mencionada causa de

---

<sup>21</sup> Compilación de Amparo y Penal Federal. Editorial Juárez Carro. 2008. pp. 191-192

justificación se refiere sólo a omisiones nunca a actos, y agrega que tales omisiones han de reconocer una causa legítima.

Esta causa de justificación cuando no se ejecuta lo que la ley ordena, es porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley. no comete delito; lo exime a no dudarlo de responsabilidad la legitimación que motivó su inacción.

**f) Obediencia debida**, la obediencia jerárquica constituye una causa de *inculpabilidad*. Algunos autores la colocan cuando la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, deriva de la propia ley y como hipótesis de obediencia, las siguientes:

## **PUNIBILIDAD.**

Desde el punto de vista *formal*, el concepto del delito puede reducirse a la *conducta punible*, por tanto puede decirse que *"Es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas "jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"*.

La afirmación de que el delito es punible, surge de la afirmación de *que* se trata precisamente de un hecho ilícito, pero la coercibilidad que da lugar al delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad.

Zaffaroni lo expresa gráficamente de la siguiente manera:<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> ZAFFARONI Raúl, Teoría del delito. Ediar Editores. 1973. p. 125



Una conducta es punible	Digna de pena	Por ser típica, antijurídica y culpable (delito)
La pena (coerción penal)	De que es digno todo delito	A veces no se aplica por razones que corresponde estudiar a la misma teoría de la coerción penal, y que nada tiene que ver con la existencia misma del delito.

Al definir el delito expresamos que un concepto sustancial del mismo, solo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal, debe entenderse la conducta o el hecho típico, jurídico, culpable y punible.

La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal que pueden o no presentarse.

En consecuencia, entendemos por punibilidad, *"la amenaza de pena "que el Estado asocia a la violación de deberes consignados en las normas 'jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"*.

Von Liszt, al definir el delito, lo estima un *"acto culpable, contrario al 'Derecho y sancionado con una pena"*. Para Cuello Calón el delito es fundamentalmente *acción punible*, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél.

Bettioli se refiere al delito como al hecho humano lesivo de intereses realmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de *todo* delito,

dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

En contrario, opina Sebastián Soler, quien excluye a la punibilidad de rasgos esenciales. Para el autor argentino, el delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta.

El penalista mexicano Fernando Castellanos, sostiene igual punto de Expresa que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena.

Sabemos que el ordenamiento jurídico, integrante del Derecho Penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la *amenaza* de una sanción penal (pena), mientras que otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o ^aplicación de las primeras.

La Condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad, y para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles. Y para otros constituyen un autentico elemento del delito.

### **Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).**

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas *excusas absolutorias*, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

Son aquellas que eliminan la punibilidad del delito; existen *excusas* en razón de

los *móviles afectivos revelados*, por ejemplo, el delito de encubrimiento entre parientes y personas vinculadas afectivamente, no es sancionable.

Existen también excusas *en razón de la maternidad consciente*, es en la mayoría de las legislaciones del país, no es punible el aborto, o el resultado sea producto de una violación.

### **2.2.3.- Sujetos del delito.**

**Sujeto activo.** Sólo el hombre es *sujeto activo* del delito, él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal.

Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo *autor material* del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor).

El criterio expuesto que ve a la persona humana como único sujeto activo del delito e invoca en su apoyo los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena. En consecuencia, sigue teniendo valor el criterio que limita la responsabilidad de las personas morales al campo del Derecho privado y fundamentalmente al aspecto patrimonial en orden a la inaplicación por cuanto a ellas respecta, del concepto de *imputabilidad*. La persona moral no delinque.

**Sujeto pasivo.** Se conoce por tal, al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.<sup>23</sup>.

El *ofendido* es la persona que resiente el daño. Es un elemento que se conoce generalmente con el nombre de víctima de la infracción. Sin embargo, esta expresión de sujeto pasivo del delito admite dos significados: uno genérico muy amplio y otro más concreto y preciso. Toda infracción ofende a la sociedad y le ocasiona un daño; pero de manera concreta es sujeto pasivo del delito, el titular del derecho o del bien jurídico lesionado.

Atendiendo al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en:

- a) Personales, cuando la lesión recae sobre una persona física y;
- b) *Impersonales*, cuando dicha lesión recae sobre una persona moral o el Estado o la sociedad en general

#### **2.2.4.- Concepto de sujeto agente del delito.**

Según la doctrina, existe una clasificación del delito en cuanto al sujeto.

	<b>ACTIVO</b>
A).-EN CUANTO A LA CALIDAD	a) delitos de sujeto común o indiferente. Permite su comisión por cualquier persona. La ley no destaca algún carácter.  b) delitos propios, particulares, especiales o exclusivos.  Se exige la concurrencia en el sujeto, de una determinada

<sup>23</sup> CUELLO CALÓN Eugenio. Derecho Penal, Decimosegunda edición p. 315

	<p>cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlo</p>
<p>B) EN CUANTO ALAS CONDICIONES DEL SUJETO ACTIVO</p>	<p>a) delitos ocasionales.          cometidos por sujetos de personalidad normal y equilibrada en los cuales se ha superado la dificultad de cometer el delito.</p> <p>b) delitos de hábito.          Cometidos por personas en las cuales se han atenuado las dificultades para cometer el delito y por ello se inclinan a repetirlo.</p>
<p>C) EN CUANTO AL NÚMERO DE SUJETOS ACTIVOS</p>	<p>a).-Individual o monosubjetivo.          Realizados por una sola persona.</p> <p>b) Plurisubjetivo, colectivo, o de concurso necesario.          Los cuales según el modelo legal sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos.</p>
	<p><b>PASIVO.</b></p>
<p>A) DELITOS PERSONALES.</p>	<p>Cuando la lesión recae sobre una persona física.</p>
<p>B) DELITOS IMPERSONALES.</p>	<p>Cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.</p>

## 2.2.5 Concepto de víctima del delito.

Una de las ramas de la criminología tiene por objeto el estudio de la víctima del delito como un factor de la delincuencia por lo que desde mi muy particular punto de vista es hasta en los últimos años en que nuestra legislación se esta preocupando por la víctima del delito ya que anteriormente se preocupaba mas por proteger al delincuente y no a la víctima.

Por otro lado podemos decir que etimológicamente la palabra víctima viene del latín "víctima y con ello se designa a la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio".<sup>24</sup>

El concepto del vocablo víctima apela a dos variedades. "Vincire animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien, Vincere, que representa al sujeto vencido. Y así *victim* en ingles *victime* en francés *vittima* en italiano".<sup>25</sup>

Como definición víctima es la persona que se expone u ofrece a un grave riesgo, y en obsequio de otra, o bien aquella persona que padece daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita.

Víctima es el sujeto que padece un daño por culpa propia ajena o por causa fortuita.

Para Mendelsohn, víctima "es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que esta afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso-físico, psíquico, económico, político o social así como el ambiente natural y técnico".<sup>26</sup>

Desde el punto de vista puramente jurídico una persona es victimizada cuando

---

<sup>24</sup> MATEOS M. Agustín, "Etimologías Grecolatinas del Español", 7ª Ed. Edit. Esfinge, México 1996, p. 402

<sup>25</sup> Ibidem p. 403

<sup>26</sup> Cit por Enciclopedia Jurídica Ameba, Op. Cit p. 1048

cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos.

Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción.

Mendelsohn ha señalado "que un delincuente tiene un solo camino que se le abre, el de infringir la ley. Sin embargo, una víctima tiene por lo menos cinco posibilidades".<sup>27</sup>

Se puede ser víctima de un criminal, de sí mismo por deficiencias o inclinación instintiva; de comportamiento antisocial, individual o colectivo, de la tecnología, y de energía no controlada.

Etimológicamente victimario viene del latín *victimarius*, en su aceptación original es el sirviente de los antiguos sacerdotes gentiles, que encendía el fuego, ataba a las víctimas al ara y la sujetaba en el acto del sacrificio.

En sentido victimológico, victimario es aquel que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima.

Algunos autores utilizan victimizador como sinónimo de victimario.

Resumiendo lo anterior podemos decir que víctima es la persona que resiente o en quien recae el daño, lesión o perjuicios y victimario la persona, quien infringe el castigo a la víctima o quien causa daño a otro teniendo posibilidades de ventaja.

#### **2.2.6.- Concepto de pena.**

Ahora bien es importante señalar que la palabra Pena proviene del latín y que a su

---

<sup>27</sup> Ibidem p. 1049

vez esta nos indica que:

"*POENA*: es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. Disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica. El anterior enunciado separa netamente la pena criminal, como sanción punitiva, de las sanciones ejecutivas, con las cuales se trata de imponer coactivamente la realización de lo establecido en el precepto correspondiente, así proceda tal realización del impedimento de la acción contraria al precepto, de un constreñimiento a la acción prescrita por él, del restablecimiento del *status quo ante* del resarcimiento de los perjuicios causados, de la nulidad del acto viciado o de su inoponibilidad, es decir, del desconocimiento de sus efectos, respecto de terceros, la pena criminal, en cambio, hiere al delincuente en su persona e importa necesariamente un mal que significa una restricción afectiva de su esfera jurídica."<sup>28</sup>

De esta manera a lo largo de la historia se habla de diferentes teorías acerca de la pena. Así tenemos que las teorías de la retribución de la pena responden esencialmente a la realización de la idea de justicia, y un fin en sí misma. La esencia y sentido de la pena es la compensación de la culpabilidad del autor a través del mal que la pena representa. Por otro lado la teoría de la prevención general, la pena no es un fin en sí, sino que tiene un fin, el de combatir el peligro

---

<sup>28</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, 13<sup>a</sup> ed. México 1999. Pág. 3372



de delitos futuros por la generalidad de los subditos del orden jurídico. La pena al amenazar un mal, actúa *tomando* contra impulso sobre la psiquis individual frente al impulso a delinquir, como un freno o inhibición que, en la mente del agente, transforma el delito, de causa de utilidad en causa de daño, induciéndolo a abstenerse del delito a fin de no incurrir en el mal amenazado.

Para las teorías de la prevención especial, el fin de la pena no es retribuir un hecho pasado, sino evitar la comisión de un delito futuro y por el autor del delito ya perpetrado. De aquí que todos estamos necesitados de corrección, es posible que el Estado pueda aplicar el "tratamiento" a sus enemigos políticos, a parte que los "asociales" tradicionales no pueden ser susceptibles de un tratamiento que corresponde más bien a un acto aislado que a una forma de vida.

De esta manera la teoría que más se acerca al principal fin de la pena de la prisión, es la teoría de la prevención especial, ya que en nuestra Carta Magna se establece que se debe seguir la readaptación social del delincuente, mandato seguido por la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados y las leyes locales de ejecución penal.

En tanto que el Derecho Penal Mexicano se sustenta en firmes bases conceptuales e ideológicas, que nos permiten tener mejores elementos para participar, desde nuestras diversas formas, en la evolución de las instituciones políticas de México.

La pena es la consecuencia última del delito, es el castigo que el Estado impone, con fundamento en la ley, al sujeto responsable de un delito. El estudio de la pena corresponde directamente a la criminología, que es la penología.

La pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos, más acordes con las necesidades sociales y con la evolución de la época. De modo que en el pasado se creía que cuanto más cruel era una pena, más eficaz sería, de esa manera la pena fundamental era la pena capital, es decir, pena de muerte, ya que se eliminaba al delincuente, en consecuencia se resolvía el problema desde su origen, es decir, ya no volvería a delinquir. Sin embargo esa medida no es la indicada para erradicar un problema que sabemos no solamente es imponer una medida de seguridad y pensar que el problema está resuelto, ya que el delincuente delinque por razones inherentes a una necesidad, a una carencia económica o a falta de medios idóneos para sobrevivir en su entorno natural.

Por otro lado con la evolución de las ideas penales y pasando por el Renacimiento se asientan las ideas del MARQUÉS DE BECCARIA, con el desarrollo del Contrato Social (Rousseau), basado en obligaciones y derechos es decir, el que delinque se obliga a recibir una pena.

En tal sentido muchas han sido las definiciones que a través de la historia se han dado acerca de LA PENA, así tenemos que para los tratadistas de Derecho Penal las definiciones son:

Para el máximo exponente de la Escuela Clásica que fue Francesco Carrara, el método de estudio de esta escuela fue preferentemente el deductivo, también llamado método lógico-abstracto, sostenía que para el Derecho Penal "el vínculo delito pena, tiene que ser lo que debe ser." <sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> FRANCESCO Carrara, Programa de Curso de Derecho Criminal, dictado en la Real Universidad

Para Edmundo Mezger, "La pena es retribución, esto es, una privación de bienes - jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable es decir, es la - imposición de un mal adecuado al acto." <sup>30</sup>

En tanto que para Bettiol Guisippe, define "La Pena como la consecuencia jurídica del delito, es decir, la sanción previamente establecida para la violación de un precepto legal."<sup>31</sup>

Para Osorio y Nieto, la Pena es "la consecuencia que sufre el sujeto activo de un delito como resultado de la infracción a la norma." <sup>32</sup>

En tanto que para Chichizola, la pena consiste en "Un mal consistente en la privación o restricción de un bien jurídico que impone el Estado, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, al autor responsable de un delito, como retribución por su culpabilidad." <sup>33</sup>

En cambio para Hilde Kaufman, pena significa "Todo mal, que es castigado a causa de un hecho culpable y declarado por la ley como Pena." <sup>34</sup>

Para el maestro Castellanos Tena, "La pena es entendida como, el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico." <sup>35</sup>

"El precepto de que la pena debe ser proporcional al delito, se ha convertido, por

---

de Pisa, Trad. José, Ortega Torres y Jorge, Guerrero, Bogotá. Temis, 1956, 10 volúmenes.

<sup>30</sup> MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, III Tomos.

<sup>31</sup> BETTIOL, Guiseppe, Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, Bogotá, 1965, pág. 635.

<sup>32</sup> OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México 1998, Pág. 306

<sup>33</sup> CHICHIZOLA, Mario. La individualización de la Pena, Ebeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1967, Pág. 41.

<sup>34</sup> KAUFMAN, Hilde. La función del Concepto de la pena en la ejecución del futuro. Nuevo Pensamiento Penal. Año IV, Núm 5, Argentina, 1957, Pág. 21.

<sup>35</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 306.

desgracia, en una fórmula nebulosa. Todos ven en la niebla, todos dicen que existe, pero cuando se trata de ver qué hay dentro de ella, donde la vista de uno descubre un árbol, la de otro ve una torre."

De las definiciones anteriores se advierte que los autores citados solamente establecen un aspecto jurídico, es decir, la pena como consecuencia jurídica de la comisión de un delito, otros se refieren a ella calificándola como un mal, como retribución y de este modo el concepto de la pena ha ido evolucionando.

Aunque en nuestro Código Penal no define a la Pena, podemos afirmar que ésta es, desde luego, consecuencia jurídica de la comisión de un hecho determinado por la propia ley como delictuoso. Sin embargo, aún cuando la creemos necesaria, no es aceptada ya como un castigo, es decir, se reconoce al delincuente como un ser humano.

#### **2.2.7.- Características de la Pena.**

Conforme a lo expuesto hasta ahora, podemos precisar como facultad exclusiva del Estado la imposición de las penas, pues corresponde a él en tanto la determinación de aquellas conductas que constituyen delitos, como la del tipo de sanción, que por ellos debe aplicarse. Por ello es necesario que al imponerse una pena, cualquiera que esta sea, se haga siempre con apego a derecho, garantizado así el respeto a los derechos inherentes del delincuente, pues sólo así podrá atenderse el fin de salvaguardar el orden social para el cual fue creada.

En este orden de ideas, se establece que para que la aplicación de una pena no recaiga en abusos, alejándose así de su finalidad, debe reunir las siguientes

características:

1. Intimidatoria: significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.
2. Aflictiva: debe causar cierta afección o angustia al delincuente, para evitar futuros delitos.
3. Ejemplar: debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.
4. Legal: siempre debe provenir de una norma legal; previamente debe existir la ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad.
5. Correctiva: toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.
6. Justa: la pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.

Es necesario recordar que las escuelas jurídico penales hablaban de la proporcionalidad de la pena: la clásica señalaba que debía ser proporcional al delito, en tanto que la positiva, se refería a la peligrosidad.

### **Clasificación de las Penas.**

Existen diversos criterios bajo los cuales se clasifica a la pena: por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue, y por el bien jurídico que afecta.

Por sus consecuencias tenemos que:

Son reversibles: en relación a la duración del tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior, y las cosas vuelvan al estado en

que se encontraban, por ejemplo, la pena pecuniaria.

Irreversibles: la afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior, por ejemplo, pena corporal o de muerte.

Por su aplicación pueden ser:

Principales: son aquellas que la ley señala específicamente para el delito y que el juzgador debe imponer en su sentencia.

Complementarias: son las que se señalan en la ley, su imposición importa una facultad discrecional y potestativa del órgano judicial, en virtud de tratarse de penas que en caso de imponerse, irán agregadas a otras de mayor importancia y por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias.

Accesorias: son las que sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal; como la interdicción para el ejercicio de las profesiones libres que requieran moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una persona de prisión.

Por la finalidad que persiguen:

Intimidatorias: Se trata de inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir; funciona como prevención.

Correctivas: es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto.

Eliminatorias: También denominadas de seguridad para los criminales incorregibles y peligrosos, a quienes es preciso para seguridad social, colocar en situación de no causar daño a los demás; mismas que pueden ser temporal o parcialmente, como por ejemplo todas las privativas y restrictivas de libertad; y las perpetuas, como la pena de muerte, las de prisión o relegación por todo el tiempo

de vida y el destierro.

Por el bien jurídico que afecta:

La pena capital: es decir, la pena de muerte que afecta directamente la vida del delincuente.

Las penas corporales: causan una afectación directa al cuerpo del delincuente, además de ser rudimentarias y dolorosas. Comúnmente se dice que la pena de prisión es corporal, pero no lo es, sino que se trata de una pena privativa de libertad.

Penas contra la libertad: que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas del mismo como la prisión.

Penas Pecuniarias: implican el menoscabo patrimonial del delincuente, por ejemplo multa, decomiso y confiscación.

Por lo que respecta a nuestro sistema penitenciario, en el Código Penal para el Distrito Federal establece que:

El TÍTULO TERCERO, denominado, consecuencias jurídicas del delito, establecido en el Capítulo I, estableciendo el catálogo de penas y medidas de seguridad y de consecuencias jurídicas para las personas morales:

Artículo 30 (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

I. Prisión;

II. Tratamiento en libertad de imputables;

III. Semilibertad;

- IV.Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
- V.Sanciones pecuniarias;
- VI.Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos".<sup>36</sup>

De esta manera resulta necesario establecer que las medidas de seguridad, son medidas especiales, preventivas, privativas o limitativas de bienes jurídicos, que son impuestas por los Órganos Estatales competentes a determinados delincuentes, para su readaptación a la vida social, para su separación de la misma, o para la prevención de nuevos delitos.

#### **Fundamento.**

La pena como tal, es uno de los fenómenos más generales de la vida social. Encontramos referencias de la pena desde los más remotos tiempos hasta nuestros días; por ello, considerando como un ser social, pues la pena sanciona aquellas conductas consideradas como delictuosas, permitiendo así la convivencia humana.

En casi todos los hombres existe, en forma latente, en menor o en mayor grado la tendencia a delinquir. El delito, para quien lo comete, representa un placer, en el último de los casos, por ello en consecuencia, debe haber un contrapeso que necesariamente debe estar representado por lo opuesto al placer, es decir, el sufrimiento que en nuestro medio, puede traducirse en la pena, la cual representa un freno que se tiene que aplicar para vivir en sociedad.

---

<sup>36</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2012, Pág. 15.



El doctor Carranca y Trujillo, al hablar del fundamento de la pena, es decir, del IUS PUNENDI o facultad que tiene el Estado de castigar, toma como punto de partida al hombre y la sociedad, estableciendo así, que la sociedad humana es posible gracias a que el hombre es un ser con una psique inteligente.

En la sociedad humana, las personas ponen en función necesidades de acción y de omisión que frente a los demás, pueden llevarse a cabo únicamente a través de constantes limitaciones, lo que significa que la vida en sociedad hace necesarias limitaciones a nuestro interés que van a ser regulables por medio de normas jurídicas. Estas normas hacen posible la convivencia social, todo aquello que la ponga en peligro deberá ser reprimido por el Estado, persona jurídica a través de la cual actúa la sociedad. Y como es notable el mismo Estado tiene la facultad de castigar o IUS PUNENDI, aplicado a la necesidad de reprimir el delito.

El Estado como institución política y social, es el representante de la sociedad, por ello, como tal tiende a mantener las condiciones necesarias de vida en común y muy especialmente, la seguridad, el orden y la cooperación solidaria, es decir, a través del orden jurídico, el cual tutela el interés de todos los ciudadanos en función de los valores que el estado mismo representa, haciendo así la convivencia social.

En tal orden de ideas el Estado utiliza a la "Pena" como el instrumento para combatir la delincuencia, porque es una necesidad, y por qué ha sido la más eficaz que existe en las sociedades para reprimir los delitos.

Es decir, el Estado Mexicano, tiene que garantizar a sus ciudadanos el pleno

ejercicio de sus derechos y libertades emitiendo, ordenamientos jurídicos para lograr un desarrollo armónico.

En el campo del derecho penal, el ordenamiento jurídico en el que se hallan contenidas disposiciones de este tipo, es el Código Penal, en el que precisamente se tipifican aquellas conductas que se consideran atentan contra esos derechos y libertades de los ciudadanos. De igual modo, en él se precisan las sanciones o penas que son susceptibles de aplicarse a aquellos que las realizan, de las que más se aplica es la prisión que desde hace mucho tiempo, es la principal.

## CAPÍTULO TERCERO

### 3.- LAS TEORIAS DE LA PENA.

El principal medio de que dispone el Estado, como reacción frente al delito es la pena, la que concreta una restricción de derechos al responsable, en virtud de una decisión impuesta en forma coactiva por los órganos competentes de control.

Pero como se aprecia, para satisfacer algunas exigencias de política criminal, la pena no es el instrumento adecuado, el orden jurídico prevé además las llamadas medidas de seguridad con los que se procura eliminar o paliar situaciones a cuyo respeto no es posible o en todo caso no se considera plausible usar penas. Como consecuencia de ello, tradicionalmente el denominado sistema de reacciones penales, se integra con esos dos instrumentos, adaptándose un modelo “dualista”, conformado con penas y medidas de seguridad, entre las que se ha considerado que existen diferencias esenciales.

Las llamadas “teorías de la penas”, expresan puntos de vista estrechamente vinculados a las concepciones sobre la legitimidad del *ius punendi*, y en consecuencia mientras la teoría de la retribución postula como función legítima del Estado realizar el ideal de justicia, las teorías preventivas atienden el Derecho Penal como una herramienta de utilidad social. La discusión en consecuencia, no solo gira en torno a esclarecer la finalidad que el Estado persigue cuando se inculpa un comportamiento, sino además y fundamentalmente a establecer bajo qué condiciones y en qué medida es legítima la aplicación de la pena pública.

### **3.1.- TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA**

A menudo suele diferenciarse entre "fin" y "función" de la pena; sin entrar en discusiones que de momento no vienen al caso, aquí nos vamos a referir al fin de la pena.

Lo anterior, implica averiguar para qué sirve la pena-si es que sirve de algo-de modo general, es decir, no sólo la influencia que tiene en la persona del sujeto responsable, sino del ambiente que le rodea: estado y sociedad.

Por varios lustros ha sido motivo de franca discusión la búsqueda de una respuesta favorable a los fines de la pena y temo que seguirá ocupando gran parte del escenario científico por largo tiempo y esta discusión se justifica, en primer lugar, porque la pena representa una especie de reacción violenta hacia el delincuente; y por otro siempre hay alguien que disiente y eso es lo importante, porque a ese disentimiento la ciencia penal encuentra nuevas formas de resolver los problemas y avanza a la par y de la mano con las necesidades de la sociedad. En este orden de ideas, la opinión dominante, señala al menos tres teorías con diferentes ramificaciones que pretenden sustentar el fin de la pena, esas teorías son:

**\*Teorías absolutas \*Teorías relativas \*Teorías mixtas**

#### **3.1.1.- Teorías absolutas.**

Las teorías absolutas también se les conoce como "de la retribución" "expiación" o "justicia" y la doctrina en general<sup>37</sup> atribuye esta teoría a Kant y Hegel, para

---

<sup>37</sup> BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p.13

quienes la pena constituye un fin en sí mismo, se castiga porque se debe castigar sea como retribución moral, como retribución ética o jurídica.

Dice el profesor Claus Roxin:

*"Se habla aquí de una teoría 'absoluta' porque para ella el fin de la pena es independiente, 'desvinculado' de su efecto social (lat. absolutus=desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Tallón...".<sup>38</sup>*

En este sentido, "La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas.

Por lo que corresponde a la fundamentación jurídica se atribuye a HEGEL, para él "...el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la 'voluntad general' representado por el orden jurídico, que resulta negada por la 'voluntad especial' del delincuente...".

Desde este punto de vista, la pena en sí, no persigue fines preventivos, intimidatorios o correccionales, con esta fundamentación, la pena "... es como

---

<sup>38</sup> Roxin, Claus, Derecho Penal-Parte General-Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Tomo I, 2ª Ed. p. 82

cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro".

Cabe señalar que Hegel "Materialmente se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena".

Los inconvenientes que presentan estas teorías "absolutas", son las siguientes:

- \* Carecen de un fundamento empírico;
- \* Que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia, porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito;
- \* En fin, "...Radican en la idea misma de una pena sin finalidad, así como en lo evanescente el recurso a una idea abstracta de justicia, desvinculada de las necesidades concretas de la sociedad y del delincuente. Las teorías absolutas corren el peligro de hacer de la pena un indefendible mecanismo de venganza".

### **3.1.2.- Teorías relativas.**

A las teorías relativas también se les conoce como "teorías de la prevención" y que a diferencia de las teorías absolutas o de la retribución, que se fundan en principios religiosos, morales o idealistas, las teorías relativas o de la prevención se sustentan "en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. *Mientras que la retribución*

*mira al pasado, la prevención mira al futuro".*

Para las teorías relativas la pena lleva en si una finalidad.

Dice el profesor Malo Camacho:

*"En las teorías relativas el fundamento de la pena, es el reconocimiento de que la misma persigue un objeto específico; es decir, que no se le entiende como el solo castigo por haber actuado mal, sino buscando, con la imposición una determinada finalidad".*

Debido a las diversas variantes que ofrecen las llamadas teorías relativas, su estudio se realiza en el orden siguiente:

\* Teoría de la conservación del pacto social

\* Teoría de la prevención especial

Teoría de la prevención general

Teoría de la conservación del pacto social

Su máximo exponente es Rousseau, para este autor el objeto de la pena es la "conservación del pacto social".<sup>39</sup> Es ilustrativo el siguiente pasaje de Rousseau:

*"El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponer por ellos cuando sea necesario. En consecuencia, el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: Es conveniente para el Estado que tú mueras, debe*

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís, Penología, Editorial Porrúa, 2ª Ed. 2000. p. 70.

*morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado...todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido "*

Teoría de la prevención especial

A esta teoría también se le conoce como "prevención individual", su principal ideólogo fue GROLMAN, FRANZ VON LISZT lo llevó a sus últimas consecuencias. Esta Teoría se dirige de modo específico a la persona quien cometió el delito "...el fin de la pena es la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la 'prevención especial' como fin de la pena".

Dentro de la teoría de la prevención especial se identifican dos opiniones:

\*Orientación clásica

\*Orientación moderna



### *La orientación clásica de la prevención especial*

Se hace aquí especial referencia a Franz Von Liszt (1851-1919), quien primero clasificó las clases de delincuentes<sup>40</sup> en el orden siguiente:

\*Delincuentes irrecuperables

\*Delincuentes principiante de la carrera criminal

\*Delincuentes ocasionales

En este orden de cosas sostuvo Liszt que la pena desempeña tres cometidos principales; es decir, en cada clase de delincuente la pena cumple un fin distinto como se señala a continuación.

\*Al primer grupo corresponden los "delincuentes irrecuperables" que se conocen como delincuentes "habituales"; para ellos, la pena cumple "una finalidad de 'prevención especial neutralizadora o neutralizante', cuyo cometido es la 'inocuidación' del delincuente no capaz de corrección".

De los delincuentes habituales, el profesor Franz Von Liszt se expresaba en los términos siguientes:

*"La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)".*

Al segundo grupo comprenden los "principiantes de la carrera delictiva"; para ellos, la pena cumple "una función de 'prevención especial positiva', que se cifra en la 'corrección' o 'mejora' del delincuente capaz y necesitado de corrección".

---

<sup>40</sup> VON LISZT, Franz, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*, Greca, México, 2001, p. 56.

Señalaba el profesor Franz Von Liszt:

*"Los delincuentes habituales se recluían entre los individuos que precisan corrección, que por predisposiciones heredadas o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero que no son aún casos perdidos sin esperanza. Las pequeñas cárceles son las principales agencias de enganche, pero los asilos para canallas, las cantinas y los buréales les disputan tal privilegio. Estos principiantes de la carrera delictiva pueden, en numerosos casos, ser salvados... "*

\*En el tercer grupo se encuentra el "delincuente ocasional"; para quien "carece de sentido una sistemática de corrección"; para ellos, la pena cumple "un cometido de 'prevención especial negativa que consistente en la 'intimidación' del delincuente no necesitado de corrección". Decía Franz Von Liszt:

*"...usando una expresión breve, podemos calificar como delincuentes habituales, es decir, aquéllos para los cuales el hecho cometido constituye un episodio, un descarrío generado por influencia preponderantemente externas, en quienes, por tanto, el peligro de una frecuente repetición de la acción punible cometida es mínima, y para quienes, por ende, carece de sentido una sistemática corrección: En tales casos, la pena debe restablecer simplemente la autoridad de la ley violada; ella debe ser intimidatoria, una advertencia, un 'papel para pensar' adecuado al impulso egoísta del delincuente..."*

*La teoría moderna de la prevención especial*

Recientemente en España ha aparecido una nueva corriente que el profesor Miguel Polaino Navarrete identifica como " moderna" y cuyos defensores son "Enrique Bacigalupo, Manuel Jaén Vallejo y Antonio José Cancino".

Para los defensores de esta orientación la pena tiene con fin principal la reeducación o la reinserción social del propio delincuente; es decir, los fines de la pena se agotan en el propio delincuente, nada se dice del medio social que lo rodea.

### **Teoría de la prevención general**

En términos generales, la teoría de la prevención general "no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos ( y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general".

En realidad la teoría de la prevención general que aquí analizamos se estudia por la doctrina en dos grandes aspectos que son:

Teoría de la prevención general negativa

Teoría de la prevención general positiva

#### *Prevención general negativa*

La teoría de la prevención general negativa también se le conoce como "prevención intimidatoria" "...se puede describir con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes" y tiene dos

variantes: una de corte psicológica y otra que se orienta a la reintegración social.

#### Teoría psicológica

Su autor es Feuerbach, para quien "la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica, interna que en los casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio".

#### Teoría de la integración social

Es una nueva construcción defendida por Heinz Zipf; de acuerdo con esta orientación "...se pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del Derecho en la integración social, por tanto a través del cumplimiento de la prevención de integración".

#### *Prevención general positiva*

La prevención general positiva se le conoce también como "estabilizadora" o "integradora".

Debido a los avances que ha experimentado esta teoría considero pertinente analizarlo en dos rubros:

#### Prevención general positiva originaria

#### Prevención general positiva como integración-prevención

#### Tesis originaria

La formulación originaria más conocida de las teorías de la prevención general positiva se debe a Paul Johann Anselm Von Feuerbach<sup>41</sup> "considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal Alemán".

La teoría de la prevención general positiva que aquí hemos llamado "originaria"

---

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho Penal Parte General, 4ª Ed. España 2000, p.53

"ve en el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos".

*"comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo".*

Fases de la prevención general positiva originaria En realidad, la prevención general positiva originaria cumple con las siguientes funciones:

Kaufman atribuye tres cometidos a la teoría de la prevención general positiva (informativa, confianza y respeto por el derecho).

En primer lugar, cumple con una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer;

En segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse;

Por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho no una actitud moral.

Roxin dice que en realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos.

El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente, el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal;

El efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica.

El efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y consideran solucionado el conflicto con el autor.

"...las teorías relativas presentan el inconveniente de que, en aras de la prevención general o de la prevención especial, pudieran llegar a imponerse penas inmerecidas o desproporcionadas".

#### Tesis de la prevención-integración

Recientemente el profesor Jakobs ha propuesto una teoría que ha llamado "prevención-integración", según esto la pena "está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que hoy se llama, prevención general positiva y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales".

La pena no repara bienes, sino, confirma la identidad normativa de la sociedad es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada por eso siguiendo a Luhmann dice hay que definir a la pena positivamente "el objetivo principal de la pena es reafirmar "la vigencia de la norma".

*"cuando la sociedad pena, se rehusa a concebir un cambio en su configuración, esto es, el hecho punible como acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que antes bien se mantiene firme en su status quo, en contra de la propuesta de cambio. Al igual que una persona rechaza una propuesta que no encaja en su forma de ser, ratificando de ese modo su forma de ser, así*

*también la sociedad rechaza la propuesta de abandonar la expectativa defraudada, ratificando así su identidad".*

La pena, "no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la vigencia de la norma y fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad"

En síntesis, "la pena es una respuesta a la norma quebrantada y el reconocimiento que el criminal se le hace como persona en derecho, con eso se le reconoce como parte integrante de la sociedad para no expulsarlo). En el cumplimiento de la pena se le sigue tratando a la persona como persona y no como animal".

La función de la pena es "prevención general mediante ejercicio reconocimiento de la norma".<sup>42</sup>

Las críticas que ha suministrado el profesor Miguel Polaino Navarrete a la posición de Jakobs, son las siguientes:

El hecho de que las normas sean válidas, se apliquen en la realidad y mantengan su vigencia no es exclusivo del Derecho penal, ni siquiera del Derecho: como sistema normativo tiende a la validez y eficacia de sus normas. Por ello, no es exclusivo de la pena ese pretendido fin de reafirmación de la norma (que, *v. gr.*, también es común al Derecho civil, o al Derecho administrativo, etcétera).

Pero es que además, difícilmente puede considerarse un 'fin' perseguido por la propia norma. La norma prescribe que a quien cometa, por ejemplo, asesinato, se

---

<sup>42</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal-Parte General*, 5ª ed., España 1998, p. 16

le impondrá la pena de prisión de tantos años. El fin perseguido por la norma es, según esta teoría, que la misma sea aplicada siempre que se cometa un asesinato, de modo que así se refuerza la garantía normativa de la Sociedad, y la norma sigue vigente, se *revitaliza y refuerza* siempre que se comete un asesinato y es sancionado con la pena correspondiente. Esta explicación es inaceptable. *La vigencia de la norma no puede ser nunca un 'fin' de la propia norma:* es, por supuesto, una consecuencia de la aplicación de la norma, pero no el fin de ésta.

En la concepción *Jakobsiana* la prevención de delitos en la sociedad tiene, a lo sumo, un reconocimiento secundario: al reafirmarse la norma, se deduce que no deben cometerse delitos, previniéndose de este modo la comisión de éstos. Tal planteamiento no resulta absolutamente convincente. Según nuestro parecer, el fin preventivo es constitutivo de la pena: toda pena ha de perseguir preferentemente o prioritariamente y de forma inmediata (no mediata) un fin preventivo.

Por último, la teoría de Jakobs descuida en absoluto los posibles efectos de la pena sobre el propio penado (prevención especial), en concreto, la resocialización o reinserción del delincuente, a que debe orientarse la pena.

### **3.1.3.- Teorías mixtas.**

Al conjunto de criterios que han intentado precisar los fines de la pena a veces tomando aspectos de las teorías absolutas y relativas y a veces insertando datos nuevos también se les conoce como "unificadoras", " eclécticas" o "mixtas".

Las teorías mixtas nacieron como producto de la insuficiencia tanto de las teorías, absolutas y de las relativas, se han buscado algunas opuestas que a veces pecan



de cierto eclecticismo y que no siempre) responden al igual que las teorías absolutas y relativas a la solución lea del problema y con razón, pues buscar el fin de la pena, no es tarea fácil, de ahí que si bien es cierto que éste se ha convertido en problema de antiguo linaje, su estudio no deja de ser por eso interesante, al contrario, buscar el fin que persigue la pena es meterse en un laberinto que por el momento parece no tener respuesta.

En efecto, hay tantas posiciones como autores se han interesado encontrar una solución al problema, aquí nos vamos a referir propuestas:

Teoría retributivo-preventiva

Teoría diferenciadora

Teoría dialéctica de la unión

Teoría modificadora de la unión

## LA TEORÍA RETRIBUTIVO-PREVENTIVA

Los defensores de esta teoría son Friedrich Nowakowski, Hans Welzel y Armin KAUFMAN.

Para esta teoría "la pena persigue, al propio tiempo, el fin de 'retribuir' el delito (castigo al delincuente por la acción cometida) y el fin de 'prevenir' futuros delitos".

### **Teoría Diferenciadora.**

Esta teoría es abanderada por SCHMIDHÁUSER, quien "parte de la distinción entre teorías de la pena en general y sentido de pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena. A su vez la teoría de la pena en general

comprende dos aspectos: la finalidad (o función) de la pena y el sentido de las mismas".

Según SCHMIDHÄUSER, desde esta perspectiva no habría otra respuesta que la necesidad de la pena para la convivencia social. Ello supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido para el condenado, pues implica que no se le castiga en beneficio suyo, sino en el de la sociedad. Viene a rechazarse con ello, la pretensión kantiana de que el delincuente no puede ser utilizado como medio a favor de la sociedad. Tal postulado se opone, según SCHMIDHÄUSER, a la única posibilidad de concesión de sentido a la pena: su necesidad para la vida de la comunidad".

Para comprender un poco la teoría de SCHMIDHÄUSER hay que precisar con base en su orientación el sentido de los siguientes conceptos: prevención general, prevención especial y sentido de la pena.

### ***La prevención general***

De acuerdo con la teoría diferenciadora, "la prevención general ha de ser entendida como una función de la pena según la cual la colectividad, ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos se inhibirá de la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para impedir la comisión de delitos".

*"La finalidad del castigo, visto como fenómeno global, no podría ser otra que la prevención general, aunque entendida, de modo realista, no como pretensión de evitar todo delito, lo que es imposible, sino como medio de reducir la delincuencia*

*a límites que hagan posible la convivencia normal. En este sentido, si es lícito castigar, sería por la absoluta necesidad que la sociedad tiene de la pena".*

### ***La prevención especial.***

Según la teoría diferenciadora que aquí se analiza "La prevención especial, por su parte, no permite configurar la concepción de la pena solamente en consideración al fin de lograr la prevención específicamente de cada singular autor condenado por la comisión de delitos.

### ***El sentido de la pena.***

Según SCHMIDHÁUSER, "...la pena se justifica por su necesidad y un sentido diverso para cada uno de los intervinientes en el caso punitivo, debiendo operar el legislador con miras de prevención general, aun cuando debe tener también en cuenta la justicia; el juez con criterios de justicia y de prevención especial y los organismos penitenciarios, ante todo, con estos últimos". Por cada órgano de autoridad que interviene, la pena tiene sentidos diferentes como se señala a continuación:

"Para el *legislador*, la pena sirve ante todo a la *defensa de la colectividad*, aunque también debe tener en cuenta la justicia en la fijación de las penas.

"Para los *órganos encargados de la persecución del delito*, deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los Tribunales guiados por el principio de igualdad (justicia).

\**El juez*, debe perseguir en primer lugar la *pena justa*, teniendo en cuenta el hecho

cometido y la comparación con las otras penas, pero dentro del marco de la pena justa debe considerar también la prevención especial;

*\*Los funcionarios de prisiones* habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de *ayudar* al condenado a aprovechar el tiempo de cumplimiento o, al menos, si ello no es posible, la de prevención especial por medio de la resocialización;

\* La sociedad puede también encontrar en la pena ya cumplida el sentido de *reconciliación* que permita la aceptación del penado en su seno.

### **Teoría dialéctica de la unión**

Recientemente el profesor Claus Roxin, ha propuesto lo que suele llamarse "Teoría dialéctica de la unión", también se le identifica como "unificadora" "mixta", "unificadora preventiva de la pena" o bien "Teoría Dialéctica de la pena".

Luego de hacer un análisis sobre las teorías de la pena de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación), de la prevención especial, de la prevención general, Roxin toma posición *por la* aplicación de una teoría que llama "unificadora preventiva" y señala:

*"El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a servicio...también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito... De ello resulta además que la prevención especial, prevención general deben figurar*

*conjuntamente como fines de la pena”.*

Para Roxin, "son fines de la pena, simultáneamente, la prevención 'general' y la prevención 'especial', debiendo excluirse la retribución como fin de la sanción penal".

*"La teoría preventiva de la unión asume postulados de la prevención general y de la prevención especial, pues ambos están en la base de la misma. Cuando sendos fines entran en colisión entre sí, pone en primer lugar el fin de resocialización de la prevención especial. La prevención general, en cambio, domina las conminaciones penales, y en caso de ausencia defina de prevención especial justifica la pena por sí sola, mientras que no puede ponerse en ejecución una pena preventivo especial carente de toda intención preventivo general, a pesar del absoluto dominio del fin de la resocialización...La teoría preventiva de la unión no legitima una aplicación de los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial elegidos sin orden ni concierto, sino que lleva a ambos a un sistema cuidadosamente equilibrado, que con la limitación de sus elementos confiere un fundamento teórico a la punición estatal, nivelando los puntos departida individuales mediante un procedimiento de imitación mutua".*

#### **3.1.4.- Fases de la pena.**

En realidad, la propuesta que hace el profesor Roxin se lleva a cabo en tres momentos o fases por las que atraviesa la pena y que son:

- \* El momento legislativo
- \* El momento judicial

\* El momento ejecutivo

### **El momento legislativo.**

Según el profesor Roxin, en el primer momento de la conminación legal no resulta suficiente ninguna posición tradicional: ni la retribución, ni la prevención general o especial dan respuesta a la cuestión de que debe prohibir el legislador bajo pena, porque ninguna de estas teorías aclara qué es lo que merece ser considerado delictivo, ya sea para retribuirlo ya para prevenirlo.

### **El momento judicial**

Al segundo momento de la realización del Derecho penal, el de La aplicación judicial, corresponde, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal:

*"la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. De lo contrario se caería en la objeción kantiana que la doctrina dominante alemana y el propio Roxin hacen a la prevención general: el autor sería utilizado como medio para los demás. Ello cree Roxin que se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo 'según la medida de su persona'. Sin embargo, éste es el único aspecto de la retribución que admite este autor, que en cambio rechaza abiertamente la otra exigencia del retribucionismo de que la pena no puede ser inferior a lo que*

*imponga la culpabilidad.*<sup>43</sup>

Además de que "la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial".

### **El momento ejecutivo**

La última fase en la vida de la pena es la de su ejecución que "serviría a la confirmación de los fines de los momentos anteriores pero de forma que tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial. Aquí debe incluirse el mero posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente, evitando su atrofia, en los casos en que aquél no precise un propio tratamiento terapéutico-social".

En España ha tenido varios seguidores, entre los que se encuentran Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig y Octavio de Toledo y Ubieto.

Teoría modificadora de la unión.

Su principal promotor es Karl-Heinz Góssel. Según Góssel, en la imposición de la pena, "puede consignarse 'cualquier tipo de prevención.

*\*Las sanciones jurídico-penales, que en su esencia constituyen consecuencia reales de un delito, se han de establecer legalmente para la consecución de determinados fines futuros. Para superar la enconada dialéctica desplegada en la lucha de escuelas penales acerca de la naturaleza de la pena, en lo sucesivo no debe plantearse ya más el interrogante de si las sanciones jurídico-penales están llamadas a cumplir sólo una función de retribución: sólo una función de prevención, sino la cuestión de sí, con tales sanciones, entendidas como*

---

<sup>43</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal-Parte General, 5ª Ed., España, 1999, p. 60

*consecuencias, han de conseguirse fines correctos y adecuados.*

### **3.2.- LA PENA DE PRISIÓN**

Después de la pena de muerte, la prisión, es la sanción más drástica que restringe la libertad deambulatoria del delincuente.

La historia de la prisión como pena y como institución es abundante y resulta por demás interesante; aquí no es posible llevar a cabo dicha tarea y vamos a entrar de inmediato al análisis del estado actual.

No debe confundirse -dice María De La Luz Lima Malvido- entre cárcel y prisión, la primera implica el local o edificio en donde se aloja a los procesados y prisión (presidio o penitenciaría), indican, en cambio, el destino de los sentenciados, el de los condenados.

De manera que en este apartado, nos referiremos a la prisión y no a otra cosa.

Para efectos didácticos, se entenderá este estudio en dos grandes apartados:

\* La prisión como pena;

\* La prisión como institución.

#### **3.2.1.- La prisión como pena.**

La prisión como pena tiene que ver con cuestiones sustantivas del Derecho Penal: Concepto, objeto y fines.

##### **concepto.**

Prisión viene del latín *prehensio-nis*, significa "detención" por la fuerza o impuesta



en contra de la voluntad. Sitio donde se encierra y asegura a los presos.<sup>44</sup>

La doctrina ha entendido a la prisión como la pena que mantiene al sujeto recluido en un establecimiento con fines de castigo (IGNACIO VILLALOBOS);<sup>45</sup> o bien, el internamiento del delincuente en un centro de reclusión impidiéndole en forma absoluta su libertad (López Betancourt).<sup>46</sup>

Su regulación se encuentra en los artículos 25 y 26 del Código Penal Federal que señala:

*Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimiento o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva. Las penas de prisión impuestas se compurgarán de manera sucesiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

*Artículo 26.- Los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán recluidos en establecimientos o departamentos especiales.*

### **Objeto de la pena de prisión.**

La materia prima de la prisión, es el reo, si no hubiera delitos no hubiera reos y si no hubiera reos no habría necesidad de la prisión. El reo es el blanco perfecto de

---

<sup>44</sup> Diccionario Jurídico mexicano, 3ª. Edición, Tomo P-Z, Prisión, Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 2545.

<sup>45</sup> VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano-Parte General, 2ª. Edición, 1960, Porrúa, México, 1960. P. 574

<sup>46</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 2ª. Edición, Porrúa, México 1994., p. 25

la prisión.

### **Los fines de la pena de prisión.**

Podría alegarse que la pena de prisión sirve no sólo al reo como prevención especial (ya sea como castigo, como lugar de reflexión, intimidación, etc.), sino a la sociedad como prevención general (validez de la norma en general) y eso de que sirve, si nuestras leyes son limitativas, si no, veamos.

En primer lugar, el artículo 18 constitucional, señala:

*"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".*

De la misma forma, el artículo 2º de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, reza:

*"artículo 2o. El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente."*

Por su parte, el artículo 4º del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal señala:

*"artículo 4º. En el sistema de reclusorios y centros de readaptación social, se establecen programas técnicos interdisciplinarios sobre la base del trabajo, la capacitación, la educación y la recreación que faciliten al interno sentenciado su readaptación a la vida en libertad y socialmente productiva y eviten la desadaptación de indiciados y procesados."*

El profesor, Luis Rodríguez Manzanera, señala que las funciones de la prisión varían según sea considerada como punibilidad, como punición o como pena.

Como punibilidad cumplirá exclusivamente funciones de prevención general afirmando valores y expresando el reproche para determinar conductas (prevención general positiva) y además, se traduce en una sanción altamente intimidatoria, y el temor a perder la libertad puede ser mayor aún, que el miedo a perder la vida (prevención general negativa).

Como punición, la pena reforzará la prevención general, ya que el juez al dictar sentencia, en primer lugar reafirmará la fuerza y autoridad de la norma jurídica y descalificará pública y solemnemente el hecho delictuoso.

Como pena, la prisión cumple fundamentalmente una función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general.

### **3.2.2.- La prisión como institución.**

Como institución la prisión comprende los siguientes aspectos:

\* Bases generales

\* Infraestructura

### **BASES PARA LA INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA**

En la actualidad, de acuerdo con las reglas de las Naciones Unidas: para el tratamiento de los reclusos y la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación de Sentenciados, deben existir los siguientes tipos de establecimientos de reclusión:

- \* Penitenciarias;
- \* Hospitales psiquiátricos para delincuentes;
- \* Hospitales de reclusión;
- \* Centros de observación;
- \* Instituciones abiertas;
- \* Colonias y campamentos penales;
- \* Instituciones de alta seguridad;
- \* Establecimientos especiales para jóvenes;
- \* Establecimientos preventivos;
- \* Establecimientos para sanciones administrativas y arrestos;
- \* Establecimientos para menores infractores.

## **LA INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA MEXICANA.**

Cuando hablamos de infraestructura penitenciaria mexicana nos estamos refiriendo a las clases de centros de reclusión que existen en nuestro país como institución, sin importar su modo de operar.

Esta infraestructura penitenciaria, se regula en la Ley que Establece las Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.

Señala el párrafo segundo del artículo 6º de la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, lo siguiente:

*"Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuétales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos*

*de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.*

*Por su parte, el párrafo tercero del mismo precepto, establece:*

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

*Con independencia de la división que puede hacerse entre Centro Federales y locales, para realizar el estudio de la estructura el sistema penitenciario debe hacerse con base en los siguientes aspectos:*

- \* Centros de reclusión en orden al estado procedimental:*
- \* Centros de reclusión en orden al sexo;*
- \* Centros en orden al nivel de seguridad que se requiere;*
- \* Centros en orden a los espacios físicos.*

***Centros de reclusión en orden al estado procedimental:***

Este apartado tiene que ver en primer lugar con aquellos centros que sirven para asegurar de modo temporal al procesado hasta en tanto se dicte sentencia (procesados) y en segundo lugar, aquéllos que sirven para cumplir la sentencia condenatoria (reo); de aquí que comprende los siguientes aspectos:

- \* Prisión preventiva;*

*Prisión para cumplir la pena*

### ***Centros de reclusión en orden al sexo***

Esta división atiende básicamente al sexo, de aquí que hay los siguientes centros:

- \* Centros para mujeres;
- \* Centros para varones.

### ***Centros en orden al nivel de seguridad***

Esta clasificación, atiende al nivel de seguridad que caracteriza a cada centro penitenciario, ahí se encuentra los siguientes:

- \* Establecimientos de seguridad máxima;
- \* Establecimientos de seguridad media;
- \* Establecimientos de seguridad mínima.

### ***Centros en orden a los espacios físicos***

Esta clasificación atiende al lugar físico que se utiliza para cumplir la pena y, pueden ser:

- \* Colonias;
- \* Campamentos penales;
- \* Hospitales psiquiátricos y para infecciosos;
- Instituciones abiertas.

### **3.3.- SISTEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.**

En este apartado se estudiara cuáles son los sistemas generales que existen para la determinación de la pena.

Tanto la doctrina extranjera como nacional reconocen que es posible distinguir de modo general, los siguientes sistemas para determinar la pena:

- \* Indeterminación legal absoluta
- \* Determinación legal absoluta
- \* Indeterminación judicial relativa
- \* Indeterminación legal relativa

### **3.3.1.- La indeterminación legal absoluta.**

Este sistema "supone el no establecimiento de pena concreta ni por el Legislador ni por el juzgador. El contenido de la Ley posibilita al juzgador establecer una sentencia con una pena indeterminada que sólo se concreta más tarde por la Administración penitenciaria en función de las características del sujeto sobre el que se proyecta exigencias preventivo-especiales".

Comenta el profesor Gustavo Malo Camacho:

*"Implica la inexistencia de límites a las penas previstas en la ley y, consecuentemente, tampoco existen límites en la imposición al momento de dictar la sentencia. En el fondo, es el sistema punitivo que entendió a la base de la estructura monárquica absoluta y feudal y en general en los anteriores a la concepción del Estado de derecho en sentido moderno, donde la pena fue impuesta sin más límites que la decisión personal del titular del poder".'*

### **3.3.2.- Determinación legal absoluta.**

A este sistema También se le conoce como "sistema de penas fijas"<sup>47</sup>. En estos casos "El legislador establece una pena fija para cada delito en concreto, mientras que el juez se limita a constatar la realización del hecho descrito y a proceder a la aplicación de la pena prevista por aquel...".

Este sistema de penas fijas fue establecido fundamentalmente en el Código Penal francés de 1791 siguiendo el pensamiento de Beccaria y Montesquieu, excluyendo por completo la individualización, sin embargo, debido a su extrema rigidez pronto fue abandonado. A este sistema se le acusa de extrema rigidez y alto grado de injusticia.

*"La absolutización de las exigencias dimanantes del principio de legalidad conduciría a que la Ley determinase, de modo rígido, sin cáncer., ninguna al arbitrio judicial, la pena exacta a imponer. Tal sistema según vimos, fue objeto de un fugaz ensayo histórico en el Código Penal Francés de 1791, y hubo de abandonarse porque resultaba profundamente injusto, al inflingir la misma cantidad y cualidad de sufrimiento a delincuentes muy distintos, por hechos que, aun abstractamente iguales, resultaban, concreto, muy dispares. A la injusticia acompañaba, naturalmente, ineficacia, pues las penas, configuradas por la ley hasta en sus últimos detalles, devenían inadecuadas desde un punto de vista preventivo, unas veces por exceso y otras por defecto.*

### **3.3.3.- Determinación legal relativa.**

---

<sup>47</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1998, p. 660



Este sistema también se identifica como "indeterminación judicial relativa".<sup>48</sup>

De acuerdo con este sistema "...el juez dicta una sentencia relativamente indeterminada, al señalar un mínimo y un máximo de cumplimiento. La cantidad exacta de pena se determina en la fase de ejecución, rodeada a su vez de una serie de garantías...".

Comenta Gustavo Malo Camacho:

*"Previene este sistema, que sea el juez quien fije el término mínimo o máximo de la condena, pero sin precisarlo con exactitud, a fin de dar juego al amplio campo del tratamiento en la ejecución en manera de que, de acuerdo con la evolución concreta de cada caso, concluya aquélla cuando se estime que el objetivo readaptador de la pena ha sido alcanzado".*<sup>49</sup>

#### **3.3.4.- Indeterminación legal relativa.**

En este sistema conocido como "determinación legal relativa".<sup>50</sup> "El legislador establece un marco penal, una pena con una duración entre dos límites cuantitativos. Dentro de este marco, el juez debe, en su sentencia, establecer la pena totalmente determinada...".

Este último sistema es el que se adopta por la mayor parte de las legislaciones del mundo y desde luego por México. Señala el profesor Gustavo Malo Camacho:

*"Es el sistema que sigue el código penal mexicano y que en general siguen, en mayor o menor medida, una buena parte de las legislaciones penales que derivan*

---

<sup>48</sup> MALO CAMACHO, Op. Cit., p. 662

<sup>49</sup> Ibid, p. 662

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO-GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal-Parte General, Valencia, España, 2000, p. 600

*de la afirmación jurídica occidental europea de origen latino. Se caracteriza por el establecimiento de límites mínimos y máximos como intervalo de la punibilidad, dentro de cuyo marco corresponde al órgano jurisdiccional concretar la pena, lo que permite afirmar el principio de legalidad y el principio de libre discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas y, en función de esto, en la determinación de la pena".*

Este sistema consiste en el "señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor".

### **FASES DEL SISTEMA DE LA INDETERMINACIÓN LEGAL RELATIVA**

El llamado sistema de indeterminación legal (legislativa) relativa tiene varias fases, la primera es aquella que concibe el legislador y la establece en la ley, la segunda se da al momento de la individualización por parte del juzgador al caso concreto y la tercera se da en la fase ejecutiva y que corresponde a las autoridades administrativas; además, no debe perderse de vista de aquella individualización que el profesor Sergio García Ramírez ha llamado "post-penal" que se debe aplicar una vez que el reo ha sido liberado.

En efecto "La determinación de la pena transcurre por tres que constituyen el sistema penal: individualización legal, individualización judicial e individualización penitenciaria. Es decir, el Legislador, el Juez, y la administración penitenciaria intervienen en el establecimiento de la pena concreta que corresponde a un hecho concreto realizado por una persona determinada. El mayor o menor peso que se

de cada una de esas fases es consecuencia del modelo de Estado y de los fines de la pena que se persigan".

Dice el profesor Luis Rodríguez Manzanera:

*"debemos reconocer tres grandes momentos. El momento en que la norma es creada, el momento en que esa norma es violada y por tanto se impone la sanción y el momento en que esa sanción se ejecuta. Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo interviene en el gran drama penal".*

De acuerdo con esto y siguiendo a la doctrina, las fases o etapa de la individualización, son los siguientes:

- \* Individualización legislativa o legal
- \* Individualización judicial o procesal
- \* Individualización administrativa o ejecutiva
- \* Individualización post-penal.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **4.- MARCO JURÍDICO DE LA PENA**

#### **4.1.- MARCO LEGAL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.**

Una vez que se ha hecho referencia a la individualización de la pena en sus tres etapas, es decir legal, judicial y administrativa, se considera pertinente desarrollar en este apartado lo referente al entorno jurídico en que el juzgador debe llevar a cabo su importante actividad, estableciendo que el juzgador al efectuar la individualización judicial de la sanción, debe observar el marco legal, fijado en los diferentes ordenamientos, para su debida graduación.

Al imponer una pena, el juzgador resuelve en definitiva la situación jurídica de los sujetos que han transgredido el Ordenamiento Jurídico Penal, lo cual debe desarrollarse dentro del marco legal establecido previamente en nuestra Carta Magna, pues en esta se consagra la forma de organización del Estado y el señalamiento de las garantías de los ciudadanos, mismas que deben ser respetadas por todas las autoridades.

Asentado lo anterior, es menester hacer notar que el Doctor Jorge Carpizo, considera que las garantías que consagra nuestra Constitución “son los instrumentos para asegurar los derechos subjetivos, pero la importancia de ellos es que dan seguridad al hombre, puesto que el acto de autoridad que no respetara a cualquiera de ellos sería antijurídico y abriría las puertas para que el hombre se

opusiera a la arbitrariedad de la autoridad”.<sup>51</sup>

Por lo anterior, se considera que el juzgador al imponer una pena como acto de autoridad, debe respetar los lineamientos constitucionales, por lo que debe ejercer sus funciones dentro de un marco de legalidad, los fundamentos legales esenciales para dictar una sentencia condenatoria, individualizando judicialmente la pena, se encuentra en los artículos 13, 14, 16, 20 y 21, en los cuales se contemplan las garantías de audiencia, legalidad, libertad y seguridad jurídica.

## **4.2.- LA PENA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.**

### **4.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

En este apartado se trata de ilustrar el marco legal que debe observar el Juzgador para individualizar la pena, contenido en los artículos 13, 14, 16, 20 y 21 de nuestra Constitución, lo cual resulta importante, pues es necesario conocer las facultades que nuestra Carta Magna otorga a la autoridad judicial, pues para individualizar la pena debemos apegarnos estrictamente al principio de legalidad, puesto que este principio prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida en la ley y plantea que la pena debe ser estrictamente aplicable al delito que se trata, proporcionando de esta forma la protección al ciudadano y al orden jurídico total del Estado Mexicano.

**El artículo 13 Constitucional** a la letra establece que:

---

<sup>51</sup> CARPIZO, Jorge, La Constitución mexicana, UNAM, 1974, p.160.

“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá de la autoridad civil que corresponda.”

Con la transcripción del precepto legal se advierten diversas prohibiciones y limitaciones que se fundamentan en el principio de igualdad de los hombres ante la ley, cuyo origen se encuentra en el artículo 3º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

El artículo de referencia contiene las siguientes garantías:

1.- La garantía de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas

*“es de carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 Constitucional y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas, y protege el ya expresado artículo 13 Constitucional.”*<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 2339

- 2.- Nadie puede ser juzgado por Tribunales especiales;
- 3.- Ninguna persona o corporación podrá tener fuero; y
- 4.- Ninguna persona o corporación puede gozar de más emolumentos que los que sean compensación de los servicios públicos fijados por la ley.

El **artículo 14 Constitucional** establece:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.”<sup>53</sup>

El artículo 14 Constitucional contiene las siguientes garantías:

- 1.- Irretroactividad de la ley;
- 2.- De audiencia;
- 3.- Exacta aplicación de la ley en materia penal;

---

<sup>53</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 1995, p. 128.

El numeral de referencia contiene varias disposiciones, por lo que sus precedentes están relacionados con algunos preceptos, que en esencia son tres: la prohibición de irretroactividad, el derecho o garantía de audiencia y la estricta aplicación de la ley, a las resoluciones judiciales. Los dos primeros derivan de una doble influencia, puesto que se apoyan en el Derecho Angloamericano, como la tradición hispánica, ya que en ambos se prohibía la irretroactividad y se establecía la obligatoriedad de un procedimiento judicial para privar a una persona de sus derechos.

Por lo que se refiere al Derecho Constitucional Mexicano, prácticamente todas las constituciones que estuvieron vigente con anterioridad a la actualidad, consagraron la prohibición de la leyes retroactivas y el derecho de audiencia.

Destaca por su claridad el artículo 31 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan, el 22 de Octubre de 1814, en cuanto dispuso: “ninguno debe ser juzgado, ni sentenciado, si no después de haber sido oído legalmente”.

Entre los preceptos similares al artículo 14 actual, pueden mencionarse los artículos 19 del acta constitutiva de la federación y 148 de la Constitución Federal de 31 de Enero y 4 de Octubre de 1824, 2ª fracción V de la primera de las leyes constitucionales de 29 de diciembre de 1836; 9ª fracción VII, y 182 de las Bases Orgánicas de 12 de Junio de 1843, y finalmente el artículo 14 de la Constitución Federal de 05 de febrero de 1857. Este último también es el antecedente de la llamada garantía de legalidad de las resoluciones judiciales.



En cuanto a los elementos del Derecho Constitucional, la audiencia, comprende los de juicio, tribunales previamente establecidos y las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que la disposición que exige que todos estos factores sean regulados de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, quedan comprendidos en la prohibición de la irretroactividad, del cual no es sino un aspecto.

El juicio se ha entendido por la jurisprudencia en un sentido lato, es decir el más amplio que el del proceso judicial, puesto que abarca también el procedimiento administrativo. Se ha discutido si en el procedimiento administrativo, la audiencia del particular debe ser previa a la afectación, y sobre este aspecto no existe una opinión definida, puesto que se ha establecido en numerosas decisiones de la Suprema Corte de Justicia, que existen dos materias en las cuales no se exige la audiencia previa; por una parte la expropiación por causa de utilidad pública, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 Constitucional, y en segundo término en la fijación de las tasas impositivas, así como el ejercicio de la facultad económico coactiva, pues en estas materias se puede acudir posteriormente a la impugnación administrativa y judicial, incluyendo el juicio de amparo.

Sin embargo, los casos específicos son apreciados de acuerdo con el principio de que la previa audiencia solo puede exigirse cuando sea realmente indispensable la intervención del afectado, es decir, cuando este deba probar los hechos o proporcionar información a fin de que puede tomarse la decisión respectiva.

La expresión tribunales previamente establecidos, también debe entenderse en un

sentido lato, es decir, abarca no solo a los órganos del poder judicial, sino a todos aquellos que tengan la facultad de decidir controversias de manera imparcial, como ocurre con algunas autoridades administrativas, entre las cuales puede señalarse, como ejemplo, las agrarias que realizan estas funciones, sin ser formalmente judiciales. Esta disposición está vinculada por el artículo 13 de la Constitución Federal en cuanto a que prohíbe los llamados “tribunales especiales”, en realidad “privativos”, o sea aquellos que se han establecido con posterioridad a los hechos o para juzgar a un número determinado de personas, que se conocen también con el nombre de “tribunales por comisión”. En tal virtud, el artículo 14 que examinamos, complementa ese mandato del artículo 13, exigiendo que los tribunales hayan sido previamente establecidos, por leyes expedidas con anterioridad a los hechos que se cuestionan.

Las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento no solo judicial, sino también administrativo, como lo señalamos anteriormente, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los afectados. Este requisito queda comprendido, como lo señala acertadamente la doctrina, dentro del concepto angloamericano del debido proceso (due proces of law), en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensa, según la tradición española.

Las formalidades esenciales del procedimiento han sido consignadas en sentido negativo por los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo, puesto que, cuando no se respetan por los organismos judiciales, configuran las violaciones a las leyes del procedimiento que afectan las defensas del promovente del amparo. El

primero de estos preceptos se refiere a la materia civil en sentido amplio, es decir, comprende también los conflictos administrativos y laborales y el segundo al proceso penal.

Si examinamos las hipótesis enumeradas por ambos preceptos, que además pueden ampliarse a casos análogos por los tribunales de amparo, se refieren a aquellos supuestos en los cuales se priva a las partes de su posibilidad de defensa, en cuanto a su conocimiento de los hechos, a su posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas o bien, respecto a la imposición de medios de impugnación.

Por otra parte, las disposiciones del citado artículo 160 de la Ley de Amparo, reglamentan, además del derecho de defensa señalado genéricamente por el citado artículo 14 Constitucional, también los derechos del acusado en el Derecho Penal, por el artículo 20 de la Constitución Federal.

Debe tomarse en consideración que la jurisprudencia ha señalado que el derecho de audiencia, en cuanto a la defensa procesal, se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas. En el primer supuesto, en cuanto a los órganos legislativos deben establecer en las leyes que expidan, los procedimientos que permitan la defensa de los particulares, por lo que cuando el ordenamiento respectivo no proporcione esta oportunidad de audiencia, debe considerarse inconstitucional.

Los dos últimos preceptos del artículo 14, se refieren a los requisitos de fondo de las resoluciones judiciales, tanto en materia penal, como los procesos civiles, administrativos y laborales, a través del llamado control de legalidad, que otorga

fundamento al juicio de amparo contra las propias resoluciones judiciales, calificado también como amparo casación.

En efecto, por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad, estrictamente), aplicable al delito de que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente por el aforismo "*nullum crime, nulla poena, sine lege*", y que como bien indica la doctrina, abarca también el de "*nulla poena, sine iudicium*".

En las restantes materias procesales, el párrafo cuarto del citado artículo 14, exige que la sentencia definitiva (la que se entiende en el sentido amplio de resoluciones judiciales, que posen efecto decisivo en el proceso), se pronuncie de acuerdo con la letra o su interpretación jurídica, y a falta de esta, debe fundarse en los principios generales del derecho, disposición que se reitera en el artículo 168 de la Ley de Amparo.

En tal virtud y con apoyo en el cuarto párrafo del artículo 14 Constitucional que se refuerza con la invocación del artículo 16 en cuanto a que exige que todo acto de autoridad competente, debe constar por escrito y estar debidamente fundado y motivado, actualmente se impugnan todas las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país, ante los tribunales federales, por conducto del juicio de amparo, que de esta manera no solo procede por violaciones directas a los derechos fundamentales, realizadas por cualquier autoridad, sino también cuando se infringen disposiciones legales secundarias y aun reglamentarias, con lo cual se ha establecido un recurso de casación federal, que por ello recibe el nombre de

amparo judicial o amparo casación.

A continuación se transcribe el **artículo 16** de nuestra Constitución:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud pública o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión, sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señala como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.<sup>54</sup>

Con la transcripción anterior se advierte que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 Constitucional, al tener el rango de una garantía individual, implica para las autoridades de cualquier categoría que éstas sean, la obligación de actuar siempre de manera que sus actos no aparezcan

---

<sup>54</sup> Constitución Política, op. Cit. P. 15

arbitrariamente emitidos.

Sin embargo se puede concluir que respecto del principio de legalidad, es de suma importancia para la investigación de este trabajo de tesis, en atención a que de este se deriva que debe existir una pena previamente establecida en el tipo penal, para que ésta sea individualizada por el juzgador e impuesta a quien cometió un delito, ya que no hay más fuente de conocimiento que la ley y solamente se puede considerar como delito o pena lo que la ley expresamente establece en tales.

Se comenta lo anterior y muy en específico al principio de legalidad, en atención de que el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal, señala que dentro de sus límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito.

Por su parte el artículo **20 Constitucional** prevé:

“En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta

precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Siempre que así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra.

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de



responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

El artículo 20 Constitucional contiene las siguientes garantías:

- 1) La garantía de libertad bajo caución.
- 2) La garantía del inculcado a no inculparse.
- 3) La garantía de defensa.
- 4) La garantía del inculcado a ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado.
- 5) La garantía del inculcado a ser juzgado antes de cuatro meses o de un año
- 6) La garantía del inculcado a que no se le prolongue la prisión o detención en virtud de deudas.
- 7) La garantía de computar el tiempo de la declaración.

La primera de las garantías en cita, siendo esta la de la garantía de libertad bajo caución y contemplada en el vigente artículo 20 Constitucional, fracción I, ya no se observa el término medio aritmético de cinco años para el otorgamiento de la

libertad provisional, a partir de la reforma de 1993, a este artículo, y el requisito principal es que no se trate de un delito grave, así calificado por la ley.

La garantía del inculpado a no inculpinarse y que se encuentra contemplada en la fracción II del numeral a estudio, se refiere a que el inculpado no puede declarar en su contra, para el caso de que esta sea infringida por alguna autoridad, incurre en un delito en contra de la administración de justicia, así como podría verificarse el delito de tortura. Finalmente se hace referencia a que la confesión del inculpado sin la asistencia de su defensor, igualmente será nula, además de que dicha fracción garantiza el derecho de defensa.

La garantía de la defensa y que se hizo mención anteriormente, contiene a su vez otras garantías o derechos, como el derecho a ser informado de la acusación, se encuentra contemplado dentro de las fracciones III y VII del artículo 20 de nuestra Constitución.

Se considera importante para este trabajo que el indiciado conozca bien el hecho punible que se le atribuye, tal y como lo establece el artículo en estudio, pues uno de los efectos del Auto de Término Constitucional, es precisamente fijar la Litis o materia de la acusación por la que se ha de seguir el proceso, y que igualmente, es el fundamento para dictar sentencia definitiva condenatoria, la cual versa sobre el delito que se ha fijado con anterioridad, y por el cual el juzgador ha de imponer la pena, individualizándola en el caso concreto.

Finalmente el artículo **21 Constitucional** a la letra reza:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La

persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.”

El artículo transcrito contiene las siguientes garantías:

- 1) La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.
- 2) La persecución de los delitos a cargo del Ministerio Público y de la policía judicial, en el que se interesan diversos problemas, entre otros el llamado monopolio del ejercicio de la acción penal y su control por vía jurisdiccional.

La primera garantía que prevé el mencionado artículo 21 respecto de que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, es una de las garantías más importantes para este trabajo de investigación, pues en esta se faculta solo al Poder Judicial para imponer sanciones penales, para lo cual debe individualizar la pena que legalmente corresponde a quien ha resultado penalmente responsable en la comisión de un delito.

La determinación del órgano debe plasmarla en una sentencia en la cual deben

satisfacerse los requisitos de forma y fondo señalados en los artículos 71 y 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Asimismo, para la imposición de la pena, individualizada legalmente, el Órgano Jurisdiccional debe observar las reglas establecidas en el Título Tercero del entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en el Fuero Federal, mismo que comprende los siguientes capítulos:

- Capítulo I, en el que se establecen las reglas generales para la aplicación de las sanciones;
- Capítulo II, para aplicación de las sanciones a los delitos culposos;
- Capítulo III, aplicación de las sanciones para los casos de delitos tentados;
- Capítulo IV, para aquellos casos en que existe concurso de delitos, ya sea real o ideal, complicidad, reincidencia y para los casos de la comisión de delitos bajo error vencible;
- Capítulo V, contiene las disposiciones para los casos de la imposición de medidas de tratamiento para inimputables y para las personas que tienen en hábito de consumir estupefacientes lo psicotrópicos en tratamiento o en libertad;
- Capítulo VI, contiene las reglas para los casos en que proceda la sustitución o conmutación de sanciones.

También es importante mencionar que para la imposición de las sanciones penales, el juzgador debe de tomar en consideración, especialmente, los requisitos señalados en los artículos 70, 71 y 72 del Código Penal para el Distrito

Federal, contenidos en el capítulo de reglas generales, en donde el legislador concede al Órgano Jurisdiccional el más amplio arbitrio para imponer las penas que legalmente correspondan a los procesados.

Asimismo, el juzgador debe limitarse a imponer las penas y medidas de seguridad a que se refieren los artículos 30 y 31 del Código Penal para esta ciudad, en el cual se establece una amplia gama de sanciones privativas de libertad, pecuniarias y preventivas, mismas que también encuentran su límite en la acusación del Ministerio Público, titular de la acción penal, por lo que el juzgador no puede rebasar la acusación, pues sólo debe imponer por el delito motivo de la acusación, de acuerdo con las propias disposiciones de nuestra Carta Magna, a efecto de no vulnerar las garantías consagradas en los artículos 14 y 21 de nuestra Constitución.

Se ha impuesto en la legislación y en la jurisprudencia la interpretación que considera el propio Ministerio Público como el único autorizado para ejercer la acción penal y la función acusatoria durante el proceso penal, de tal manera que los códigos procesales penales, tanto el federal como los de las entidades federativas, no reconocen la calidad de parte, ni siquiera con carácter subsidiario, a la víctima del delito.

Si bien un sector de la doctrina estima inconveniente esta interpretación radical del citado artículo 21 constitucional, la mayor parte de los tratadistas sostiene conveniente el monopolio del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. A su vez la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia, ha establecido el criterio de que, contra las determinaciones del Ministerio Público

cuando decide no ejercitar la acción penal, desiste de la misma o formula conclusiones no acusatorias, no puede impugnarse a través del juicio de amparo, en virtud de que el propio Ministerio Público solo puede considerarse como autoridad en sus actividades de investigación, pero se transforma en parte cuando comparece en el proceso penal. Además, de aceptarse lo contrario, se otorgaría al particular afectado la posibilidad de participar en el manejo de la acción pública.

La única posibilidad de combatir los actos del Ministerio Público en su calidad de parte en el proceso penal, es a través de un control interno administrativo que regulan las leyes respectivas.

En el aspecto en el cual no existe un criterio preciso en la jurisprudencia de los tribunales federales, se refiere a si el desistimiento de la acción penal o las conclusiones no acusatorias vinculan al juzgador, por que en algunas resoluciones se ha estimado que aun en el supuesto de que estas actuaciones sean autorizadas por el procurador respectivo, como jefe del Ministerio Público, el juez de la causa no esta obligado por ellas, en virtud de que es facultad exclusiva de la autoridad judicial fallar de acuerdo con las constancias procesales, lo que parece un criterio acertado.

Sin embargo ha predominado la interpretación que considera al desistimiento de la acción penal y a las conclusiones no acusatorias, autorizadas por el procurador respectivo, como obligatorias para el juzgador, quien debe decretar el sobreseimiento definitivo del proceso con efectos equivalentes a la absolución del procesado. Este principio, en la práctica, ha producido el fenómeno contrario a la extralimitación de los jueces, es decir la hipertrofia del Ministerio Público.

Finalmente debe tomarse en consideración que es incorrecta la denominación que confiere a la policía que se encuentra bajo las ordenes del Ministerio Público, la que se debe considerar como un cuerpo de investigadores, pues el calificativo de judicial proviene del sistema francés, en el cual se justifica porque se encuentra bajo las órdenes del juez de instrucción y no del departamento social.

La imposición de sanciones por la autoridad administrativa. El tercer precepto contenido por el artículo 21 constitucional también ha sido objeto de debates, puesto que la aplicación de precepto, provocó muchos abusos, especialmente en perjuicio de los sectores más desprotegidos, debido a que dicho precepto solo fijaba los límites máximos de las sanciones, hasta quinientos pesos de multa y un mes de arresto, y dejaba a las leyes secundarias precisar sus alcances.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es muy clara en el sentido de que la autoridad administrativa sólo puede imponer sanciones a los infractores a través de un procedimiento que respete el derecho de defensa de los mismos y en virtud de una resolución debidamente fundada y motivada, de acuerdo a los lineamientos de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

Otra cuestión controvertida es la que se refiere a los reglamentos gubernativos y de policía mencionados por el propio artículo 21 de la carta federal, y que se han calificado de autónomos, por no estar vinculados a un ordenamiento legislativo, por lo que su expedición corresponde al presidente de la República en el Distrito Federal, en los términos del artículo 89, fracción I, de la Constitución, y a los gobernadores de los estados en sus respectivos ámbitos. Sin embargo lo anterior provocó una verdadera anarquía en la regulación de las normas que

tradicionalmente se conocen como de “policía de buen gobierno”.

#### **4.2.2.- Código Penal para el Distrito Federal.**

Como se hizo mención en los apartados que anteceden, en el Código Penal para el Distrito Federal, se encuentran debidamente establecidos los principios que debe tomar en consideración el juzgador al momento de individualizar las penas y medidas de seguridad, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 72, mismo que se transcribe:

**“Artículo 72.** Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad.

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o



determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

**VI.** Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

**VII.** Las circunstancias del activo y pasivo, antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, incluidos en su caso, los datos de violencia, la relación de desigualdad o de abuso de poder entre el agresor y la víctima vinculada directamente con el hecho delictivo, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;

**VIII.** Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.”<sup>55</sup>

Al respecto es importante precisar que el juez que es un perito en materia jurídica pero no en otras disciplinas que estudian al ser humano, deberá apoyarse en las investigaciones de numerosos especialistas, verdaderos peritos en las ciencias del comportamiento humano; biología, sociología y psicológicamente que le ayuden y orienten para una mejor interpretación de la personalidad, pues existen algunos indicadores que se consideran fundamentales para conocer los distintos grados de

---

<sup>55</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Sista, México, 2011, p. 160

peligrosidad y los cuales pueden ser apreciados a través del estudio de personalidad que se ordena sea practicado al procesado, al momento en que se emite la resolución con la cual da inicio al proceso, siendo este el Auto de Término Constitucional y que se encuentra contemplado en el artículo 296 bis y 298 de la Ley Adjetiva Penal para el Distrito Federal, que se presentan en el individuo, todo lo anterior es indispensable para establecer el tratamiento adecuado y su probable duración con miras a la reinserción social del sujeto.

Entre algunos aspectos que deben tomar en cuenta el juzgador para esa valoración de peligrosidad y que no se encuentra contemplada en legislación alguna, sin embargo surge como la apreciación personal que debe tener el juez al emitir su fallo en los hechos puestos a su consideración y entre otros son:

Los motivos; son el conjunto de representaciones que han matizado los sentimientos o que ha querido la voluntad y que constituye la causa del acto voluntario del agente.

La personalidad; es la organización total de las tendencias del individuo a comportarse en situaciones sociales.

Las condiciones de vida familiar y social; cohesión familiar, antecedentes delictivos en la familia, condiciones económicas y su habitat, relación laboral, medio escolar y grado de educación así como su posición ante la sociedad.

Gravedad del hecho; conforme a la normatividad jurídica la trascendencia que puede tener el hecho antijurídico por sus daños a la sociedad.

Con algunos de los elementos anteriormente plasmados, dependerá para el juzgador la clase de medida aplicable al caso en concreto. Insistiendo que una

buena interpretación judicial de los hechos puestos a su juicio, será mucho de lo que con anterioridad haya establecido el legislador en el catálogo de las penas, pues como se dijo con anterioridad, no hay más verdad que lo establecido en la ley, pues con ello el juzgador podrá realizar individualización de la pena a aplicar.

#### **4.2.3.- Código Penal Federal.**

En lo que concierne al Código Penal Federal, el juzgador debe tomar en cuenta lo establecido en el Título Tercero, correspondiente a la aplicación de las sanciones, y en su capítulo I, de las Reglas generales, de los cuales se advierten criterios para la individualización de la pena y al respecto el numeral 51 contempla:

**“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; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

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. “<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Código Penal Federal, Sista, México 2012, p. 42

Bajo el análisis que se ha previsto, respecto de los criterios que debe tomar en cuenta el Juez para la individualización de la pena en la sentencia penal, es importante hacer notar que con el Código Penal Federal en el numeral en cita, indica la competencia de los jueces y tribunales para aplicar las sanciones establecidas para cada delito, como se hizo mención en el apartado correspondiente al análisis de los preceptos constitucionales a que se debe ceñir el juzgador y de lo que destaca que el juez deberá desempeñarse, "...dentro de los límites fijados por la ley..."; señala también, categóricamente, dos principios constitucionales: a) *el de arbitrio judicial* y, b) *el de legalidad*, los cuales se considera oportuno enunciar.

**a) *Arbitrio judicial*** es la potestad jurisdiccional que se otorga por el Estado a los jueces, a virtud de la cual y en base a la competencia, éstos pueden juzgar y decidir mediante definitivo dictado en el proceso, aquí penal, acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados de delito, apreciando las circunstancias particulares de estos en cada caso concreto y conforme a las reglas procesales establecidas en las leyes y en la jurisprudencia. El artículo es, por tanto, de suma importancia igualmente para nuestro Estado y forma de gobierno, como para la justicia. Reafirma no sólo la división de poderes al ubicar a los tribunales y, en consecuencia, a la jurisdicción, como poder judicial soberano del Estado sirviendo a resolver las controversias, en el caso del orden criminal y sometidas a su decisión, mediante sentencias adquirientes de la calidad de cosa, sino, igualmente, alude, al proceso como única forma de desplazar la jurisdicción;

refiere también a la competencia del juez penal, por la cual éste en exclusiva tiene la facultad de resolver en qué casos un hecho es o no delito y cuando un individuo acusado de haberlo cometido es penalmente responsable o no del mismo, asimismo en los supuestos donde el juez encuentre culpable al acusado, determina el grado de la sanción permitida por el Código Penal sustantivo, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Esto es acorde a lo establecido en el artículo 104 de nuestra Carta Magna, que se encuentra inmerso dentro del capítulo IV, referente al poder judicial.

**b) Respecto del *principio de legalidad***, como se hizo referencia con anterioridad con dicho principio se demanda la sujeción de todos los órganos estatales al Derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal (en sentido material), la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ello se considera que dicho principio tiende a patentizar la legitimidad constitucional de las penas y medidas de seguridad que aplica el juzgador al momento de emitir su fallo definitivo, pues, debe considerarse que el moderno Estado de Derecho se caracteriza por la circunstancia de que toda su actividad gubernamental y, principalmente, la expresada como poder penal, debe estar prevista, controlada y subordinada por el texto Constitucional. Al efecto, nuestra Suprema Corte, en jurisprudencia, ha sostenido que "*...las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite*" (Jurisprudencia 47, Quinta Época,

Pág. 106, Sección Primera, Volumen Jurisprudencia Común al Pleno y las Salas). Ahora bien, debe añadirse que por costumbre se ha estudiado limitadamente en el Derecho Penal al principio de legalidad. A éste se le hace a partir únicamente de la ley penal objetiva, mediante el conocido apotegma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Al respecto se dice que el monopolio ejercido por el Estado en cuanto a la legislación de delitos, de penas y de medidas de seguridad, habrá de expresarse en el Derecho Penal objetivo. Ello es sólo parcialmente cierto, pues el principio de legalidad no deriva sólo de este derecho sustantivo, sino, básicamente, de la Constitución.

Por tanto, no se deben admitir de modo inconcluso los conceptos y naturalezas del principio de legalidad, del delito, de las penas o de las medidas de seguridad, o sea sólo desde el punto de vista teórico del Derecho Penal, sino, igualmente, tomando en cuenta los aspectos fácticos y políticos; es decir, deben considerárseles dialécticamente, partiendo asimismo de la norma fundamental y de necesidades concretas de la vida política.

Como continuación y para la comprensión de la legalidad, aquí se requiere no únicamente de explicaciones jurídicas, sino, también sociológicas, precisamente para justificar y legitimar el establecimiento de la ley penal objetiva por el Estado, en su concepción de Estado de Derecho con gobierno democrático, en tanto las penas y medidas de seguridad esencialmente son medios atacantes de los derechos fundamentales del individuo, en especial de las libertades del gobernado, garantizados en la parte dogmática de la Constitución.

Y es que en efecto, se precisa de una explicación política y constitucional de la

norma penal, de las penas y de las medidas de seguridad. Lo primero para entrever los fines del estado, no los “fines” de las penas o de las medidas de seguridad, como se ha señalado incorrectamente en Doctrina, habida cuenta éstas son sólo medios y no tienen fines en sí mismos, pues, realmente, los fines son del Estado y de su política criminal, los cuales trata de obtener a través de la imposición de las mismas. Sobre lo segundo y acaso lo más importante, para patentizar la legitimidad de penas y medidas de seguridad, pues, debe recordarse que el moderno Estado de Derecho se caracteriza porque toda su actividad, primordialmente la desplazada como poder penal, debe estar sometida a la Constitución (verdadero principio de legalidad). Entiéndase bien: todos los ataques a las garantías individuales precisan por consiguiente, en el Estado de Derecho, un fundamento constitucional.

Lejos del autoritarismo y de los gobiernos de facto, dentro del Estado de Derecho las presencias vitales del poder político y de la ordenación jurídica no son autónomas ni, menos aún, están descoyuntadas. Racionalmente y de hecho, el poder político está indisolublemente ligado a la norma jurídica en un mismo texto llamado Constitución.

Si bien es cierto, el poder político es considerado como competencia exclusiva del Estado, al hablar de que le pertenece soberanamente, también lo que es su objetivo y ámbito están demarcados en la Constitución; esto es, la limitación constitucional del poder del Estado lo hace legítimo en función de lo que excluye: el poder espurio de una autoridad no procedente de la Constitución. De esta manera el poder político sólo es, en consecuencia, poder de derecho con validez

constitucional. Si para la ejecución del derecho, principalmente el penal, es necesaria la fuerza, el ejercicio de esta forma de poder (coacción penal) debe encontrar su origen igualmente en la Constitución. Esto es así, por que tal coacción *-ius puniendi-*, palpablemente es la manifestación más peculiar del poder político, de exprofeso presentado como menoscabo penal de bienes jurídicos, constitucionalmente actuado mediante la ejecución forzada de las penas y de las medidas de seguridad. Los *finis* perseguidos por el Estado, con el *ius puniendi*, son proteger bienes jurídicos penalmente tutelados.

De esta manera, social e individualmente es entendible el *desiderátum* de este poder: que simultáneamente proteja y dañe en exceso bienes jurídicos; es decir, de un lado se orienta a la salvaguarda de aquéllos, de tal importancia que una lesión de los mismos lo sea a los fines del Estado (bienes jurídicos protegidos penalmente), y por el otro su imposición al culpable o al sujeto peligroso les represente una merma a sus derechos, de tal naturaleza grave, que se traduzca cuando menos en una limitación de su libertad personal. Esta salvaguarda penal, sin embargo, no debe ser indiscriminada, sin control constitucional o de tal forma ejercida, que su imposición represente para la sociedad o el individuo una expectativa mayor de daño a los bienes de la vida, que los derivados del propio delito o del estado peligroso; significa no descartar que su aplicación despótica ni llegado a servir sólo como ataque abierto a las libertades del individuo, a manera de sistema autoritario de represión política para someter al gobernado.

Por tanto es equivocada la idea que se tiene del *principio de legalidad*, a partir del sentido que se le da respecto de la ley sustantiva penal. Como poder del Estado



para menoscabar penalmente bienes jurídicos de particulares, es decir, poder político manifestado como ataque directo a las garantías individuales, el *ius puniendi* no dimana, nunca debe emanar, de los poderes constituidos ni, menos aún, se legitima sólo en el *Derecho Penal objetivo* reglado únicamente por el poder legislativo ordinario, como parte del gobierno constituido, sino que nace, debería nacer siempre, del poder constituyente y encontrar su legitimidad en la Constitución, como voluntad política del pueblo que democráticamente se la dé; ello, porque no es en el gobierno constituido donde reside la soberanía (en el caso y en lo interno del Estado, expresada como supremacía penal), tampoco yace en el pueblo al disolverse el poder constituyente; su génesis se encuentra en el producto magno de éste: en la Constitución.

Así, pues, el artículo 51 del Código Penal Federal en comento, establece el *arbitrio judicial con* que se faculta a los órganos jurisdiccionales para imponer e individualizar las penas establecidas en el Código Penal Federal. Se trata de la potestad que tienen los jueces penales para resolver en definitiva las penas relativas a los delincuentes, según las circunstancias de ejecución del delito y la culpabilidad o peligrosidad de éstos, en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

En lo tocante a la pena de prisión los tipos penales establecen mínimos y máximos en su cuantía dentro de los cuales el juzgador, individualizando la misma, fija la cantidad de pena en años, meses o días, según corresponda en el proceso de que se trate.

Mediante Decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 30

del mismo mes y año, se reformó el primer párrafo de este artículo 51, incluyendo una modificación que orienta el arbitrio judicial en el sentido de que, haciendo a un lado el criterio de imponer la sanción más benigna en tratándose de pena alternativa (de prisión o la de multa), se imponga la privativa de libertad "...cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial", esto es, cuando a juicio fundado y motivado del juzgador considere indispensable la resolución de esta pena de prisión; en tal virtud, tratándose de delitos con pena alternativa no habrá prisión preventiva durante el proceso penal ni, menos aún, consignación con detenido, habida cuenta es hasta la sentencia definitiva que pronuncie el juzgador cuando se sabrá a ciencia cierta si se impondrá la pena de prisión o no.

Igualmente el Código Penal Federal dispone para la individualización de la pena del **numeral 65**, que por su parte dispone:

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

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

Transcrito el precepto anterior, es necesario hacer notar que reincidir es recaer el condenado en la comisión de otro delito más; por esta circunstancia deja de ser delincuente primario.

La reincidencia corresponde a aquella situación penal en la cual incurre el delincuente, por virtud de que, habiendo sido ya juzgado y condenado en sentencia firme por un equis delito, comete otro u otros delitos; si éstos son diferentes al anterior por el cual fue condenado, a esta reincidencia la Doctrina le llama genérica; si el perpetrado nuevamente es análogo o igual al antes cometido, se dice, tal reincidencia es específica.

La reincidencia está íntimamente ligada con los criterios de la culpabilidad, de la peligrosidad y de los fines perseguidos por el Estado con la pena.

En cuanto al concepto genérico de la peligrosidad, ésta implica una situación de riesgo consistente en la probabilidad de que una persona realice conductas tipificables como delito. Más concretamente la llamada peligrosidad postdelictiva, misma es la que interesa, refiere la posibilidad de volver a delinquir por parte de un sujeto que ya ha cometido uno o varios delitos. Se dice, en este sentido, que la reincidencia es indicativa de un mayor peligro delictivo, por el cual, el juzgador en el proceso se halla frente a un criminal de naturaleza especial -diferente a la de los delincuentes primarios-, cuya reiteración en el ilícito penal es señalante de un hábito criminal, ya difícil de quitarle, o bien, en todo caso, revela la presencia de un ser nocivo y peligroso para la sociedad y el Estado.

En la última reforma al artículo 52 del Código Penal Federal, la peligrosidad no aparece ya como elemento expreso a considerar para fijar el quantum de la pena;

antes de esta reforma el cómputo de más pena en una sentencia condenatoria, implicaba un mayor grado de peligrosidad en el delincuente y, por tanto, necesidad de incrementar la sanción penal “para resocializarlo”.

Hoy, nuestro sistema penal, regresa abiertamente al criterio de la peligrosidad para fijar e imponer el monto de la pena, dado que, el párrafo segundo de este precepto –modificado por decreto de 29 de abril de 1996 y publicado en el Diario Oficial de 13 de Mayo del mismo año-, acude a aquel, en base al mismo, incrementar la sanción al reincidente en delitos graves o sea de los determinados en los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

#### **4.3 CRITERIOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN E IMPOSICIÓN DE LA PENA.**

##### **4.3.1. Análisis particular al artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal.**

Antes de entrar al estudio del último apartado correspondiente a éste trabajo de investigación, resulta necesario establecer que el Estado, ante la necesidad de prevenir las consecuencias de las conductas antisociales que atentan contra la convivencia social y la subsistencia de la propia sociedad, éste último tiene como recurso hacer uso del *ius puniendi*, mediante tres instancias y que se hizo mención en el capítulo tercero de este trabajo, siendo estas la legislativa, la judicial y la administrativa, las cuales a su vez se traducen en la individualización de la pena, legislativa, judicial y ejecutiva, respectivamente.

En la actualidad, ya no es solo el humanitarismo clásico, que pugnó por disminuir

los excesos, la crueldad y el olvido de la condición humana con que antaño se ejecutaban las penas de prisión, sino también el fracaso demostrado por los diferentes sistemas punitivos, lo que ha demostrado la necesidad de replantear soluciones a la lucha contra el crimen, partiendo de una base científica que ha puesto de manifiesto la impostergable necesidad de utilizar los recursos aportados por las diversas ramas del conocimiento.

Individualizar es especificar una cosa y tratarla con particularidad, e igualmente, significa determinar a individuos comprendidos en una especie.

Por ello se ofrece una panorámica general, respecto de la individualización de la pena, siendo preciso señalar el criterio del doctor Gustavo Malo Camacho, para quien significa: “Decidir el quantum de la pena, determinando y precisando su monto, en calidad y cantidad, lo que, naturalmente es una decisión que guarda relación con el sentido y fin de la pena”.<sup>57</sup>

En relación con lo anterior, resulta oportuno señalar que la individualización de la pena es un acto mediante el cual el juzgador especifica la sanción que corresponde a una persona en particular, tomando en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al ilícito, para fijar la pena que legalmente corresponde a un sujeto que ha cometido un delito.

Se debe partir de la concepción de que la individualización judicial de la pena, es el punto básico y toral de la impartición de justicia, de manera tal que el juez, al imponer la pena a la persona que ha actuado ilícitamente, debe llevar a cabo una valoración de la conducta del individuo, así como de todas las circunstancias en

---

<sup>57</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1998, p. 665

que se desarrolló el hecho delictivo.

El tipo de individualización de la pena a que se ha hecho mención en este trabajo, corresponde al de la individualización judicial de la pena, la cual desde un particular punto de vista, debe llevarse a cabo valorando la conducta del delincuente, a efecto de determinar el grado de culpabilidad adecuado, tomando en consideración la gravedad del ilícito y las particulares circunstancias de su ejecución, entre otras circunstancias, pero principalmente las mencionadas en este apartado.

Ahora bien y tomando en cuenta lo anterior, el juzgador para los efectos de imponer e individualizar la pena a aquella persona que ha cometido un injusto penal, determinado y regulado por el Código Sustantivo Penal, el órgano jurisdiccional correspondiente a través de su titular, hace uso de las facultades que para el efecto le confiere el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 70, 71 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal, así como atendiendo a las penas contempladas en el ilícito que fue motivo de proceso ante el juez y que tengan como finalidad esencial la reforma y la reinserción social de los condenados, tomando en consideración las circunstancias exteriores de ejecución del sujeto que determinó romper con el orden social y que, precisamente se encuentran previstas en el artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual ha sido materia de estudio en el apartado que antecede y de lo cual se puede desprender que se debe de tomar en consideración para adoptar un criterio al momento de la individualización de las penas y medidas de seguridad, las circunstancias exteriores de ejecución del

sujeto y el hecho que se le imputa, es decir la magnitud del daño causado al bien jurídico protegido por la norma, que será distinto para el ilícito que se encuentre a estudio del juzgador.

Otro aspectos a tomar en consideración por el juez en el momento de determinar el criterio adoptado por el juzgador para la individualización de la pena, es aquel que se encuentra establecido en la fracción I del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, y lo es que la naturaleza de la acción que se le atribuye al encausado, la cual puede ser de manera **dolosa o culposa**, entendiéndose por la primera de ella, el hecho de una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado y por lo que concierne a la omisión en el delito o acción culposa, se entiende como una conducta negativa, una inactividad "voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal, así como la intervención que tuvo el acusado, en la comisión del delito que se le impute y que lo puede ser en cualquiera de las formas establecidas en el artículo **22** del Código Penal para el Distrito Federal. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado, lo cual implica que el juzgador debe tener por acreditado de manera fehaciente los hechos que se pusieron a su consideración y con ello dar termino al proceso, a través de la sentencia que deba ser emitida. Los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, es decir que existía o no previo a los hechos, relación alguna entre el ofendido con el hoy procesado, así como deben establecerse los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, lo cual no queda del todo demostrado en una sentencia.

A modo de crítica al numeral 72 del Código Penal para el Distrito Federal y para efectos del trabajo de investigación, es oportuno señalar que el artículo en cita, cuenta en su texto con frases referentes al arbitrio judicial y son "...Dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...".

Esencialmente, es posible observar en lo antes citado que el juzgador legalmente tiene reconocido su arbitrio judicial, lo que no implica que utilice en forma inadecuada e indiscriminada tal facultad, debiéndose despojar de todos aquellos aspectos subjetivos o personales que puedan viciar su decisión, pues para ello existen los límites establecidos por los ordenamientos sustantivos y adjetivos en materia penal.

Sin embargo, tal numeral debe considerar una idea más clara de lo que debemos entender por arbitrio judicial y que se ha concebido como la facultad discrecional que concede la ley al juez o Tribunal, para decidir legalmente una controversia, cual si fuera legislador, en los casos no resueltos por la ley o en ella contenida de manera dudosa, tomando en consideración todas las circunstancias personales del delincuente al cometer el ilícito, para estar en condiciones de establecer el grado de culpabilidad del delincuente, con el fin de lograr una adecuada individualización de las penas y medidas de seguridad que se estimen justas y procedentes para cada delito, dentro de los parámetros establecidos previamente en la ley penal.

Por otra parte deberán quedar establecidas las circunstancias peculiares y personales del encausado debiendo considerar su condición socioeconómica y



cultural, lo cual se puede advertir a través de los estudios que establecen los numerales 296 bis y 298 de la Ley Adjetiva Penal para el Distrito Federal, así como último párrafo del artículo 72 del Código Penal de esta Ciudad, los cuales se originan una vez que se dicta formal prisión a una persona que ha delinquido.

Datos y circunstancias, que permiten al Juzgador, conocer la personalidad y las peculiaridades del encausado, entre las que se encuentran aspectos reveladores de su personalidad como un dato indicativo del ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar porqué adoptó una resolución de voluntad antijurídica, tal y como lo exige el último párrafo del artículo 72 del Código Sustantivo de la materia, donde expresamente establece que para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juzgador debe tomar conocimiento directo del sujeto activo; argumento éste último que se sustenta con el siguiente criterio jurisprudencial que es del tenor siguiente:

**INDIVIDUALIZACION DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTAMENES PERICIALES TENDIENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INCULPADO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL).** Del análisis de los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte una regla general aplicable para la individualización de las penas que establecen los jueces y los tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente; así mismo, el último párrafo del citado artículo 72 expresamente establece que para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juzgador, debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias de hecho y, en su caso, requerir los dictámenes periciales tendentes (sic) a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos contundentes. Ahora bien, de este precepto destaca la expresión “en su caso”, la cual indica el legislador otorga libertad al juzgador para requerir dichos dictámenes y tomarlos en cuenta; de ahí que no sea obligatorio. Por ello y atento a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, se concluye que conforme a lo expresamente previsto en el último párrafo del indicado artículo 72, al

individualizar las penas a imponer, el juzgador puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del inculpado, lo que se corrobora con el primer párrafo del artículo 70 y las fracciones VI, VII y VIII del artículo 72 de dicho código, según las cuales el legislador previó que al individualizar la pena deben considerarse las peculiaridades del delincuente, entre las que se encuentran aspectos reveladores de su personalidad como un dato indicativo del ámbito de autodeterminación del autor necesario para apreciar porque adoptó una resolución de voluntad antijurídica.- - - - -

- - - Bajo este orden de ideas, asimismo, es pertinente precisar que para graduar la culpabilidad del procesado, además de tomar en consideración los datos que permiten conocer las peculiaridades del justiciable, es de vital importancia y trascendencia tomar en cuenta la mecánica en la que se suscitaron los hechos a estudio, esto por encontrarnos ante un Derecho Penal de acto y no de autor, debiéndose tomar en cuenta la gravedad del delito, los aspectos objetivos que concurrieron en el hecho delictivo, sin atender a los antecedentes del sujeto, sino que lo que realmente se tomará en cuenta es la mecánica de los hechos a estudio; teniendo aplicación al respecto los siguientes criterios jurisprudenciales que rezan:

No. Registro: 179,618

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, Enero de 2005

Tesis: VIII.4o.5 P

Página: 1745

**CULPABILIDAD. SU GRADO SE DETERMINA EXCLUSIVAMENTE CON LOS ASPECTOS OBJETIVOS QUE CONCURRIERON AL HECHO DELICTUOSO, SIN ATENDER A LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO (LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO DE COAHUILA).**- De la exposición de motivos del Código Penal del Estado de Coahuila de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se advierte que el propósito del legislador al sustituir

la concepción de la temibilidad o peligrosidad por el de culpabilidad, consistió en que al momento de individualizar la pena, el juzgador tome en cuenta exclusivamente los aspectos objetivos del hecho ilícito cometido por el sentenciado y se abandone la práctica de tomar en consideración los antecedentes penales o realizar inferencias delictivas futuras para determinar el grado de culpabilidad que revela el justiciable y con base en ello imponer las sanciones correspondientes, razón por la cual la culpabilidad debe determinarse con base exclusivamente en aspectos objetivos que concurrieron al hecho delictuoso y no atender a los antecedentes del sujeto.-----

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 1402/2003. 17 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Estrada Vásquez. Secretaria: Ruth Ochoa Medina.

No. Registro: 179,295

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, Febrero de 2005

Tesis: I.10o.P. J/5

Página: 1510

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS TOMAR EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO, ATENTO A LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS PENALES DEL 10 DE ENERO DE 1994 (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**-

La historia legislativa del artículo 52 y ahora 72 del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a los criterios que han servido a los juzgadores para imponer las sanciones y medidas de seguridad, demuestran que al momento de individualizar las penas no debe tomarse en cuenta la conducta precedente del inculpado, habida cuenta que al haberse sustituido en 1994 la concepción positivista relativa a la peligrosidad del delincuente por la de culpabilidad del hecho propuesta por la escuela neoclásica del derecho penal, los antecedentes penales son irrelevantes para lograr ese objetivo, pues el fin de dichas reformas fue el de sancionar al autor del delito con base en el hecho que cometió y no por lo que hizo con anterioridad. Estimar lo contrario sería apartarse del espíritu del legislador, el cual fue pasar de un Código Penal de peligrosidad a uno de culpabilidad por el hecho cometido, esto es, ya no se debe castigar por la conducta de vida del autor, sino solamente por el hecho que se está juzgando.-----

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3000/2004. 30 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Amparo directo 2880/2004. 30 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretario: Óscar Esquivel Martínez.

Amparo directo 3200/2004. 13 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos.

Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretario: Óscar Esquivel Martínez.  
Amparo directo 3150/2004. 13 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos.  
Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.  
Amparo directo 3160/2004. 13 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos.  
Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Asentado que ha sido lo anterior, se puede concluir que la individualización judicial, como ha quedado asentado, corresponde al órgano jurisdiccional por conducto de sus jueces y se materializa al momento de dictar la resolución correspondiente.

Se encuentran a su vez como características de la punición<sup>58</sup>, las siguientes:

- Es un mandato particular y concreto;
- Es dictada exclusivamente por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal;
- Es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito;
- La legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado;
- La punición se dicta sólo contra sujetos imputables;
- Debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad y, por tanto, el juzgador no debe rebasar el límite que le traza la culpabilidad. Rebasar dicho límite es irracional y contraproducente;
- Se da con relación a los delitos, nunca con relación a los hechos típicos

---

<sup>58</sup> ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, Individualización de la Pena, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I-O, 13<sup>a</sup>. Edición, Porrúa México, 1999, p. 1686

determinados por la peligrosidad del agente;

- La función de la punición es reafirmar la prevención general;
- Es fundamento de la pena.

- - - Una vez analizados en su conjunto los elementos objetivos y subjetivos del delito y del justiciable, los mismos conllevan a graduarle al sentenciado un grado de **CULPABILIDAD** que debe ubicarse **ENTRE LA MÍNIMA Y LA MEDIA**, de la penalidad que establece el delito a que deba ser condenado, es decir tomándose como un entero el que se forma entre los límites mínimo y máximo de las penas establecidas en la ley para cada uno de los delitos; tratando con lo anterior 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, para una adecuada aplicación de la pena, como lo establece el último párrafo del artículo 72 del Código Penal vigente en esta entidad, hacen posible que el Juzgador conozca el comportamiento y medio ambiente que rodea a dicho enjuiciado; así como las demás circunstancias exteriores de ejecución y sus peculiaridades, atendiendo también a las condiciones en que se encontraba al momento de la comisión del ilícito, pero sobre todo a la mecánica de los hechos.

Finalmente es necesario establecer que al determinarse la punición, es decir, al momento en que el juzgador impone al sujeto correspondiente la sanción debe tener en consideración los siguientes principios<sup>59</sup>:

- \* Principio de necesidad;
- \* Principio de personalidad;
- \* Principio de legalidad;
- \* Principio de competencia judicial;
- \* Principio de defensa;
- \* Principio de particularidad.

Brevemente y a manera de ilustrar, el principio de necesidad implica que no se debe sentenciar (o más bien enjuiciar), sino cuando dicho enjuiciamiento sea estrictamente necesario.

El principio de personalidad implica que la punición recae únicamente en el sujeto culpable, no puede trascender, pues no se debe olvidar la prohibición de las penas trascendentales, establecida por el artículo 22 Constitucional.

El principio de legalidad y que ha sido motivo de múltiples menciones durante el desarrollo de este trabajo, significa que para que exista punición, debe existir previamente la punibilidad en atención al principio (nulla poena si lege). Esto quiere decir que el juez no puede inventar puniciones, debe sujetar su individualización a lo que le ha establecido el legislador entre el mínimo y el máximo.

---

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, p. 93

El principio de competencia judicial y como se hizo mención anteriormente, tiene que ver con el mandato judicial establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues la individualización de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

El principio de defensa significa que el juzgador llegará o hará uso de la individualización judicial sobre un sujeto en particular, siempre que previamente se la haya dado el derecho de defensa adecuada, además de haber observado todas las formalidades esenciales del procedimiento.

El principio de particularidad implica que la punición se realiza frente a un caso en concreto, particular, individual, único, no hay baremos que sirvan a un grupo de casos.

## **CONCLUSIONES.**

- a) Actualmente, el derecho penal está orientado por un conjunto de principios fundamentales a partir de los cuales es posible su interpretación.
- b) Esos principios no surgieron sino a partir del transcurso del tiempo, siendo consecuencia del fruto de un largo proceso de gestación durante muchos siglos en los que la humanidad ha luchado contra la barbarie, con un grave derramamiento de sangre, en busca de consolidar los principios sobre los cuales debe sustentarse el derecho penal en la modernidad.
- c) Es así que cuando el constituyente los incorpora en la norma suprema, dichos principios constituyen límites expresos en la actividad punitiva, que estaban implícitos en el modelo del Estado social y democrático de derecho, que adoptó el Constituyente de 1917.
- d) La incorporación de tales principios en la Constitución no ha asegurado la inmediata construcción de un modelo de derecho penal garantista, con respeto absoluto a este.
- e) La riqueza de valores en un orden jurídico determinado no depende sólo de los principios incorporados en la Constitución, sino también del trabajo



científico jurisprudencial y académico de los juristas, quienes están obligados a luchar por la vigencia real de tales postulados.

- f) Un derecho penal liberal debe basarse en el reconocimiento de la existencia de una relación de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito cometido y la cantidad y calidad de la pena a aplicar.
  
- g) No obstante ello, la premisa anterior, enfrenta una problemática de muy difícil resolución, en atención a que no existe un criterio único y verdadero, acerca de cuál es la pena específica que corresponde para cada infracción penal. La determinación de la pena apropiada a cada delito, depende de múltiples factores que se relacionan con la finalidad que tiene cada sanción penal dentro de una comunidad.
  
- h) Por ello, es necesario poner en evidencia que para que el juzgador pueda atender cada caso de manera imparcial para cada supuesto, deberá determinar que condena corresponde, justificarla razonadamente, además que la pena a aplicar será fundada según criterios legales y racionales. De esta forma, imponiendo a los jueces la carga de argumentar sus decisiones, se abre la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento.
  
- i) Circunstancia por la cual, una vez que se analizaron los criterios sobre la

imposición de la pena en la sentencia penal en nuestro país, nos percatamos que uno de los problemas que enfrentan los jueces penales al momento de imponer la pena es su individualización, ya que aún y cuando el legislador ha plasmado en los Códigos Penales de cada Entidad Federativa, un parámetro, es decir, una punibilidad, con un rango mínimo y un máximo, la mayoría de las veces la imposición de la pena resulta ser un mero capricho de los jueces, quienes no sustentan sus resoluciones judiciales en base a los hechos puestos a su consideración, resultando así que las sentencias que emiten sean de rutina, es decir, basándose en casos análogos, y otras más pura costumbre judicial, lo cual se deja entrever, cuando se analiza un caso similar a otro, se imponen las mismas penas, sin realmente hacer un debido análisis de los requisitos exigidos para la aplicación de las penas, contraviniendo con ello los principios de exacta aplicación de la ley penal, y proporción de las penas, pues ha de existir proporcionalidad entre pena y delito, es decir, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.

- j) La ley penal deja en manos de los jueces determinar el quantum de la pena que al sujeto debe imponérsele, pero esta facultad no debe ser autoritaria, el juez no puede “hacer lo que quiera”; sino que para realizar esta tarea el juez debe liberarse de prejuicios y maleficios personales, de simpatías, y así basar su decisión en criterios objetivos y valorativos.

k) El arbitrio judicial no significa en modo alguno una libertad absoluta, ni es tampoco un derecho del juez, sino que revela una obligación de éste a la elección de la pena adecuada al caso concreto; lo anterior se sostiene, debido a que actualmente, no pasa por alto que para la aplicación de las sanciones tanto en el fuero federal como en el fuero común, para el Distrito Federal, la idea o el concepto del “grado de culpabilidad”, que no es más que la atribución penal que se le realiza a un individuo que ha contravenido el orden social, con la pena a imponer, no ha sido entendida por algunos jueces, debido a que siguen aplicando criterios a capricho, o bien porque se limitan a citar preceptos o circunstancias de carácter abstracto o de tipo general, sin tomar en consideración, o sin razonar las peculiaridades del procesado, de los hechos delictuosos, de la mecánica del evento delictivo y demás circunstancias, así como el hecho de cómo éstas influyen en la apreciación de que el sujeto activo del delito tuvo conciencia de la antijuricidad de la conducta que realizó, de la posibilidad de motivarse por el respeto al orden jurídico y de que pudo exigírsele que obrara de diverso modo para que no violara a ley.

l) En efecto, la actividad de individualizar judicialmente las penas aplicables, consiste en un razonamiento lógico jurídico, tendiente a justificar el por qué la autoridad jurisdiccional, se inclina a imponer tal o cual sanción, tomando en cuenta el grado de culpabilidad del agente; ello como resultado de un análisis general y previa confrontación entre los factores que benefician al

reo y los que lo perjudican; consecuentemente, la pena impuesta debe ser congruente con el grado de culpabilidad del sentenciado, la cual debe establecerse en forma precisa e inteligible, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resultaría violatorio de garantías para el Juez, ya que este sólo tiene la facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.

m) De todo lo anterior se deduce que la punición se realiza frente a un caso en concreto, particular, individual, único, toda vez que no hay baremos o medidas establecidas que sirvan para un grupo de casos; sino que se hará uso de la individualización judicial sobre un sujeto en particular, siempre que previamente se le haya dado el derecho de defensa adecuada, además de haberse observado todas las formalidades del procedimiento.

n) No se debe olvidar que la pena justa, controla la comisión de los delitos, manteniéndolos de esta forma dentro de los límites sociales tolerables, ya que propiamente su realización no puede exterminarse, sin embargo, una sanción injusta, estimula o provoca la comisión de ilícitos penales.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- 1.- BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, Colombia, 1989.
- 2.- BAIGUN, David, ZAFFARONI R., Eugenio, GARCIA-PABLOS, Antonio, PIERANGELI H. José, Coordinadores de las Penas, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997.
- 3.- BETTIOL Guiseppe, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- 4.- BERCHELMENN ARIZPE, Antonio, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, México, 2004.
- 5.- BRAVO GONZÁLEZ Agustín Y SARA Bialostosky, Compendio de Derecho Romano, Editorial Pax, México, 1971.
- 6.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1997.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa,

México 2003.

8.- CHICHIZOLA, Mario. La individualización de la Pena, Ebeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1967.

9.- DÍAZ ARANDA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México, 2005.

10.- DÍAZ ARANDA Enrique, Teoría del Delito, Editorial Straf, México, 2006.

11.- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental Volumen II, Teoría General del Delito y Punibilidad, Segunda Edición, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 1989.

12.- FRANCESCO Carrara, Programa de Curso de Derecho Criminal, dictado en la Real Universidad de Pisa, Trad. José, Ortega Torres y Jorge, Guerrero, Bogotá. Temis, 1956, 10 volúmenes.

13.- FRANCO GUZMÁN, Ricardo Dr., Apuntes sobre la cátedra de “Teoría de la culpabilidad”, UNAM, México, agosto-diciembre, 1996.

14.- GONZÁLEZ QUINTANILLA, Arturo, Derecho Penal Mexicano parte General y parte Especial, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

15.- GIUSSEPE MAGGIORE, Derecho Penal Volumen I, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1989.

16.- GIUSSEPE MAGGIORE, Derecho Penal Volumen II, El delito. La pena. Editorial Temis, S.A., 2000.

17.- JIMÉNEZ DE ASUA, Luís, Derecho Penal, Editorial Jurídica Universitaria, Madrid España, 2005.

18.- JIMENEZ MARTÍNEZ, Javier, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Porrúa, México, 2004.

19.- KAUFMAN, Hilde. La función del Concepto de la pena en la ejecución del futuro. Nuevo Pensamiento Penal. Año IV, Núm 5, Argentina, 1957.

20.- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, Discurso Sobre Las Penas, Editorial, Edición Facsimilar, México, 1992.

21.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, Tomo IV, Editorial Porrúa, México 2004.

22.- LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho Penal, Parte General, Editorial Dykinson, España, 2007.

23.- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

24.- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, III Tomos.

25.- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, México, 2005.

26.- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Ed. Porrúa, México 1998.

27.- PESET José, Lombroso y la Escuela Positivista Italiana, Madrid, España, 1975.

28.- POLAINO NAVARRETE, Miguel, Instituciones de Derecho Penal: Parte General, Editorial Jurídica Gridley, España, 2008.

29.- PORTE Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Porrúa, 20ª ed., México, 2003.

30.- RAMOS ARTEAGA, Elena, La Individualización Judicial de la Pena, Editorial Porrúa, México, 2009.



31.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís, Penología, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

32.- UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Teoría de la Ley Penal y del Delito, Editorial Porrúa, Primera Edición, 2006.

33.- VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1995.

34.- WELZEL, Hans, Estudios de Derecho Penal, Editorial Montevideo, Uruguay, 2007.

35.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México, 2005.

### **LEYES Y CÓDIGOS**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, 13ª edición, México 1999.