

321909
5
203

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADO A LA U. N. A. M. CLAVE 3219



EL ALCANCE Y LA AMPLITUD DEL ARBITRIO JUDICIAL EN MATERIA PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

ANDREA HERNANDEZ CARBAJAL

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

INDICE

INTRODUCCION

I. LA PENA

- 1.1 Ius Ponendi
- 1.2 Los fines de la pena
 - a) Prevención
 - b) Represión
 - c) Atemorización
 - d) Rehabilitación
- 1.3 Caracteres y clasificación de las penas
- 1.4 Medidas de seguridad

II. LA MISION DE JUZGAR

- 2.1 El Juzgador
 - a) NoCIÓN
 - b) Clasificación
 - c) Características
 - d) Requisitos
 - e) Prohibiciones
 - f) Impedimentos
 - g) Función judicial valorativa
 - h) Formación, especialización y preparación
- 2.2 La Justicia Penal

III. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

- 3.1 Antecedentes
- 3.2 La expresión "Individualización de la pena"
- 3.3 Criterio de Raymundo Salelles
- 3.4 Clasificación
- 3.5 Tesis de Giulio Andrea Belloni
- 3.6 Reglas normativas
- 3.7 Breves consideraciones

IV. EL ARBITRIO JUDICIAL

- 4.1 Concepto
- 4.2 Dualidad Funcional
- 4.3 Arbitrio judicial, delito y delincuente
- 4.4 Fundamento legal
- 4.5 Momentos de aplicación
- 4.6 Breves consideraciones

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente estudio jurídico pretende analizar el arbitrio judicial del juzgador penal al individualizar la pena, analizaremos qué factores influyen en el ánimo del juzgador al dictar su resolución definitiva, se hará un estudio de la función que el órgano jurisdiccional realiza al emitir su sentencia, la cual pone fin al proceso penal, la justificación y el origen en el ánimo del ser humano de la pena, adentrándonos en lo que es la pena para comprender su finalidad y su razón de ser; analizaremos la misión de juzgar, estudiaremos al juzgador, a la Justicia, a la individualización de la pena, al arbitrio judicial.

Dentro de nuestro estudio de la pena se hará un estudio para concluir si realmente cumple su finalidad de readaptación social del sentenciado o bien, si ésta es un mero castigo aplicado por el juzgador con el único fin de imponer un sufrimiento al delincuente, lo que evidenciará el marco en el que debe estar inmerso el juzgador al emitir su fallo. Sería muy difícil nuestra investigación si no entráramos al estudio de la pena, de la justicia y del propio juzgador, de la individualización de la pena y del arbitrio judicial; asimismo haremos un análisis de nuestro Código Penal vigente estudiando las sanciones plasmadas en él, la naturaleza de las penas y de las medidas de seguridad, cuya importancia demostraremos en el presente trabajo para el juzgador al aplicar su arbitrio.

En el análisis de la individualización de la pena se estudiará su naturaleza jurídica, así como su finalidad que el juzgador plasmará

sus resoluciones al emitir una sentencia, aplicando su inteligencia, su preparación, su especialización, su humanidad, su conciencia, su moral, su experiencia y demás principios con los que cuente el juzgador, mismos que lo llevarán a la tarea considerada por algunos tratadistas como el acto más digno y más alto, que puede estar en las manos trémulas de cualquier hombre, el juzgar a otro hombre, y el más difícil por todo lo que ello implica como seres humanos imperfectos y sujetos al error.

En la individualización de la pena, es decir la pena aplicada al caso en concreto, esta ardua tarea encomendada al juzgador debe de tomar en consideración al realizar un juicio de valoración, los aspectos tanto objetivos como subjetivos en base a estudios de personalidad del delincuente así como la peligrosidad, las circunstancias exteriores de ejecución del delito, la entidad del delito en base a su importancia social, los derechos lesionados, es decir el daño causado en los bienes legalmente tutelados, el grado de escolaridad del sujeto, su economía, su idiosincracia y todos los demás elementos que estudiaremos y concretaremos en el desarrollo de este importante capítulo de la presente investigación técnico-jurídica.

Por último, el cuarto capítulo del presente trabajo, desarrollará el arbitrio judicial, es en éste en el que evidenciaremos la amplitud y los alcances del arbitrio judicial, con sus efectos y trascendencia, de acuerdo a lo que está plasmado en nuestra legislación penal, se determinarán los momentos en que el Juzgador podrá aplicarlo en forma libre, entre un mínimo y un máximo, es decir un margen de vital

importancia, este margen es el que, en forma personal nos inquieta y nos preocupa, de qué forma la ley da una libertad de aplicación, de valoración, de aplicar todos nuestros miedos, nuestra ignorancia, nuestra injusticia, nuestra incomprensión, el juzgador en su facultad del arbitrio judicial tiene un arma letal que puede dramáticamente lesionar a la propia sociedad, al administrarse injusticia, dentro de la amplitud de dicha potestad, hay mucho trabajo por hacer de parte del Estado, por lo que consideramos que el arbitrio judicial debe ser modificado y ser mucho menor al actual legal, debe limitarse su aplicación, a través de una legislación penal más concreta y más humana.

CAPITULO PRIMERO

I. LA PENA

1.1 Ius Ponendi

1.2 Los fines de la pena

- a) Prevención**
- b) Represión**
- c) Atemorización**
- d) Rehabilitación**

1.3 Caracteres y clasificación de las penas

1.4 Medidas de Seguridad

CAPITULO PRIMERO

LA PENA

1.1 IUS PONENDI

El hombre desde su aparición en la tierra, ha vivido en forma gregaria, teniendo la imperiosa necesidad de convivir y comunicarse con sus congéneres, conllevando la aparición de diferencias entre ellos mismos, por su forma de ser y de pensar ocasionándose entrentamientos que los obligaron a crear un orden que rigiera con armonía su diario devenir.

Así surge el derecho que es un sistema de normas obligatorias que otorgan a los individuos derechos y les impone obligaciones; dichas normas rigen la vida humana en sociedad, protegiendo intereses fundamentales que deben ser asegurados para garantizar la supervivencia misma del orden social; al respecto Joaquín Francisco Pacheco, nos señala que "el derecho a castigar es uno de esos axiomas sentidos antes de ser justificados, y que se imponen, sea cual fuere el grado de civilización en forma imperceptible" (1).

La sociedad para defender y proteger sus intereses, ejercita ese derecho a castigar, sentido antes que comprendido, que se conoce también como IUS PONENDI, mediante la persecución y represión de

los delitos, correspondiendo al IMPERIUM del estado de manera privativa la aplicación de la ley penal, mediante un procedimiento que garantice el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del estado para la correcta administración de la justicia penal; que Enrico Ferri justifico expresando " El fundamento de la potestad atribuida al poder social para restablecer la normalidad jurídica, mediante el castigo del delincuente, antes que en las leyes escritas, estaba grabado en el corazón del hombre, era percibido por su conciencia y su razón lo presentaba al entendimiento como norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva" (2) permaneciendo la sanción como un conjunto de sentimientos cristalizados en el IUS PONENDI que sigue a las sociedades humanas durante toda su historia.

El IMPERIUM del estado ejercitará el IUS PONENDI que corresponde a la sociedad y equivale a la legítima defensa que se reconoce a los particulares, justa y proporcional, este derecho se ejercitará contra cualquiera que ponga en peligro su tranquilidad, sus intereses, y siendo el estado su representante, será el encargado de la persecución y la represión de los delitos a través de sus órganos competentes.

EL IUS PONENDI consiste en la facultad del Estado de conminar la realización del delito con penas, y en su caso, imponerlas y

ejecutarlas, mediante leyes, dando vida a la legitimidad del Estado al mantener el orden persiguiendo y reprimiendo los delitos.

Por lo tanto, la vida del hombre en sociedad da vida al IUS PONENTI que el estado a través de su IMPERIUM, ejercita para conservar y proteger la vida en sociedad, hoy en nuestros días, se ejercita a través de las normas jurídicas del Derecho, imponiendo y ejecutando penas por medio de sus órganos competentes para conservar el orden social.

A través del poder público del Estado se garantizan las condiciones de la vida social, se organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando vida al Derecho Penal, que tuvo en sus orígenes un desarrollo superior al de otras ramas del Derecho, lo que se comprende con solo considerar la eficacia del medio coactivo que siempre representa la pena para los hombres, sin embargo el derecho penal es como cualquier otro sistema de ideas, ya que es el conjunto de normas jurídicas reunidas de modo que forman un cuerpo de doctrina penal, el cual el hombre lo concibe en toda su amplitud y su pureza a través del estudio de su evolución en la historia de la civilización:

Durante la infancia de los pueblos, los individualismos estaban aislados y distantes entre sí y las ideas generales de orden y

armonía eran demasiado oscuras y débiles, la justicia en general no era comprendida, por el hombre, ya que se encontraba inmerso en un egoísmo existencial, sólo le preocupaba él mismo y sus intereses. Sin embargo los hombres, como ya se dijo, tienen un conocimiento instintivo de la justicia penal grabado en sus espíritus y corazones en forma imperceptible. Sienten que el mal merece el mal. En la cuna de la sociedad es cuando el IUS PONDENDI es el derecho a castigar, se confunde casi con el derecho de defensa personal, que es esencialmente individual, transitorio y bestial; la venganza se mezcla con la penalidad en esas épocas, sin que el hombre se ofenda o escandalice ya que consideraban que el castigo brutal y vengativo era lo merecido, lo necesario en aquélla época.

Poco a poco la vida social logra progresar y las ideas de orden público empiezan a aparecer, dejando atrás los sentimientos personales violentos y vengativos que eran el resultado del excesivo individualismo; incrementándose una necesidad mayor de paz y sosiego, reconociéndose al fin la insuficiencia de la razón individual para mantener el orden social; así la penalidad empieza a ser el principio regulador de la justicia, se humaniza sirviendo la ley penal sucesivamente a todos los sistemas y a todos los intereses, algunas veces se ha atrevido a usurpar las funciones de la justicia eterna y otras, olvidando toda noción moral, ha servido bajamente intereses puramente materiales,

personales y transitorios, gracias a los administradores de la Justicia penal que se engalanan con el color del interés general y ocultan su egoísmo a la sociedad. Aquí es cuando la legislación penal entra en la más triste y deprimente oscuridad y la aplicación de la ley es un simple instrumento para atender y servir intereses mezquinos y favoritistas.

Desgraciadamente esta permanente propensión que tiene los humanos a deshumanizar los principios del derecho, se desarrolla a veces por causas desafortunadas con gran celeridad; aplicándose el antiguo dicho: "no hay bestia más feroz que el hombre, cuando en el están reunidas las pasiones del poder" (3).

Al respecto, Jiménez de Azúa ha dicho: "Este hecho grandioso y terrible, que pone en manos del Estado el IUS PONENDI debe ser sometido a investigación... la coercibilidad MAXIMA radica en el Derecho Penal" (4).

El derecho penal contiene dentro de sí un eficaz medio coactivo para los hombres: la pena, cuya aplicación y ejecución debe en todo momento, ejercitarse con el fin social para el que fue impuesta, mantener y conservar el orden social.

El IUS PONENDI pone en manos del estado la coercibilidad máxima para el hombre: la pena, por lo tanto, el mismo estado debe

vigilar muy de cerca el ejercicio de dicha facultad y procurar la justicia en la sociedad; ya que el hombre es propenso a deshumanizar y a atender intereses particulares, el estado debe vigilar la aplicación de las leyes por él impuestas, pero sobre todo purificar sus principios y perfeccionarse en la justicia.

1.2 LOS FINES DE LA PENA

- a) Prevención
- b) Represión
- c) Atemorización
- d) Rehabilitación

Se consideran como los principales fines de la pena: la prevención, la represión, la atemorización y la rehabilitación.

Ante los problemas del hombre en sociedad, el estado tiene la función de prevenir y reprimir la delincuencia, esta función se materializa en la adopción de prevenciones genéricas de observancia general, normas obligatorias de conducta e incluso las sanciones, plasmadas en las leyes escritas que regulan la conducta de los hombres.

Dichas leyes tuvieron aplicación desde el momento en que el hombre concibió la idea de reunirse con sus semejantes y de dictarse límites de conducta para regir sus actos. Entonces

surgieron normas impuestas para la conservación de la armonía social, que no pueden violarse impunemente por los componentes del grupo, sin hacerse acreedores de una pena.

Cuando un individuo comete un delito se establece una relación jurídica entre el estado y el delincuente como lo sostiene Humberto Briseño Sierra (5), esta relación es principal cuando el estado para mantener el orden y restaurar el derecho violado, persigue al responsable mediante el proceso y logra la imposición de la pena, y accesoria cuando el estado sólo persigue el resarcimiento del daño, es decir, violada la ley penal, nace una relación de orden público entre el estado y el individuo a quién se imputa el delito, para que, demostrada plenamente la responsabilidad del infractor, se le impongan las sanciones o medidas de seguridad que correspondan, reprimiéndose y atemorizando a los delincuentes, incluso para rehabilitarlos.

Quebrantada la norma penal, surge la relación entre el estado que tiene a su cargo la reestructuración del derecho violado, y el individuo a quien presume responsable del hecho. La imposición de estas penas y medidas de seguridad debe hacerse a través de un proceso regular con estricto cumplimiento de las reglas procesales, de lo contrario el derecho penal no cumpliría su misión de proteger y garantizar los intereses sociales.

La pena, se dice, es un mal necesario como sostiene Humberto Briseño Sierra (6) la conducta delictuosa debe ser penada, y la pena se fundamenta en distintos conceptos: la intimidación, la ejemplaridad, la expiación, la conveniencia de evitar la venganza y todo ello se encamina a conservar el orden social.

Seguramente, cuando el legislador se vió en la necesidad de plasmar las leyes en forma tal que, todo individuo conociera los castigos que imponía la sociedad de su época, por la comisión de una determinada conducta calificada con el distintivo de ilícito o ilegal, se estuvo en presencia primeramente de preservar a la sociedad de los crímenes de sus ciudadanos, como un instrumento de prevención, para posteriormente extenderse a todo aquel acto que iba en contra de la seguridad del estado y de sus habitantes, intimidando, reprimiendo y rehabilitando como fin inmediato a la represión del delito.

Las sanciones establecidas por las normas del derecho reciben la denominación específica de penas, que viene siendo la forma más característica del castigo. La pena ha sido definida por diversas personalidades en la materia, Cuello Calón la define como "el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal" (7); la pena viene siendo un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos como lo son la libertad,

propiedades, el honor, la vida, etc., el estado impone las penas porque es el encargado de conservar el orden jurídico. Además las penas deben imponerse como resultado de un proceso penal y debe ser personal y estar estatuida en ley, pues si éstas se basaran en el libre albedrío de los individuos serían retribución del mal por mal, expiación y castigo, si la imposición de las penas se basa en la peligrosidad social que el infractor refleja, entonces la pena será la adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales. Por lo que las penas siempre deben ser impuestas por el Estado y a través de un proceso legal, atendiendo al sujeto en lo particular que cometió la infracción, sólo considerando su individualidad será la pena adecuada para la defensa de la sociedad, fundamento del fin de rehabilitación del reo, de la pena.

Para Hegel la pena es "la lesión de la voluntad del delincuente, la lesión de la lesión del derecho, la anulación del delito y la reintegración del derecho" (B), como tal, no deja de ser justa en sí, pero es también justa en relación con el delincuente, lo que permite que el reo pueda sentirse, en su calidad de ser racional, honrado con la pena, lo que no podría suceder cuando el concepto y la medida de la pena en vez de ser deducidos del delito, fuesen detraídos del daño que deriva de él y el fin único de la pena fuese mejorar o inocuizar al delincuente.

La pena es un sufrimiento impuesto por el estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal cometida contra la sociedad en que vive.

Con estos conceptos de lo que es la pena para ciertos tratadistas, podemos darnos cuenta de que, el punto de partida de la represión del delito o mal es para mantener en su status a la sociedad, y con ello se inician otras finalidades que el estado persigue como son la de rehabilitar al delincuente y prevenir la creciente ola delictiva que azota a la sociedad.

El estado provee una doble tutela: represiva y preventiva. A la primera corresponden las penas que tienen su fin de represión y retribución, a la segunda, las medidas de seguridad que tienen un fin propiamente de seguridad.

Las penas son impuestas por el estado. Dentro de la ley encontramos los límites para imponerla, siempre atendiendo a los fines esenciales de ella misma.

Su imposición por lo tanto, debe estar enmarcada por un proceso jurídico apegado a derecho. Hoy en nuestros días, la pena se basa fundamentalmente atendiendo las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas como las particularidades del procesado; en el capítulo III de este trabajo profundizaremos al respecto.

Según el maestro Cuello Calón, la pena debe aspirar a obtener los siguientes fines:

"a) Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que lo aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social. Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

b) Obrar no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos, mostrándoles mediante su comisión y su ejecución, las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así sus sentimientos de respeto a la ley y creando en los hombres de sentido moral escaso, por razones de propia conveniencia, motivo de inhibición para el porvenir" (9).

La pena debe tener un fin individual en cuanto al delincuente y un fin social para con la sociedad; la pena debe ser vivida y experimentada como mal. En este aspecto se dirige a las funciones profundas del hombre: sentimientos, instintos y aspiraciones. Esto es con relación a la impresión que causa la pena, cuando se dice que ésta obliga al autor de un delito a la toma de

conciencia al trabajo y a una vida ordenada, debe despertar y reforzar en él, sobre todo en las penas privativas de la libertad, las tendencias útiles para la sociedad, su deseo de regresar a la vida en sociedad.

Si bien es cierto que en la infancia de la civilización la pena era un castigo, actualmente la pena cumple una doble función: previene conductas delictivas y fundamentalmente rehabilita, buscando en el delincuente los sentimientos, instintos útiles para la sociedad en que vive y se desarrolla. El juzgador por tanto debe saber la impresión que una pena va a causar en el individuo culpable, ya que puede eliminarlo de la sociedad y debe tener como fin, los fines de la pena.

Es bastante notoria la preocupación de los tratadistas de derecho al promover sus ideas a favor del sujeto delincuente, para que éste sea conocido por la justicia y no que sea al contrario, es decir, que el individuo tenga que conocer forzosamente a la justicia en forma de una pena que el estado le impone para reprimir su conducta antijurídica. Sin embargo, Raúl Carrancá y Trujillo, se manifiesta diciendo que "la pena no es fin en sí, sino el medio para el fin, la corrección y readaptación del delincuente, o siendo imposible esto, su segregación para la defensa de la sociedad" (10).

Por lo anterior, pensamos en la necesidad de conservar los rasgos esenciales del movimiento de defensa social, el predominio de la prevención, la readaptación social del delincuente y su tratamiento desprovisto de toda represión, ya que con el hecho de enclaustrarlo en una prisión, se ejerce con ello una represión físico-psicológica en el individuo, al respecto, Raúl Carranca y Rivas expresa: "Es horrible castigar y torturar el cuerpo, la evidencia de este hecho ha desgarrado la sensibilidad de todos los hombres de buena voluntad. Pero es más horrible, aún, torturar y castigar el espíritu... el hombre acaba más cuando ha sido destruido moral y mentalmente que cuando es destruido su cuerpo" (11), la prisión es una pena que convierte al cuerpo en el instrumento físico que recibe materialmente el castigo, sin embargo implica sensaciones psicológicas insostenibles al privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien, se profana la zona más sagrada de la individualidad: el alma.

Esta es una doctrina preventiva, antirretribucionista y humanista, ya que sus fines primordiales deben encaminarse al estudio del delito, del delincuente y de la sociedad en la cual se va desarrollando él mismo, para combatirlo y crear una nueva conciencia en los individuos de una nueva sociedad o cuando menos debe intentarse desarraigar a la justicia penitenciaria de esa idea arcaica del castigo como único fin de la pena.

La pena debe readaptar, reeducar, resocializar, no es un fin en sí misma la pena, es un medio para lograr que el delincuente no vuelva a delinquir y se adapte como nunca lo logró a su comunidad y no viole sus normas jurídicas, y así debe considerarla el juzgador al aplicar su arbitrio judicial.

Para el positivismo criminal como lo señala Fausto Costa (12) la pena, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos, es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña en ejercicio del derecho de defensa; en consecuencia, la noción de la pena está en esencia divorciada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral. La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito, no al deber violado, sino a la temibilidad del delincuente. En consecuencia, la pena es el tratamiento que el estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo como fin la defensa social.

Consideramos de importancia anotar la siguiente aportación del maestro García Ramírez que al respecto señala: "Hoy, el sistema

mexicano se pronuncia, como prácticamente todos los del mundo contemporáneo, pese al desencanto que empieza a surgir en algunos sectores, más bien extranjeros que nacionales, en el sentido de rehabilitar y no de castigar simplemente. De los cuatro fines posibles de la pena como son: retribuir, intimidar, expiar y readaptar, el derecho mexicano ha optado por éste último y carga el acento una y otra vez sobre la misión terapéutica y redentora de las penas, particularmente de la que apareja la pérdida o la restricción de la libertad. Esto, desde luego, sin que pueda perder la pena su condición técnica de medida para el reestablecimiento del orden jurídico quebrantado y de que sean por ello, un sistema de retribución, tampoco se podría soslayar, en el terreno de los hechos, el valor de la amenaza penal para la disuasión de conductas antisociales (prevención general) ni cabría negar su utilización, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, como instrumento para expiación de la culpa. No es esto último, pero lo que importa principalmente a nuestro sistema jurídico, sino por encima de todo, o solamente, la readaptación social" (13).

Como podemos darnos cuenta y según la opinión citada, actualmente, siguiendo la corriente informadora del régimen penitenciario mexicano, se pretende, que el fin de la pena ya no sea el castigo, sino la readaptación social del delincuente, sea

cual fuere la infracción cometida, dejando a salvo el fin de retribución y de expiación de la pena.

Así el juzgador al individualizar la pena, a través del arbitrio judicial debe atender a este fin del derecho mexicano, siempre debe procurar que el delincuente se readapte socialmente por medio de la sanción impuesta y posteriormente quizá pueda pedir retribución y castigo. Nunca el arbitrio judicial puede desviarse de este fin, ya que se apartaría del humanismo de la rehabilitación del delincuente.

1.3 CARACTERES Y CLASIFICACION DE LAS PENAS

Haciendo un poco de historia y estudiando a los tratadistas que sobre la pena han escrito, nos damos cuenta que en los diversos pueblos de la humanidad, desde sus orígenes, existió la imposición de penas por parte de un órgano superior, a los infractores del patrón social en el que se desenvolvían y que desde luego en la antigüedad, las penas impuestas, eran verdaderos y crueles castigos, instaurándose así, la pena de muerte o pena capital, como sanción a aquellos delitos más graves.

A medida que la civilización ha ido tomando conciencia y humanizándose, se han agrupado los diferentes pueblos en organismos internacionales (O.N.U.; U.N.E.S.C.O., etc.) con el

fin de protegerse mutuamente y resolver los problemas comunes entre ellos y es así como ha disminuído en gran parte, la aplicación de ese tipo de sanciones capitales, aunque todavía existen países en donde se lleva a cabo la pena de muerte.

Por lo que se refiere a los demás países exentos de la pena capital, poseen regímenes penitenciarios que cuentan con órganos encargados especialmente para la represión de los delitos y nuestro país no es la excepción, nuestro sistema es mixto, es decir, impone penas corporales y pecuniarias, ya que existe una pena determinada para cada tipo de infracción específicamente, existiendo como principio básico de esto: "Nulla poena sine lege" por lo tanto, no puede haber castigo para un sujeto que haya cometido un acto ilícito para el común de las gentes, si dicho acto no se encuentra tipificado en la ley como delito.

Ahora bien, tratándose de cualquiera de las penas privativas de la libertad, su fin ha sido la represión, el castigo, la ejemplaridad para los demás miembros de la sociedad, es decir, para infundir temor en contra del estado o el gobierno y principalmente a los órganos encargados de la persecución de los delitos: Ministerio Público y Policía Judicial.

Aún aplicando la pena capital, la delincuencia persiste, llegándose a la conclusión de que la conducta humana debe

estudiarse desde muchos puntos de vista, como el sociológico, biológico, psicológico, físico y hasta antropológico, es ese momento cuando el arbitrio judicial llegará a establecer una pena adecuada, al individualizarla, de aquí podemos observar su gran importancia, ya que de su correcta aplicación, se podrá conseguir la conservación del orden preestablecido en todo el ámbito del derecho, cuyo único fin es establecer el bien común. La pena es un sufrimiento impuesto por el estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

Personalmente encontramos como:

CARACTERISTICAS DE LA PENA

- A) Es sentida y vivida por el condenado.
- B) Es impuesta por el estado.
- C) Debe ser impuesta por los tribunales judiciales como consecuencia de un juicio penal.
- D) Debe ser personal.
- E) Debe ser legal y dentro de los límites fijados por la ley, para un hecho previsto por la misma como delito.
- F) Su finalidad es la readaptación social del condenado y la defensa social.

Son personales los caracteres fundamentales de la pena anteriores, siempre la pena debe causar en el culpable sufrimiento, ya sea cualquiera que sea su fin, aún ejecutada con

sentido humanitario, como las modernas penas de prisión, siempre es un mal, que causa aflicción para el que la sufre, algunos autores señalan que aunque la pena encierra un sufrimiento físico y espiritual, lleva un bien al reformar la voluntad delictiva del sentenciado.

La pena debe estar establecida por la ley y siempre será aplicada dentro de los límites fijados por ella.

La pena en sus clases y cuantía debe imponerse de acuerdo por lo ordenado en la ley, y así deben sustraerla los jueces, al aplicar su arbitrio, además debe recaer únicamente en la persona del culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro, de aquí surge el principio de la personalidad de la pena.

Señala Carrancá y Trujillo "la pena debe ser "intimidatoria", así se evitará la delincuencia, por el temor de su aplicación; "ejemplar" no solo al delincuente sino a la sociedad, para que se advierta la efectividad de la amenaza estatal; "correctiva" al producir en el penado la reeducación y readaptación a la vida social, mediante los tratamientos adecuados, impidiendo la reincidencia; "eliminadora" en forma temporal o definitivamente, según se readapte el delincuente o se trate de sujetos incorregibles; "justa" para salvaguardar los derechos de los individuos que como personas tienen" (14). Agregaremos que la

pena surge al existir sentencia definitiva dictada por la autoridad judicial y siempre se aplicará post-delictum, es decir una vez materializado el delito. Es visible la relación inevitable, indestructible entre delito y pena, ya que la pena es sancionadora de actos y omisiones antijurídicos, típicos, imputables y culpables, es imposible hablar de la naturaleza de la pena, si se omite al delito, como lo es plantear la de el delito, si se omite a la pena. Así resulta que el concepto "pena" forma parte de la definición del delito, incluso si nos remontamos al texto constitucional del tercer párrafo del artículo 14 y al artículo 7 del Código Penal, la punibilidad es un elemento esencial del delito y su consecuencia.

El maestro Carrancá y Trujillo (15) clasifica las penas atendiendo a la naturaleza de las mismas en:

a) Penas contra la vida, considerada como la primera de todas, la muerte: "poena capiti sive ultimi supplicii". Es la pena capital, al respecto, escribe Carrancá y Trujillo "Dos cuestiones son fundamentales con relación a la pena de muerte: la primera, si ella es justa en sí, esto es, si es legítima; la segunda, si es útil en un momento dado, esto es, si es oportuna" (16), el maestro mantuvo su posición como abolicionista de la pena de muerte, ya que ésta no sirve a la sociedad, es una manera

brusca y simplista de ajustar cuentas entre el criminal y la sociedad.

b) Penas corporales (azotes, mutilaciones, marca, palos, etc) son penas contra la integridad física o que causan dolor físico: las poenae corporalis, usuales en el antiguo derecho, prohibidas por nuestra Constitución en su artículo 22.

c) Penas contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado) privan al reo de libertad de movimiento.

d) Penas pecuniarias (multas, reparación del daño, etc) recaen sobre el patrimonio del condenado.

e) Penas contra ciertos derechos (destitución de funciones, inhabilitación de derechos políticos, etc).

f) Penas intamantes. Privan del honor a quien las sufre, prohibidas por el art. 22 Constitucional.

g) Medidas de seguridad. Estas son diferentes a las penas, se abordarán en el siguiente subtema.

Carrancá y Trujillo (17) distingue en el artículo 24 del Código penal vigente como:

PENAS:

Apartado 1. Prisión

Apartado 6. Sanción pecuniaria

Apartado 12. Suspensión o privación de derechos

Apartado 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos

Apartado 14. Publicación especial de sentencia

MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Apartado 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos

Apartado 17. Medidas tutelares para menores

CARACTER MIXTO (PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD)

Apartado 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad

Apartado 4. Confinamiento

Apartado 5. Prohibición de ir a un lugar determinado

Apartado 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito

Apartado 9. Amonestación

Apartado 10. Apercebimiento

Apartado 11. Caución de no ofender

Apartado 15. Vigilancia de la autoridad

Apartado 16. Suspensión o disolución de sociedades

Apartado 18. Decomiso de bienes correspondientes al
enriquecimiento ilícito.

Las penas, atendiendo al fin que se persigue, Cuello Calón las clasifica en:

"a) Penas de intimidación. indicadas para los delincuentes no corrompidos en los cuales existe moralidad, que es preciso reforzar con el miedo a la pena.

b) Penas de corrección. que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados corregibles.

c) Penas de eliminación o de seguridad. para los criminales incorregibles y peligroso a quienes es preciso, por seguridad social, colocar en situaciones de no causar daño a los demás" (18).

Es conveniente señalar que las penas de prisión o privativas de la libertad, aunque son solamente la minoría del arsenal con las

que cuenta el juzgador, son las más recurridas y aplicadas (específicamente la pena de prisión), lo que no nos parece admisible, ya que las normas jurídicas penales deberían optar por otros tipos de sanciones menos dramáticas y que ayudaran a la readaptación del reo, puntos que el legislador debe contemplar al crear las normas penales.

Hacemos hincapié, al respecto en el siguiente punto, el juzgador, para nuestra opinión, debe de atender al tipo de pena que dictará al delincuente, debe conocerlo para aplicarle la adecuada y correcta sanción, a través de su arbitrio judicial, determinará el "quantum" de dicha sanción legal.

Entre las demás penas y medidas de seguridad que fijan las leyes, podemos señalar el artículo 194 del Código penal, en relación a la penalidad y tipos básicos del delito contra la salud, señalando la aplicación de tratamientos adecuados en los casos específicos de toxicomanía, bajo estos supuestos:

1. Si la cantidad de sustancias tóxicas no exceda la cantidad necesaria para su propio e inmediato consumo.
2. Todo procesado adicto o habitual quedará sujeto a tratamiento adecuado para su curación.

La reclusión y tratamiento de toxicómanos es una medida de seguridad, y el objeto jurídico del delito tipificado es la defensa de la salud del pueblo por medio de la represión del uso de estupefacientes.

Consideramos importante, abundar en la sanción pecuniaria (art. 24 apartado 6 y arts. 29 y 30 del Código Penal vigente), el delito causa generalmente un daño colectivo constituido por la perturbación del orden social (multa) y un daño individual originado a la víctima del delito (reparación del daño), ya en su persona, bienes, honor, pudor, libertad, etc., el daño colectivo se intenta reparar mediante la imposición de la pena y el daño individual mediante indemnizaciones de carácter civil. La diferencia entre la pena y la reparación de los daños del delito, apenas existió en el derecho antiguo. Pero en el derecho moderno se han diferenciado claramente las consecuencias penales del delito (penas y medidas de seguridad) de sus consecuencias civiles (reparaciones o indemnizaciones), pues su resarcimiento no sólo indemniza al perjudicado por los daños sufridos, sino que también apacigua el resarcimiento de la víctima evitando su venganza y contribuyendo así, al mantenimiento del orden jurídico.

El Código penal de 1871, independizó la responsabilidad penal de la civil y entregó la acción de reparación al particular

ofendido, siendo renunciable, transigible y compensable, con lo que el delito quedaba reconocido como fuente de derechos y obligaciones civiles.

Rompiendo con el anterior sistema el Código Penal de 1929, sentó que "la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente del delito", reconoció que los perjuicios podían ser materiales o no materiales.

La reparación del daño en nuestros días, es fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, a su libre arbitrio, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla (art. 31 Código penal vigente); en caso de reparación del daño por causa de delitos imprudenciales, el Ejecutivo de la Unión reglamentará la forma administrativa de garantizar dicha reparación.

Al señalar en el artículo 34 del Código penal vigente, que la reparación del daño debe ser hecha por el delincuente, le da a la pena, carácter público, agrega que cuando sea exigible a terceros, tendrá carácter de responsabilidad civil.

Se ventila en lo anterior una excepción, ya que el juzgador al obligar al delincuente a garantizar la reparación del daño para

obtener libertad provisional atiende intereses de naturaleza civil y al emitir en su sentencia definitiva que reparará el daño causado ésta será de carácter público.

En el arbitrio judicial recae fijar la reparación del daño según su gravedad y atendiendo a la capacidad económica del que causó el daño, realmente en la vida práctica no se hace un análisis profundo de estas circunstancias para cuantificar los daños ocasionados por el delito, sin importar si el individuo tiene o no medios suficientes para pagar los daños, en nuestras manos como estudiosos del derecho, abogados litigantes hacer lo posible porque se cumpla al fijar la reparación del daño, con el estudio necesario y profundo de las características del procesado.

En el artículo 76 del Código penal se señala que para la procedencia de la sustitución y la conmutación, se exigirá al condenado la reparación del daño, lo anterior afecta gravemente al delincuente de escasos recursos económicos que no podrá obtener su libertad, significando que el único que sufre todo el rigor de la ley es el individuo de escasos recursos económicos, mientras que el rico goza de la impunidad, el arbitrio judicial es una trampa en estos puntos, para la correcta administración de justicia en materia penal. En la vida práctica, por el cúmulo de trabajo, se dictan fallos que no están sustentados en un análisis profundo de todas las circunstancias que deben ser contempladas y

estudiadas por el juzgador. El arbitrio judicial, por lo tanto es falible y propenso a deshumanizarse en forma continua y repetida, desamparando aún más a los desprotegidos que no cuentan con un abogado realmente conocedor del derecho, los juzgadores deben de pasar por alto los obstáculos cotidianos y aplicar la ley sustentándose en un análisis profundo razonando su determinación.

1.4 MEDIDAS DE SEGURIDAD

Enrique Ferri (19) niega que pueda existir distinción alguna entre las medidas de seguridad y las penas, discrepamos de su apreciación, ya que opinamos que si existe distinción, aunque nuestro Código Penal las maneja simultáneamente, basándonos en las siguientes consideraciones: en el derecho mexicano no existe grado intermedio entre el acto ilícito penal; las garantías constitucionales no permiten que los derechos individuales se modifiquen con la imposición de sanciones, sino como consecuencia de delitos cometidos, esto origina que en nuestro Código penal, los estados peligrosos predelictivos sean presentados como delitos formales, aunque en ellos falte la lesión de un bien jurídico. Pero las medidas de seguridad han sido empleadas desde el Código clásico de 1871, como auxiliares de la pena, para satisfacer los fines del estado, a este orden pertenecen las penas de amonestación, caución de no ofender arts. 42, 44 Código penal).

El Código vigente, en su artículo 24 señala en forma indistinta las penas y medidas de seguridad, evidenciando la necesidad de dividir las, ya que son distintas, las penas tienen como fin readaptar, rehabilitar, reeducar, en sentido amplio, fin retributivo y de expiación también; en cambio las medidas de seguridad son auxiliares de la pena, para prevenir ilícitos, en caso de los estados peligrosos predelictivos.

Resultan responsables de los delitos: los locos, idiotas, sordomudos, etc, pero esta responsabilidad social y legal, definida en el Código penal, tiene como sanción, no las penas comunes de todos los delitos, sino medidas de seguridad apropiadas a la personalidad de cada delincuente, pudiendo aplicarse una medida de prevención social, ya que de acuerdo al artículo 15 del Código Penal vigente son circunstancias excluyentes de responsabilidad: Fracción II. Padecer el inculcado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente; por lo que no pudiendo aplicarse sanciones legales, sino medidas de prevención social como la reclusión para fines curativos, se tendrá en cuenta el delito cometido, porque revela la tendencia de la persona a quien se impone la sanción y por tanto, debe

servir para fijar el tratamiento que ha de aplicarse al menor de edad y al loco; el juzgador deberá analizar y atendiendo a su prudente arbitrio, tiene la capacidad de dictar los tratamientos que considere correctos y eficaces al individuo inimputable.

Independientemente de las medidas de seguridad que se aplican como única sanción a los incapacitados, admite el Código penal, medidas de seguridad que tienen como objeto fungir como penas accesorias del delito cometido, pero están dirigidas principalmente a evitar las futuras manifestaciones de la peligrosidad del delincuente. A este orden de medidas de seguridad pertenece la amonestación, el apercibimiento, la caución de no ofender, la suspensión de derechos, publicación especial de sentencia (art. 24 Código penal), instrumentos que el juzgador puede aplicar a su libre arbitrio.

En la lucha de la defensa social contra la delincuencia, la pena está acompañada por las medidas de seguridad, se complementan en un sistema intermedio.

Se deja así a las penas, la aflicción consecuente al delito y aplicable sólo a los delincuentes y a las medidas de seguridad, la prevención consecuente a los estados peligrosos aplicable a los sujetos inimputables o incapaces o toxicómanos.

En nuestra legislación hay medidas de seguridad no clasificadas ni ennumeradas en el artículo 24 del Código Penal son: la condena condicional, y la retención (arts. 84, 90 Código Penal).

Nuestro punto de vista es que las medidas de seguridad tienen una excepcional importancia en el Derecho Penal moderno, ya que descargan su fuerza también sobre el alma, por ello este tipo de medidas preocupa seriamente a hombres como Jean Larguier, partidario de que la regla inflexible sea que la ley penal intervenga cuando la actitud criminal se haya suficientemente materializado. La medida de seguridad, pues, no sanciona la infracción penal in specie, sino controla al individuo, se enfoca y neutraliza su estado peligroso, modifica sus disposiciones criminales y sólo suspende su influencia cuando el deseado cambio de personalidad se ha obtenido. El juzgador tiene en las medidas de seguridad, un arma poderosa de prevención y radica en la aplicación de su arbitrio judicial, la facultad de aplicarlas oportuna y correctamente.

Opina Carrancá y Rivas en su obra "El Drama Penal", que "se pretende dar a los mecanismos de la punición legal una intervención justificable no sólo sobre las infracciones sino sobre los individuos, en otras palabras, más que sobre lo que ellos han hecho, sobre lo que ellos son, serán y pueden ser; tres tiempos: presente, futuro y metafuturo" (20).

Se impone una pena por lo que es, será y puede llegar a ser el sentenciado, una sola conducta se castiga por 3 momentos diferentes. Debemos considerar que las penas se fundan en la culpabilidad, las medidas de seguridad en la peligrosidad. Por ello la pena se aplica post-delictum y por determinación de los tribunales penales; las medidas de seguridad son aplicables ex-delictum, correspondiendo su aplicación a la autoridad administrativa, ya que ésta llevará a cabo el tratamiento indicado y recomendable para su rehabilitación o su definitiva eliminación de la sociedad.

Las medidas de seguridad intentan evitar la comisión de nuevos delitos, en tanto las penas llevan la idea de expiación y retribución, por lo que el juzgador mediante su arbitrio estudiará cuándo imponer penas o medidas de seguridad.

No hay que confundir las medidas de seguridad, que se aplican a personas determinadas que han cometido alguna infracción a las leyes penales, con las medidas de la prevención, que se aplican a la sociedad en general.

Las medidas de seguridad consisten en tratamientos especiales impuestos por el estado a determinados individuos, para obtener su readaptación a la vida social (medidas de educación,

corrección y curación) o su segregación de la misma (las que tienden a eliminarlo, a quitarle la posibilidad de delinquir). A la primera clase pertenecen:

- a) Tratamiento educativo de los menores delincuentes;
- b) El internamiento de los delincuentes alienados y anormales mentales;
- c) Internamiento de alcohólicos, toxicómanos, etc.

Pertenecen a la segunda clase:

- a) El internamiento de seguridad de los delincuentes habituales y la de los aparentemente incorregibles.

Las medidas de seguridad deben ser impuestas en sentencia judicial y de igual manera, que las penas, deber ir acompañadas de todo género de garantías, pues aún cuando un número de ellas se hallan inspiradas en un sentido de asistencia y tratamiento, como generalmente tiene por base internamientos y segregaciones privativas de la libertad, debe evitarse todo peligro de arbitrariedad, eliminando dicho riesgo, el estudio profundo y detallado de las peculiaridades de la personalidad del delincuente y la correcta administración de justicia se cumplirá.

Aunque ya se mencionaron con anterioridad, las medidas de seguridad marcadas por nuestras leyes, las englobaremos en dos grandes grupos:

a) Reclusión de locos, degenerados y toxicómanos

y

b) Medidas tutelares para menores

Las medidas de seguridad son tratamientos de naturaleza preventiva, que responden al fin de la seguridad social, aplicándose según la peligrosidad y personalidad del delincuente.

El cuadro sistemático de las medidas defensistas, que comprende, tanto las penas como las medidas de seguridad de Prins:

1. El sistema de la pena para los delincuentes normales;
2. El sistema de seguridad o preservación para los delincuentes inimputables cuyo estado psíquico, sin ser locos, no permite la aplicación de la pena propiamente dicha.
3. El sistema de curación para los delincuentes locos, en establecimientos especiales.
4. El sistema de educación para los delincuentes menores.

El primero comprende especialmente las penas y los 3 restantes las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad y las penas no deben confundirse, la ley debería escindirlos, ya que la pena tiene como fin la readaptación, retribución e incluso la expiación y las medidas de

seguridad tienen como fin evitar futuras manifestaciones de la peligrosidad del delincuente.

Ambas conforman la amplia gama de posibles sanciones con que cuenta el juzgador, al aplicar su arbitrio judicial, al administrar correctamente la justicia.

CITAS PRIMER CAPITULO

(1) Sánchez Cortés, Alberto. "Un Ensayo sobre el Derecho a Castigar", México, Tesis, Universidad Veracruzana, 1940, p. 35

(2) Idem, p. 49

(3) Anón.

(4) Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Editorial Lozada, Argentina, 1950, p.13

(5) Briseño Sierra, Humberto. "El Enjuiciamiento Penal Mexicano", Editorial Trillas, 1a. edición, México, 1976, p. 17, 18, 19 y 20.

(6) Idem, p. 24

(7) Cuello Calón, Eugenio. "La Moderna Penología", Cárdenas editor y distribuidor S.A., México, 1976, p. 324

(8) Citado por Costa, Fausto. "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía", Editorial Unión Tipográfica e Hispanoamericana, 1a. edición, México, 1953, p. 144

(9) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit., p. 452

(10) Citado por Carranca y Rivas, Raúl. , "El Drama Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1982, p. 104 y 105

(11) Carranca y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 106

(12) Cfr. Costa, Fausto. Op. Cit., p. 188-192

(13) García Ramírez, Sergio. "Manual de prisiones" (La pena y la prisión), Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1980, p. 230

(14) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México, 1979, p. 436

(15) Idem, p. 442

(16) Op. Cit., p. 436

(17) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado", Editorial Porrúa S.A., 15a. edición, México, 1989, p. 143

(18) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" (Parte General), Editora Nacional, 9a. edición, México, 1976, p. 583

(19) Ferri, Enrique. "Principios de Derecho Criminal", Editorial Reus, 5a. edición, España, 1963, p. 431

(20) Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 226

CAPITULO SEGUNDO

II. LA MISION DE JUZGAR

2.1 El Juzgador

- a) **Noción**
- b) **Clasificación**
- c) **Características**
- d) **Requisitos**
- e) **Prohibiciones**
- f) **Impedimentos**
- g) **Función Judicial Valorativa**
- h) **Formación, Especialización y Preparación**

2.2 La Justicia Penal

CAPITULO SEGUNDO

LA MISION DE JUZGAR

2.1 EL JUZGADOR PENAL

El juez es un ser humano que juzga a otro ser humano dentro de la justicia penal; es un hombre que juzga un hecho y sobre él establece un juicio de valoración, quizá la más ardua misión es la realizada por el juzgador, ya que en la impartición de la justicia requerirá su brillante inteligencia y sus conocimientos sobre el ente humano; todos nos creemos compenetrados de capacidad para juzgar, pero cuán pocos han pasado a la historia con el timbre de justos como Aristides en la Atenas de Pericles.

Al respecto, Mariano Ruíz Funes, dijo: "Juzgar es tan alto y tan hondo, plantea problemas tan dramáticos, que llega en ocasiones a colocar al hombre en situaciones de angustia, tan agudas que existe una doctrina penal que se resume en el término negación y se sintetiza en esta frase evangélica: No juzguéis. Como necesariamente hay que juzgar, puede comprenderse toda la trascendencia de la misión y además, cuán necesario es ese llamamiento interior, para los hombres que tienen en sus manos trémulas de emoción, la conducta de otro hombre... Juzgar no es aplicar el precepto escrito al hecho concreto, sino algo más. La ley no es simplemente esa norma que manda, que condena, que preceptúa o que permite, contenida en las palabras en que literalmente se concreta; la ley es una expresión del legislador y de la voluntad colectiva en un momento determinado, y al

hombre para el que se le crea la ley, no se le entrega simplemente un texto, se le entrega con él, la intención del legislador que hace de la ley un todo, una expresión de una voluntad colectiva de un pensar colectivo, que el legislador recogió en la regla... Y todo juez tiene que enfrentarse con este problema sutil de conocer cuál es la voluntad de la ley. Que ello es un fenómeno eminentemente social, lo prueba el hecho de que a veces subsisten leyes de las que desertó la voluntad que las dictara" (21).

En la anterior cita, encontramos una inquietante y angustiante preocupación por la función de juzgar, que alimenta el presente capítulo de esta investigación; románticamente lo llamamos "la misión de juzgar", ya que consideramos que no es una función, sino una verdadera misión, que sólo hombres de real y probada vocación deberían realizarla, por su tan alta trascendencia y magnitud, ya que no es sólo aplicar normas, lo que implica... bueno, trataremos de plasmar apretadamente en el presente capítulo, todo lo que implica la misión de juzgar.

a) NOCION

Como juzgador encontramos al juez o tribunal, titular del órgano jurisdiccional, sujeto de la relación jurídica procesal.

Fenech conceptúa que son "la o las personas que realizan la función jurisdiccional, ejercida individualmente o colegiadamente, y que tienen atribuidos por el Estado el deber y la consiguiente potestad de velar por la garantía de la observancia de las normas" (22).

Caravantes va a la etimología de la voz "juez" que proviene del latín "jus" y "dex" de vindex que significa, el que dice el derecho, el vindicador del derecho.

Recordemos que en el Derecho Romano antiguo, el iudex o juez era un simple particular que declaraba que una de las partes tenía toda la razón y el otro no; en cambio estaban los magistrados que eran altos funcionarios del poder judicial; adelante se funden ambas funciones en el magistrado romano (23).

Carnelutti opina sobre el juzgador:

"Más que leer muchos libros, yo quería que los jueces conocieran muchos hombres; si fuese posible sobre todo santos y canallas, los que están en lo más alto o sobre el peldaño más bajo de la escala. Parecen inmensamente distantes, pero en el terreno del espíritu suceden cosas extrañas" (24).

La misión del juez es juzgar, observar hacia el pasado, para juzgar debe comprender, ya que debe hacer justicia, por ello admiramos a los jueces y repetimos con Carnelutti que "ningún hombre, si pensase en lo que es necesario para juzgar a otro hombre, aceptaría ser juez. Y sin embargo, es necesario encontrar jueces. El drama del derecho es este" (25).

Las consecuencias del juzgar, son sociales, psicológicas, económicas, médicas por lo que son terribles: estigmatizan, marginan, etiquetan y

prisonalizan; sería imposible dar un concepto de la misión de juzgar, en el que se plasmara la magnitud de esa función del juzgador, y aún más es nuestro interés en él, ya que tiene legalmente el "arbitrio judicial", facultad cuya investigación es la médula central del presente trabajo de investigación jurídica.

Abundaremos, en la clasificación de los juzgadores, a continuación:

b) CLASIFICACION

Fenech citado por el maestro Garcia Ramirez en su obra "Derecho Procesal Penal", clasifica a los juzgadores en atención a:

- " - la clase de jurisdicción que ejercen
- al número de miembros que integran los órganos jurisdiccionales
- a la calidad de las personas que componen éstos
- a la función procesal que los juzgadores cumplen
- y
- al fin de la actividad que desempeñan " (26)

Abundaremos en cada una de ellas:

- clase de jurisdicción. Dependiendo la jurisdicción que ejercen pueden ser ordinarios, especiales y excepcionales.

ORDINARIOS. tienen permanencia y continuidad funcional, conocen todas las causas penales con excepciones que la propia ley señala. Son en el Distrito Federal los jueces penales, en territorio federal son los jueces mixtos de primera instancia. En el ámbito federal son

los jueces de distrito, en cuanto a la primera instancia; por la segunda instancia son ordinarios tanto el Tribunal Superior de Justicia y los tribunales colegiados de circuito.

ESPECIALES. Dotados de permanencia y continuidad funcional pero constituyen excepción al área de conocimiento de los anteriores. Son en el Distrito Federal los de paz en materia civil y penal. En el ámbito federal son los órganos de la jurisdicción militar y el jurado parlamentario para enjuiciar a altos funcionarios. Son también especiales los jurados ante quienes se siguen las causas contra funcionarios y empleados menores y los órganos de la jurisdicción para menores.

EXCEPCIONALES. Son aquellos órganos de la jurisdicción que desaparecen con las necesidades que lo inspiran. Son órganos creados para el juzgamiento de casos concretos, no preexisten a éstos, ni subsisten una vez emitido el fallo del litigio singular para cuyo conocimiento se les instituyó. Son los jueces por comisión proscritos a lo largo de nuestra historia constitucional, también los jurados comunes son excepcionales ya que se integran para rendir veredicto en un caso particular, una vez rendido aquél, se desintegran. Además son excepcionales los jueces árbitros.

Nos referiremos al artículo 13 Constitucional que utiliza el término "tribunales especiales", queriendo referirse no a los que en estricta técnica lo son, sino a los excepcionales o por comisión, según deducimos del estudio de la anterior clasificación, así concluimos

que los jueces árbitros tienen objetable constitucionalidad en sentido estricto.

-número de integrantes. Por el número de integrantes que lo conforman son:

UNIPERSONALES. Están constituidos por una sola persona física, se les reconocen ventajas como la mayor y mejor posibilidad de inmediación y el consecuente beneficio para la individualización de la pena del delincuente.

También están los MONOCRATICOS que son unipersonales y son los juzgados militares de primera instancia, los Tribunales Unitarios.

COLEGIADOS. Están integrados por dos o más personas físicas. Son la Sala Penal en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las salas de los tribunales superiores- en algunos estados funcionan como órganos unitarios-, los consejos de guerra en el fuero militar, los jurados, consejos para menores infractores, los Tribunales Colegiados, a guisa de ejemplo.

-calidad de las personas. Pueden estar integrados por individuos letrados, legos o de composición mixta.

En México los órganos jurisdiccionales están compuestos con jueces letrados o profesionales, sólo se sustraen los juzgamientos por jurados, los consejos de guerra y los tribunales para menores.

El tribunal de legos es el jurado. Tuvo una gran importancia en la antigüedad, cuando el derecho era consuetudinario y como un eficiente instrumento de defensa del individuo frente al tirano.

Los órganos de jurisdicción de composición mixta son los escabinados. Los escabinos se forman con letrados y legos, que en forma simultánea, conocen de los hechos y aplican el Derecho.

Hay escabinado popular y técnico. El primero es cuando son gente de pueblo y técnico cuando intervienen, además algún conocedor de una disciplina de alguna rama del saber o del quehacer. Y ejemplos en México tenemos a los Consejos de Guerra (integrados por legos en derecho, pero expertos en disciplina militar) y los tribunales para menores o Consejos Tutelares que se integran por un jurista, un médico, un pedagogo y un psicólogo.

-función procesal. De acuerdo a su función procesal pueden ser ordinarios y cognitivos.

ORDINARIOS. Son quienes preparan, durante la instrucción, el material en el que apoyará el pronunciamiento de fondo y los cognitivos son los que reciben el material y a su cargo tendrán el pronunciamiento de la sentencia.

En México los juzgadores locales como los federales, son a un tiempo ordinarios y cognitivos, se considera que lo anterior sirve bien a

las necesidades del buen conocimiento del justiciable, obtenido por medio de una inmediatividad de que no siempre goza el juez cognitivo. Algunos tratadistas aducen el peligro de parcialidad en que se encuentra quien al mismo tiempo que instruye, juzga.

En México todavía existen casos de separación de funciones; en el enjuiciamiento de menores infractores y en la jurisdicción militar, ya que el juez militar instruye causas donde es cognitivo, pero también aquellas en que los Consejos de Guerra sentenciarán.

-fin de la actividad.

Por el fin de su actividad pueden ser represivos, como es la regla en México, ya que aplican penas. Y pueden ser preventivos, cuando aplican auténticas medidas asegurativas, lo son los tribunales preventivos de menores; en cierta forma, la jurisdicción preventiva se ha filtrado en el procedimiento para toxicómanos; ya que el tribunal preventivo indaga sobre la conducta del toxicómano y en forma administrativa, la autoridad sanitaria que es la Secretaría de Salud realizará un dictamen que señale si es toxicómano y determinará la medida de seguridad adecuada para su tratamiento, en virtud de los juzgadores ponen a su disposición a estos individuos.

En nuestro derecho penal, los jueces aplicarán penas y/o medidas de seguridad, que determinarán de acuerdo a su arbitrio judicial. Existen diversas clases de juzgadores u órganos de jurisdicción, pero cuentan con arbitrio judicial, al individualizar la pena en México.

c) CARACTERISTICAS.

El maestro García Ramírez señala que para el buen desempeño de la judicatura, se les otorga a los juzgadores determinadas garantías judiciales y son:

1. Independencia
2. Inamovilidad
3. Seguridad económica" (27)

1. Independencia. En México, la independencia se da por la división de poderes; sin embargo es importante mencionar las características que Ferris quisiera:

- Al ser juzgadores colegiados o colectivos, se diluye la responsabilidad del pronunciamiento.
- No son electos popularmente, con periodos de inelegibilidad.
- Hay posibilidad de carrera judicial, lo que implica sumisión y compromiso.
- La inspección de los jueces es judicial y no debería serlo para ser eficiente en realidad.

2. Inamovilidad. Paliareo señala que los titulares de la jurisdicción deben tener los siguientes derechos:

"Ilimitada permanencia en su puesto; salvo responsabilidad legal y juicio que la acredite; no ser trasladado, sin su voluntad a un puesto distinto al que esté designado; no ser suspendido sino por falta debidamente comprobada en el respectivo procedimiento; y ser jubilado en los términos de ley" (28).

3. Seguridad económica. Levene (29) señala que la seguridad económica le da independencia al magistrado, lo aleja del soborno, le permite vivir dignamente y contribuye a facilitar el ingreso a la judicatura de personas capaces, evita también las deserciones de gente insustituible.

Nuestra ley en sus artículos 73 fracción VI, 94 de la Constitución, prohíbe que sea disminuida la remuneración que perciben durante su encargo, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados de circuito, jueces de distrito, magistrados del Tribunal de Justicia y jueces del Distrito Federal y territorios.

Características de los jueces penales:

- Son designados por el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno (arts. 73 frac. VI Const. y 16 Lot)
- Tienen jurisdicción del fuero común
- Son los titulares de los órganos ordinarios de la administración de justicia penal en el fuero común
- Tienen competencia ordinaria

- Son instructores y sentenciadores
- Tienen capacidad objetiva y subjetiva

La objetiva es por competencia y la subjetiva es cuando reúne las condiciones que su nombramiento reclama y ha sido designado o electo al amparo de la ley.

Cuentan con el arbitrio judicial al individualizar la pena, que ejercitarán dentro de los límites legales.

d) REQUISITOS.

En el derecho mexicano es requisito general para la validez del nombramiento de todo funcionario público, que éste, antes de tomar posesión de su cargo, proteste, es decir, prometa guardar la Constitución y las leyes que de ella emanan (art. 128 Const.).

Para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia se requiere:

- ser ciudadano mexicano por nacimiento
- en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos
- no tener más de 65 años, ni menos de 35 el día de la elección
- ser abogado con título, con antigüedad mínima de 5 años
- gozar de buena reputación
- no haber sido condenado por delito, que lastime la buena fama en el concepto público

- haber residido en el país durante los anteriores 5 años inmediatos a la elección. Salvo ausencias en servicio de la República por menos de 6 meses (art. 95 const.).

El magistrado de circuito deberá ser mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos, abogado, mayor de 30 años, buena conducta y con 5 años de ejercicio profesional. El retiro del cargo es forzoso al cumplir 70 años.

Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia deberán ser: mexicanos por nacimiento, en ejercicio de sus derechos, mayores de 30 años y menores de 65 años el día de su designación. Su sustitución es a los 70 años, abogados, mínimo 5 años de práctica profesional, de notoria moralidad. No haber sido condenados por más de un año de prisión por delito intencional, y en ningún caso si el ilícito lesiona seriamente la buena fama.

Los anteriores requisitos son los exigidos para ser juez penal y magistrado.

Los requisitos para ser juez de distrito son: mexicano por nacimiento, abogado, mayor de 25 años, de buena conducta, estar en pleno ejercicio de sus derechos, con 3 años de desempeño profesional como mínimo. El retiro forzoso del cargo es a los 70 años.

e) PROHIBICIONES

Los juzgadores federales y sus secretarios no pueden tener ningún otro empleo remunerado, so pena de pérdida del cargo.

Específicamente se les prohíbe ser apoderados, albaceas judiciales, síndicos, árbitros, arbitradores o asesores y ejercer el notariado y las profesiones de agente de negocios o de abogado, sino en causa propia.

La prohibición se extiende hasta los actuarios. Ningún funcionario judicial o empleado del ramo, puede tener ocupación que los ponga en estado de dependencia moral o económica o los coloque en una asociación religiosa, salvo cargos docentes cuyo desempeño no perjudique las funciones judiciales.

Tampoco podrán ser corredores, comisionistas, apoderados judiciales, tutores, curadores, albaceas, depositarios, síndicos, administradores, árbitros o arbitradores, interventores en concurso.

f) IMPEDIMENTOS

Son los hechos o circunstancias personales que concurren en un funcionario judicial y que lo obligan a no tener conocimiento de determinado juicio, por ser obstáculos para que imparta justicia.

Son causas de abstención o excusa y de recusación:

En la primera la iniciativa es del juez y en la recusación es a iniciativa de parte. Su efecto es que impiden que el juez conozca de un proceso cuando concurren situaciones que podrían afectar su serenidad (iudex suspectus).

Todas las causas de recusación o excusa pueden atribuirse a alguno de estos motivos: interés personal, moral o material, directo o indirecto; interés funcional; afecto, parentesco o solidaridad; dependencia, subordinación o compromiso; animosidad o conflicto; y parcialidad manifestada, todas aquellas causas que quiten al funcionario la independencia y la imparcialidad necesaria para que imparta justicia.

Alcalá Zamora, ante el temor de que no estén agotados en el Código, los impedimentos legales propone una amplia fórmula de recusación: "procede cuando existan razones fundadas para temer una actuación parcial del juez" (30).

g) FUNCION JUDICIAL VALORATIVA.

En el proceso penal moderno, rigen los principios Nulla poena sine lege, nulla poena sine iudice, no hay pena sin ley, no hay pena sin juez.

No puede existir el proceso sin el reconocimiento del principio de la autonomía de las funciones procesales, es decir, no puede prescindirse de la intervención del Juez, del agente del Ministerio Público, del inculcado y de la defensa.

Sobre todo, la intervención del juez, como ya lo mencionaremos, no hay pena sin juez, y así lo consagra nuestra Carta Fundamental en su artículo 21 al establecer:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial" (31).

El proceso se caracteriza con la intervención de la autoridad judicial, que lo instruirá y proveerá, hasta que éste termine, con la aplicación de la ley penal, función vital del juzgador, quien sentenciará, gracias a todo el material que integre el proceso, todas las actuaciones procesales serán valoradas y apreciadas por el juez, definiendo si comprobaron o no el delito, la responsabilidad; el juez materializará su decisión en la sentencia, en un acto de declaración y de IMPERIUM.

En la sentencia, el juzgador mediante el empleo de las reglas del raciocinio, declara en la forma y términos que la propia ley establece, si el hecho atribuido a determinada persona, reviste los caracteres de delito, la responsabilidad del procesado y haciendo uso de su arbitrio judicial, detendrá la pena entre el mínimo y el máximo legal; en el momento en que individualice la pena, determinando exactamente el "quantum" de la pena y/o medidas de seguridad que procedan.

El juez debe realizar un juicio valorativo de todos los elementos del delito, de la suficiencia o insuficiencia de las pruebas, la existencia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y el resultado, estableciendo la culpabilidad o inculpabilidad, analizando todas y cada una de las circunstancias objetivas y subjetivas en la comisión del delito, dicho razonamiento será el sustento técnico-jurídico de la individualización que plasmará el juzgador en la sentencia, dentro de la que hará la justa adecuación de la sanción, aplicando la ley penal.

Cuando el juez individualiza la sanción, valora, aprecia, estudia, razona, aplica su arbitrio judicial en el momento en que individualiza la pena.

La facultad del arbitrio judicial es una imprescindible y vital función del juez, la ley está orientada a otorgarle amplias facultades valorativas al juzgador, las que encontramos plasmadas en el artículo 51 y 52 del Código Penal, cuyo estudio abundaremos con profundidad en el Capítulo III y IV del presente trabajo.

La ley enmarca el camino del juez para determinar cuándo una persona es penalmente responsable, dentro del ordenamiento adjetivo y sustantivo penal vigente, así por ministerio de la ley, el juez se mueve en un ámbito profundamente social con un fundamento netamente jurídico, dentro de un moderno sistema de apreciación, cuyas bases son el Arbitrio Judicial y la Individualización de la pena, cuyo

rumbo en la aplicación jurídica es el designio de la reincorporación social del delincuente.

h) FORMACION, ESPECIALIZACION Y PREPARACION.

El pensamiento jurídico penal contemporáneo se halla dominado por la preocupación de individualizar la pena, a través de un estudio profundo de la personalidad del agente y no sólo por la conducta del delincuente, como lo manifiestan maestros como Ruiz Funes, Jiménez de Azúa, García Ramírez, Carrancá y Trujillo.

Esta preocupación encuentra su apoyo en lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente, que imponen el conocimiento de la personalidad del delincuente a nuestros juzgadores. Además, como sabemos los propósitos del procedimiento son: verificación del cuerpo del delito, de la probable responsabilidad del inculcado y el conocimiento de la personalidad del imputado.

También Florian señala como fin específico del proceso penal: "la individualización de la personalidad del justiciable" (32).

Y para que se cumpla ese fin específico del proceso se exige la especialización jurídico-criminológica por parte del juez penal. Esa especialización ha de complementarse con la adquisición y manejo de conocimientos jurídicos que hagan posible, además del juicio sobre los hechos y la participación, el juicio en torno a la personalidad del justiciable.

Jiménez de Azúa, sobre el particular concluye: "el juez penal debe ser docto en derecho y versado en todas aquellas ciencias que enseñan las causas de los delitos y que estudian la vida profunda de los hombres" (33); se deposita en el juzgador el conocimiento de todas las disciplinas, artes, ciencias. Se hace al juez un peritos peritorum, perito de peritos, el art. 256 del Código de Procedimientos Penales así lo plasma, señalando que el juez tomará en consideración los dictámenes periciales emitidos en la causa penal, sin embargo el juez tendrá la facultad de apreciarlos y valorarlos, conforme a derecho, lo cual no implica que el sentido de su resolución tenga que estar conforme con dicha prueba supersticial.

El juez debe ser además de jurista, un sociólogo, un psicólogo. Sociólogo en cuanto tiene que comprender al hombre en sociedad, aplicar sus conocimientos de la sociedad, descubriendo las causas generadores de la conducta ilícita; psicólogo porque establecerá un diagnóstico en relación con la importancia del delito, del delincuente y de los sujetos de prueba; los estudiosos acuerdan para el juez penal especializaciones como: cursos de Penología, Política Criminal, Medicina Legal, Estadística Criminal, Biología Criminal.

Existen cursos de especialización para jueces impartidos por el propio Tribunal Superior de Justicia de la Nación, pero no son ni obligatorios, ni existe fundamento legal alguno que establezca su conveniencia, sugerimos que se plasme legalmente su necesidad y se exija a los juzgadores, su especialización.

Además, el juez dirige y ordena las actividades que realizan sus auxiliares y las aprecia con respecto al descubrimiento del delito y su responsable, por lo que debe estar preparado incluso en las artes criminológicas como la balística, la policía científica, la hematología, etc.

Los juzgadores no deben ser únicamente exégetas del derecho, sino humanistas, concededores de los procesos anímicos, somáticos y sociales del delincuente.

Sintetizando el criterio del Dr. Mariano Ruiz Funes (34) la justicia penal requiere una aptitud, una especialización, una preparación y una experiencia, elementos más que suficientes para la sabia y correcta aplicación del arbitrio judicial al emitir su resolución judicial.

La sola aptitud, es estrictamente un elemento de orientación, la sola especialización es un instrumento, la preparación y la experiencia, factores de valorización; hacen falta la concurrencia de estas cuatro condiciones.

El proceso mental que engendra el fallo es obra común de la inteligencia y de la conciencia, tomándose en cuenta la preparación cultural.

El juez no es un mero productor de experiencias legales, ni un creador de fallos jurídicos, sino un ser humano, de derecho, que

aplica las leyes, defiende a la sociedad y ajusta esa defensa mediante las sanciones, a la personalidad del delincuente, sancionando la conducta ilícita.

El juez penal no puede ser un funcionario improvisado, cuyo sólo conocimiento de las leyes lo ha de facultar para juzgar la conducta de un ser humano. Ello equivaldría a retornar hacia los antiguos moldes en que se daba vida a la justicia con fórmulas matemáticas que olvidaban la persona del delincuente; y el juzgar es el acto humano más colmado de dramatismo, sobre todo cuando se enjuician conductas morales, en vez de distribuir intereses económicos. Colocarse frente a un hombre que ha violado la ley penal y producir en relación con él un diagnóstico de delincuencia, que lleva anexo el tratamiento de una sanción, resulta patético en extremo.

Por ello, la preparación amplísima del juez penal y su absoluta especialización que lo vuelvan apto para cumplir la delicada función que el estado le ha encomendado, son presupuestos necesarios e imprescindibles para ejercer su función de juzgar.

La especialización ha sido considerada por algunos autores como la dedicación del juez o magistrado a cualquiera de las grandes ramas del Derecho.

Von Bahus P. Lepar, Bohemia en su ponencia en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal de 1933, en la ciudad de Palermo, expresó: "La educación de los criminalistas no es hoy adecuada a las

funciones que deben desempeñar. Necesitan conocer a los criminales, lo mismo que el médico al enfermo. Más no lo conocen como tampoco lo conocen, los funcionarios de policía, ni los de prisiones. Los Juristas necesitan adquirir en la Universidad, elementos de Antropología Criminal y Psiquiatría" (35).

En el mismo Congreso se concluyó: Que la justicia del crimen, por la naturaleza técnica de las cuestiones y los delicados problemas jurídicos que suscita, debe quedar a cargo de los tribunales de derecho. Los funcionarios de la justicia del crimen sobre la base de una cultura humanista y de la especialización jurídica, deben complementar su preparación científica con el estudio de las materias relativas a la personalidad del delincuente, a la técnica de la investigación criminal, para estar en condiciones de valorar los aportes que prestan diversas ciencias para la mejor aplicación de la ley penal positiva.

Afirmamos junto con el maestro Carrancá y Trujillo que "los jueces no poseen todos los conocimientos necesarios para poder apreciar la total y compleja personalidad del delincuente" (36), además el juez penal sin ser conocedor de reformas judiciales y legislativas, no puede hacer brillar la defensa social, hacer más humanas las sanciones, deben tener una amplia y sólida base técnica sus resoluciones, para decidir con acierto los problemas criminales, ya que un fallo equivoco es desastroso para la Sociedad, para el Derecho y para la Justicia, por lo que el juzgador debe contar con la experiencia, especialización que orienten al arbitrio del juez,

enriqueciendo y facilitando su tarea, haciendo realmente justicia en cada uno de sus resoluciones judiciales definitivas.

2.2. LA JUSTICIA PENAL.

Definir la justicia ha sido uno de los problemas más difíciles de la ciencia jurídica. Notables juristas y filósofos se han preocupado por dar una idea de lo que es la justicia, pero hasta la fecha no existe una definición perfecta; sin embargo, todos sentimos la necesidad de la justicia y tenemos una comprensión clara de ella, no obstante las diversas escuelas que con fundamentos varios tratan de explicarla.

Son reconocidas las obras sobre la justicia y los autores que se han ocupado de su estudio desde distintos puntos de vista: Aristóteles, Platón, el padre Suárez, el fraile Domingo de Soto, del Vecchio, etc., etc., todos han dado concepciones más o menos precisas y hasta han llegado a clasificar diferentes tipos de justicia; en el presente trabajo, analizaremos la Justicia Penal, consideramos de gran importancia adentrarnos en el trabajo del autor Giovanni Bovio (37), quien no fue materialista, ni positivista, pero, sin embargo, tuvo gran importancia en la historia de este periodo, porque hizo una crítica a fondo de los principios de la escuela clásica y allanó el camino a las construcciones de la escuela positiva, sobre la Justicia Penal contribuyó:

Para él, delito, pena y proporcionalidad constituyen, los tres términos de la entidad penal. El delito es la negación del derecho,

la pena es la retorsión del derecho contra el delito y la proporción que debe establecerse entre uno y otra es la esencia de la justicia.

Bovio observa que toda proporción es mediación, esto es, necesita establecerse mediante una ecuación de las razones, surge una relación inmediata entre el delito y la pena, mediante una proporción penal.

Bovio concluye que el talión está fuera de razón, sin embargo trata de determinar el máximo o el mínimo delito al que debería corresponder la máxima o la mínima pena, enfrentándose a un absurdo porque a un mismo mal puede convertirse de máximo en mínimo o por lo menos variar grandemente, según las condiciones de los individuos y las circunstancias. Se refugia entonces en la aproximación ya que es insostenible la proporción, sin embargo no puede servir para fundar la justicia penal.

Observa que en la historia el derecho penal está en razón inversa del derecho civil, "Así, esta crítica, mientras por una parte remueve la utopía de los que esperan la total desaparición del derecho penal, por otra promueve un gran trabajo de aplicación, es decir, qué reformas civiles deben adoptarse, de acuerdo con la naturaleza de nuestro tiempo, para alcanzar las correspondientes reformas penales" (38).

Al respecto, opinamos que para comprender la justicia penal, recorrer el camino del razonamiento de Bovio, nos ayuda a comprender la evolución de la idea de la justicia, pero discernimos de él, ya que para nosotros la justicia penal es independiente de la justicia

civil, y aún muy largo el camino que ha de recorrer el derecho penal como coaccionador con un medio de gran eficacia contra la delincuencia, para preservar la armonía y el orden social.

La justicia penal es uno de los instrumentos más aptos para la formación del bien social, fin último de la convivencia humana.

La justicia humana es falible, son demasiado grandes sus deficiencias y sus debilidades muy numerosas, para que pueda pretender llamarse perfecta. Al efectuarse en el tiempo y en el espacio, va sujeta a cambios y corrupciones propias de lo relativo y de lo finito. La justicia absoluta posee medios perfectos de actuación, de orden natural y sobrenatural, no tiene límites en su expresión y su campo es lo eterno. Un soplo de lo absoluto y de lo divino alienta, en ocasiones, también en la justicia terrena. Esto ocurre cuando el altísimo y terrible ministerio que el hombre ejerce sobre el hombre, con el enjuiciamiento y con la pena, se inspira en la Justicia, el juzgador debe ser guiado ante todo por la justicia, el arbitrio judicial será el pincel que, en el cuadro de la individualización de la pena, plasmará los colores de la justicia penal.

Hay que observar que la justicia del jurista tiene por fin solucionar en forma práctica y oportuna los problemas sociales surgidos de la convivencia humana. Tiende a nivelar las desigualdades que puedan existir en el orden social, tiende a armonizar dichas desigualdades, siempre con apego a la ley, buscando la perfección de la justicia al aplicar la pena al delincuente sancionado.

La justicia penal se obtendrá, a través de una serie de actos jurídicos y proveimientos del órgano jurisdiccional que concluyen al aplicar el juez su arbitrio judicial mediante la resolución definitiva llamada sentencia, en la que el juez no sólo aplica la ley, sino que materializa la individualización, aplicando la pena correspondiente, y cristalizando así la justicia penal; atendiendo los intereses de la sociedad, de la víctima y del propio delincuente, ya que administra justicia mediante la aplicación de la norma penal.

CITAS SEGUNDO CAPITULO

(21) Ruiz Funes, Mariano. Artículo "El Juez Penal", tomo 110., número 4, 5 y 6, Revista Jurídica Veracruzana, México, 1969, p. 91, 92 y 93.

(22) García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México, 1983, p.113

(23) Floris Margadant S., Guillermo. "El Derecho Privado Romano", Editorial Estinge S.A., 11a. edición, México, 1982, p. 142, 143 y 144.

(24) Carnelutti, Francesco. "Las Miserias del Proceso Penal", Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1969, p. 56

(25) Idem, p. 52

(26) García Ramírez, Sergio. Op. Cit., p. 138

(27) Idem, p. 142

(28) Citado por García Ramírez, Sergio. Op. Cit., p. 142

(29) Citado por García Ramírez, Sergio. Op. Cit., p. 143 y 144

(30) García Ramírez, Sergio. Op. Cit., p. 143

(31) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Andrade S.A., 4a. edición, México, 1991, p. 12

(32) Florian. "Elementos del Derecho Procesal Penal", Editorial EJE, Argentina, 1979, p. 183 y 184.

(33) Jiménez de Asúa, Luis. "El Criminalista", Editorial TEA, 1a. edición, Argentina, 1950, p. 150.

(34) Ruiz Funes, Mariano. Artículo "El Juez Penal", tomo 110., núm. 4, Revista Jurídica Veracruzana, México, 1969, p. 92

(35) Castellanos, Issail. "Revista Criminal", año V, 1958, Italia, p. 618.

(36) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 191

(37) Citado por Costa, Fausto. Op. Cit., p. 193

(38) Idem, p. 176

CAPITULO TERCERO

III. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

3.1 Antecedentes

3.2 La Expresión "Individualización de La Pena"

3.3 Criterio de Raymundo Salelles

3.4 Clasificación

3.5 Tesis de Giulio Andrea Belloni

3.6 Reglas Normativas

3.7 Breves Consideraciones

CAPITULO TERCERO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

3.1 ANTECEDENTES

El maestro Carrancá y Trujillo (39) nos narra que en el derecho antiguo, las penas estaban determinadas de modo absoluto, tanto por lo que hace a su naturaleza, como a su cuantía, así se ve en la Ley de las XII Tablas.

Durante el Imperio Romano, se concedió facultad al Juez, para que fuera él, quien fijara el grado de la pena, según las circunstancias del delito.

Así, se abrió camino la imperiosa necesidad de conceder más facultades al Juez, y ello dió lugar a que la ley se la reconociera, desgraciadamente imperó mayor arbitrariedad, por falta de una ciencia penal y al privilegio de los poderosos para reclamar penas.

La corriente de humanismo iniciada por Beccaria plasmada en su obra "Tratado de los delitos y de las penas" (40), da principio a la doctrina de los clásicos sobre la proporcionalidad del delito y de la pena, este sistema fue llamado "Geométrico", en él se tiene en consideración la condición del delincuente, ya que estima que aquellos con más elevada posición social y económica, son más sensibles al sufrimiento, por lo que la pena es mayor para ellos;

después se determinó que precisamente por ser más elevada su condición social es mayor su maldad en el delito.

En la Leyes de Indias, observamos que se establecen penas distintas para los españoles, para los indios y para los negros.

Las leyes antiguas españolas también determinan distintas penas para el hombre, el plebeyo y el siervo.

Un segundo sistema llamado "Aritmético", pretendía fijar la cantidad del delito; en éste, se advierte que la pena y el delito son cantidades heterónomas que no pueden proporcionarse.

Carrará, al respecto señala, que esta estimación de la cantidad del delito es una fórmula oscura y propugna por un sistema psicológico para determinar dicha proporción.

El Licenciado Gerardo García Díaz en su tesis "Individualización de la Pena" (41), cita a Romagnosi, quien pretendía ya, relacionar la "Espinta Criminosa" (el impulso criminal), con la "Sprinta de la pena" (coacción de la pena); Carrará funda su proporción únicamente en la fuerza moral objetiva de la pena que debe ser la necesaria para reestablecer el orden combatiendo el desorden causado por el delito. "Si se inflige castigo, no es porque daña al culpable, sino porque apacigua la turbación de los ánimos, causada por el delito y reestablece la conciencia de la soberanía del derecho y la seguridad de la sociedad civil. La pena debe tener la fuerza moral objetiva

necesaria para destruir lo que el delito ha ejercido sobre los ciudadanos" (42). Esa es la razón de la pena, es socialmente muy importante, ya que hace justicia en el daño que recibe la sociedad por el delincuente.

Carrancá y Trujillo (43) indica que en la Escuela Clásica se divide a las penas en diversas clases, que se aplicarán a los delitos de acuerdo a la cantidad y calidad que le corresponda, ya que los delitos son de diversa gravedad, asimismo las penas que les corresponden, por lo que se originaron escalas.

"A cada delito se le señaló una cantidad exacta de la sanción, y aunque se reconoce la existencia de atenuantes y agravantes, que sirven para aumentar o reducir la pena, estas circunstancias también tienen un valor fijo, a este sistema le llaman también de la "pena aritmética", ya que se impone ésta, mediante una operación aritmética" (44). El juez era un autómata que únicamente pronunciaba la solución ya determinada con anticipación.

Hoy, en nuestros días, se impone la idea de la defensa social en la política criminal, para este fin se prefiere el sistema de la individualización de la pena. Respecto a este sistema Florian (45) señala que consiste en la clasificación de los delincuentes y categorías en lugar de dividir y clasificar penas.

Samuel Danien en su "Derecho Penal" cita a Cuello Calón quien señala que la individualización de la pena es la adaptación de la pena a la persona del delincuente, lo que presupone conocimiento del penado.

En todos los tiempos se ha pensado que la pena debe estar acorde con la gravedad y la naturaleza del delito, haciéndose palpable la necesidad de considerar el aspecto subjetivo del delincuente, su peligrosidad social; antes se relacionaba pena y delito, en nuestros días: pena y delincuente, lo que concluimos al estudiar el sistema penal antiguo y el sistema penal actual, ya que la pena se rige siempre por el principio de legalidad "Nulla poena sine lege", no hay pena sin ley, y la ley actual se inclina a considerar no sólo la conducta ilícita, sino también la personalidad del delincuente, principio que deriva de la existencia del estado de derecho y de las autolimitaciones de su poder estatal.

La pena debe estudiarse en su justificación que es la defensa social, el maestro Colín Sánchez (46) señala respecto a la defensa social, que tiene un carácter público y es el fin que persigue el Derecho Penal, el proceso penal y la pena. Según Florian (47), la defensa social es la defensa de la colectividad frente a la conducta reprochable y requiere para funcionar de la legalidad y estar dentro de un estado de derecho, el objetivo de la defensa social es la recuperación y resocialización del criminal, esta humanización del derecho y del proceso penal se apoya en el conocimiento científico del hecho criminal y de la personalidad del delincuente, fundamento del arbitrio judicial y de la individualización de la pena, por lo

que concluimos que, no debe haber ya, castigo, sino readaptación, resocialización. La pena es un medio para el bien, un instrumento de regeneración social y de preservación social y su fin: la defensa social; para los positivistas como refiere Jiménez de Azúa en la tesis "El arbitrio judicial" de Miguel Velarde Delgado, la pena era un medio de defensa social, por tanto, no debe haber castigo, sino readaptación.

Así, los clásicos pensaban que la pena era un mal para el mal, idea substituida por la escuela positiva que señala que la pena es un medio para el bien, es un instrumento de regeneración individual, de prevención social, actualmente, por lo que es el tratamiento que el estado aplica a todo aquel que haya cometido un delito y sea socialmente peligroso con fines de defensa social.

Hay que reconocerles a los positivistas, por haber hecho ver la necesidad de realizar un estudio profundo del delincuente y considerar al delito como una acción humana y no sólo como una infracción a la ley penal.

El criminólogo Luis Rodríguez Manzanera (48), cita a Lombroso quien inicia un periodo antropológico, dentro del cual Garófalo, formula su teoría de la temibilidad; Ferri posteriormente substituye el concepto por peligrosidad, su teoría se funda en que la pena se impone como una defensa social ante la peligrosidad demostrada por el delincuente y debiendo tener un sentido de readaptación que permitía aplicar a

cada individuo un tratamiento especial y de acuerdo con su personalidad.

3.2 LA EXPRESION "INDIVIDUALIZACION DE LA PENA"

La invención de la expresión "individualización de la pena" se atribuye a Walhberg, de la escuela Neo-clásica, pero el expositor más brillante de la doctrina que la conforma lo ha sido Raymundo Salelles, en su obra denominada "La individualización de la pena", como lo señala el maestro Luis Rodríguez Manzanera en su libro "Criminología" (49).

Entre otros juristas, Enrique Ferri ha criticado la expresión "individualización de la pena" quien encuentra más apropiado el término "adaptación de la sanción a la personalidad del delincuente, por razón del delito cometido" (50).

A su vez, Vicente Gómez considera que el concepto corresponde al de "adaptación de la pena", apoyado por Francisco P. Laplaza, que equivale a adecuar, acomodar, ajustar las penas (51).

Todos los tratadistas mexicanos, al referirse al concepto que se comenta, hacen uso de la expresión "individualización de la pena".

3.3 CRITERIO DE RAYMUNDO SALEILLES

Para Raymundo Salelles "la pena tiene un fin social que está en el porvenir y que para producir el mayor efecto posible debe adecuarse a cada caso en particular, es imposible fijarla con

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

anterioridad, ni legalmente regularla en forma invariable" (52). La adaptación de la pena al individuo es "la individualización de la pena". Dicha individualización debe estar adecuada al temperamento del agente y a su personalidad criminal y su objeto es readaptarlo.

Saleilles expone su criterio ampliamente en su obra "La individualización de la pena", considera que el jurado es el primer realizador de la individualización, ya que éste la practicaba empíricamente, basándose en las simpatías y sentimientos que el delincuente despertara entre sus miembros. Así el legislador atiende a estas circunstancias e introduce dentro de los códigos las atenuantes (53).

El campo de aplicación de la individualización, Saleilles lo limita al régimen de la pena y distingue entre:

- a) la naturaleza de la pena (criterio de aplicación de la pena)
- b) la duración de la pena (proporcionalidad objetiva)

La naturaleza del individuo debe determinar la naturaleza de las penas, y éstas se diferenciarán en orden a la clasificación de delincuentes y no a las categorías de delitos, esto es el criterio de aplicación de la pena.

La duración de la pena, si dependerá de la gravedad objetiva del delito y será la proporcionalidad objetiva (54).

3.4 CLASIFICACION

Según Salelles, existen tres clases de individualización:

- " 1. La individualización legal
2. La individualización judicial
3. La individualización administrativa " (55)

1. La individualización legislativa. Es la hecha de antemano por la ley. Señala que no hay individualización legal, ya que la ley generaliza, no conoce a los individuos. Es una falsa individualización para él, la única forma de concebir que la ley individualice la pena, sería mediante una clasificación legal de los criminales; y el régimen de la pena debe organizarse adaptándose a cada uno de ellos.

Ferri a su vez, considera que si puede lograrse una adaptación legal de las penas a la personalidad del delincuente, y puede ser de dos maneras: con la clasificación de los delincuentes y con la valoración de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (56).

Compartimos la opinión de que no existe individualización legal ya que la propia naturaleza de la ley lo imposibilita y se podrían aproximar a una individualización a través de un catálogo clasificatorio de delincuentes, una escala de valores para fijar lo más exacto posible la peligrosidad del delincuente.

Ferri clasifica a los delincuentes: "en muy poco peligrosos, los poco peligrosos, los peligrosos, los muy peligrosos" (57).

La adaptación legal debe completarse regulando el grado de peligrosidad individual.

Como podemos apreciar la peligrosidad es un elemento muy importante dentro de la individualización judicial, ya que será analizada por el arbitrio judicial para fijar el "quantum" de la sanción.

Francisco P. Laplaza considera que no puede existir una individualización legal, empero, sí puede y debe tener cabida dicha individualización dentro de la ley; además considera que la ley debe facilitar la tarea del juez, fijándole bases propicias y amplias más y más cada día (58).

Nuestra opinión sin embargo es contraria a dicho jurista en cuanto a ampliar cada vez más las bases para la individualización a través de la ley, ya que por una parte es casi imposible para la ley, individualizar, ya que por su naturaleza es general, y en la vida práctica, el cúmulo de trabajo, origina falta de atención e interés en algunas causas, ya que la necesidad de cumplir con toda la carga de trabajo, no se analiza profundamente la personalidad del delincuente y la peligrosidad se basa en estudios hechos por trabajadoras sociales, que con dificultad pueden escribir, por su impreparación e inexperiencia; así la peligrosidad no puede determinarse con una certera realidad, no tiene el fundamento ni lógico, ni jurídico apropiado, y se emiten sentencias, estos fallos se limitan a citar que... "cumpliendo con lo estipulado en los

artículos 51 y 52 del Código penal vigente y atendiendo a que el delincuente..." y transcriben los generales del sujeto; lo anterior NO es una exacta individualización de la pena ya que no tiene el razonamiento lógico jurídico que les lleva a considerar que el "quantum" de la pena es el indicado, por lo que estamos en contra de dar mayor amplitud a las bases legales para la individualización de la pena, ya que la potestad del arbitrio judicial, muchas veces es aplicada en forma superficial.

2. La individualización judicial. Para Saleilles (59) es la verdadera y real individualización, ya que el juez si conoce a los delincuentes; es necesario establecer bases, que harán depender la atenuación o agravación de la pena de los motivos del delito. Motivos que encontrará el juez y serán el motivo psicológico que haya inspirado al crimen, siendo el medio más seguro para medir la intensidad de la pena.

La individualización judicial, efectivamente es la real individualización, la que realiza el juez aplicando su facultad del arbitrio judicial, es indispensable hacer hincapié en que el juez debe conocer directamente al delincuente, como lo ordena el artículo 52 del Código penal vigente, desgraciadamente en la práctica, muchas veces no llegan a conocer ni siquiera a sus familiares.

No obstante lo anterior, el juez al estar en conocimiento directo del delincuente, podrá darse cuenta de la naturaleza del sujeto, de la motivación que tuvo para delinquir, de sus condiciones reales de

vida, todos estos factores, aunados a conocimientos criminógenos, experiencia, y a su especialización, harán que el juzgador aplique adecuadamente su arbitrio judicial y determine la sanción que debe aplicar para fines de la defensa social.

Para Cuello Calón, el motivo es "la cualidad esencial de la individualidad psicológica cuya satisfacción ha servido de objeto final al delito realizado" (60) es decir, tiene raíz de índole personal y psicológica, y el delito satisface al motivo al materializarse.

El motivo es profundamente estudiado por la Criminología. Por lo que consideramos necesario conocer qué es la Criminología y en forma apretada lo estudiaremos para el mejor entendimiento del presente capítulo; Don Constancio Bernardo de Quirós define a la Criminología "como la ciencia que se ocupa de estudiar al delincuente en todos sus aspectos; expresando que son tres grandes ciencias las constitutivas, a saber: la ciencia del delito, o sea el Derecho Penal; la ciencia del delincuente, que es la Criminología; y la ciencia de la pena, la Penología" (61).

Hurwitz, señala que "la Criminología se orienta primordialmente a poner de relieve los factores de la criminalidad mediante la investigación empírica, es decir, los factores individuales y sociales que fundamentan la conducta criminal" (62).

Göppinger señala que es una ciencia que "se ocupa de las circunstancias de la esfera humana y social, relacionadas con el surgimiento, la comisión y la evitación del crimen, así como del tratamiento de los violadores de la ley" (63).

Respecto a la palabra Criminología, proviene de criminal, crimen; se identifica como crimen a los delitos muy graves, y Criminología es el estudio de los criminales tomando como criminal, a todos aquellos que cometen alguna conducta antisocial.

Atienden a la persona que comete la conducta antisocial; los términos delito, delincuente y delincuencia tienen una fuerte implicación jurídica.

Podemos darnos cuenta de qué gran utilidad tiene la Criminología en la función del juzgador, que realiza al dictar su fallo, ya que al estudiar los motivos y sujetos criminales, es decir los fenómenos criminales dentro de la sociedad, la Criminología da elementos muy importantes al juzgador, quien debe tener conocimientos actualizados de Criminología, que podrán dar soporte a las decisiones del juzgador al aplicar su arbitrio judicial.

Dicho motivo no es el único elemento de la criminalidad subjetiva, hay que considerar la materialidad del hecho a través de los medios de ejecución, hay que considerar toda la complejidad de instintos revelados en el acto y su conjunto es la unidad psicológica del delito. Aquí surge la razón de ser de la individualización judicial, ya que cada delincuente es muy diferente a otro, y muchas veces la

individualización se aplica en forma general, lo cual es una contradicción jurídica, individualizar es concretar en específico, no generalizar; se individualiza en la práctica, automáticamente.

Cuello Calón señala (64) que la criminalidad subjetiva puede ser: la de carácter estático que es el carácter del individuo, se manifiesta en todos sus actos y tendencias; la segunda clase, es de carácter dinámico y es la que da vida al acto castigado por la ley, de acuerdo a ésta se determina la sanción aplicable calculando su duración.

No sólo hay que estar a la criminalidad subjetiva, para determinar clase y régimen de la pena, debe tomarse en cuenta la criminalidad estática, atendiendo a la naturaleza de la gente, según sus instintos criminales, la variedad y especialización de esos instintos.

Ferri (65) considera que el juez penal al individualizar la pena, debe analizar la personalidad del procesado, ya que a través de su estudio sabrá las condiciones personales, de ambiente en que el delincuente ha cometido el delito y el grado de sanción represiva que, de acuerdo a la ley debe determinarse al procesado; debe observarse la objetividad material y jurídica del delito cometido; así se valorará por los dos criterios legales: el tipo criminal y las circunstancias de peligrosidad, mayor o menor.

En la vida fáctica, el juez toma en consideración el estudio de personalidad del delincuente, sus anteriores ingresos a prisión, su modus vivendi, el estudio de criminalidad realizado dentro del

reclusorio, cartas de buena conducta, la zona criminógena donde vive, los elementos que señalan los arts. 51 y 52 del Código Penal vigente, para determinar la peligrosidad del delincuente.

Sería conveniente establecer un sólo órgano auxiliar encargado de determinar la peligrosidad del sujeto, con personas especializadas y preparadas para estudiar al individuo, ya que muchos de los estudios que dan al juzgador la pauta para determinar la peligrosidad son realizados por personas inexpertas e impreparadas que sólo cumplen con su trabajo en forma ineficiente y superficial.

3. La individualización administrativa. La individualización judicial se complementa con la administrativa.

Para Saleilles (66), la judicial es un diagnóstico y la administrativa es un remedio.

Considera que hay que dejar elasticidad en la adaptación del régimen, para que la administración del establecimiento penal en que se encuentra recluso el reo, individualice la pena. Así la duración de la pena será de acuerdo a la readaptación del delincuente.

Respecto a la anterior clasificación, Eugenio Cuello Calón (67) considera que no hay tres clases de individualización, sino que dentro de la individualización se deben considerar tres momentos: el legislativo, el judicial y el administrativo.

Dentro del primer momento se favorece la individualización, estableciendo varias clases de penas para ciertos delitos, así el juez podrá escoger la adecuada, podrá el legislador favorecer la determinación de la cuantía o duración de la pena fijando amplios espacios entre el máximo y el mínimo, dentro de los límites el juez adaptará la pena a las condiciones personales del delincuente.

3.5 TESIS DE GIULIO ANDREA BELLONI

El Dr. Giulio Andrea Belloni tiene un moderno concepto de la individualización penal, conceptúa que es "la doctrina que permite preordenar y aplicar las sanciones penales a los individuos delincuentes" (68).

Señala que la moderna individualización comprende en forma directa y completa un examen judicial exhaustivo de la personalidad del delincuente, así como apego a las disposiciones legales con que debe realizarse.

Para Belloni (69) la represión penal se dirige en contra del delincuente y no contra el delito.

El delincuente posee una peligrosidad siempre viva y latente, antes y después del ilícito cuenta con dos fuerzas: una identidad psicofísica y sociológica permanente.

El delito es el punto de partida que pretende "encausar el aspecto particular de la personalidad del autor, que es la individualización de la peligrosidad criminal" (70).

Como podemos apreciar, la tesis de Belloni gira en torno a la vital importancia de la Antropología Criminal, al estudio de las nociones antropológicas que se refieren a los individuos criminales aportando un cuadro completo de la individualidad humana y de la capacidad de acción de los hombres en sociedad, que se exterioriza en la conducta de los delincuentes.

Al igual que Sergi, Del Greco, Nicéforo, Belloni concluye que dentro de todos los hombres, hay una criminalidad potencial y por circunstancias ambientales, de educación, orgánicas, ancestrales (atávicas) no les es posible desarrollar un correcto funcionamiento de la energía inhibitoria, de los sentidos morales, sociales y surge así el tipo criminal.

Todos los criminales son diferentes, aunque hayan realizado el mismo delito; por ello la ciencia penal debe concretarse, ya que es generalizadora. Se le otorga al juez la facultad de aplicar su arbitrio y que individualice la pena, pero apoyamos a Belloni en que es un riesgo muy peligroso dejarlo en plena libertad, para imponer las penas, riesgo que se corre al concederle un amplio arbitrio judicial.

Belloni señala que "una vez determinada la entidad jurídica del delito, hay que valorar al agente, y la pena debe estar no en relación con lo que ha hecho, sino con su capacidad criminal" (71).

Además advierte que no puede dejarse al juez en entera libertad para imponer la pena, ya que se está al filo de la arbitrariedad.

Consideramos importante el IX Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en la Haya, Holanda en 1964, en el cual la Delegación Universitaria Mexicana presentó su brillante ponencia, al respecto citamos:

"La aspiración de la justicia penal no se logra sino a base de una individualización legal y de una individualización judicial, las cuales no funcionan debidamente sin la existencia de un adecuado mínimo y máximo y de un arbitrio judicial, respectivamente" (72).

Al conjuntarse las dos individualizaciones en forma correcta y estructurada, se solucionará el problema de la aplicación de la pena al sujeto que realiza un hecho delictuoso.

Es abominable que se deje al criterio absoluto de los jueces, enfatizaron nuestros ponentes mexicanos; las leyes deben señalar en forma precisa las sanciones para quien las violen, con una base uniforme para que cumplan con su función represiva y preventiva, así los sujetos antes de delinquir saben de antemano las consecuencias, cumpliéndose con el fin intimidatorio de la pena.

Es indispensable apreciar el marco completo de las características de la conducta realizada por el delincuente, las peculiaridades de su personalidad y todas las demás circunstancias objetivas, para individualizar la pena y hacer una correcta aplicación del arbitrio judicial.

3.6 REGLAS NORMATIVAS

La individualización de la pena es una importantísima facultad del juzgador.

En México no existe pena sin la previa existencia de la ley que la determine, ni delito sin que la ley lo contemple, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito, en nuestro Código Penal se determina legalmente la duración y la naturaleza de la pena para cada delito, y a su vez el sistema penal mexicano permite dentro de la constitucionalidad, individualizar en cierto grado la sanción, ya que el juez individualiza la duración de la sanción entre un mínimo y máximo legales preestablecidos, igual que la pena. En algunos casos hay penas alternativas que el juez determinará a su libre arbitrio cuál de ellas es conveniente aplicar al caso en concreto, al individualizar.

El fundamento constitucional de la individualización de la pena son los artículos:

Es indispensable apreciar el marco completo de las características de la conducta realizada por el delincuente, las peculiaridades de su personalidad y todas las demás circunstancias objetivas, para individualizar la pena y hacer una correcta aplicación del arbitrio judicial.

3.6 REGLAS NORMATIVAS

La individualización de la pena es una importantísima facultad del juzgador.

En México no existe pena sin la previa existencia de la ley que la determine, ni delito sin que la ley lo contemple, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito, en nuestro Código Penal se determina legalmente la duración y la naturaleza de la pena para cada delito, y a su vez el sistema penal mexicano permite dentro de la constitucionalidad, individualizar en cierto grado la sanción, ya que el juez individualiza la duración de la sanción entre un mínimo y máximo legales preestablecidos, igual que la pena. En algunos casos hay penas alternativas que el juez determinará a su libre arbitrio cuál de ellas es conveniente aplicar al caso en concreto, al individualizar.

El fundamento constitucional de la individualización de la pena son los artículos:

14. "Nadie podrá ser privado de la vida, de 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 a 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 de que se trata" (73).

Art. 21. "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial" (74).

La Suprema Corte de Justicia establece:

"Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular ni es suficiente hablar de las circunstancias que ennumeran con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las peculiaridades del reo y de los hechos delictivos, especificando la forma y la manera como influyen en el ánimo del juzgador para detenerlo en cierto punto, entre el mínimo y el máximo (75).

Como podemos apreciar, la peligrosidad, antecedentes y demás características del procesado, no son sólo analizadas, sino dan una conclusión racional resultante del examen de su personalidad en

diversos aspectos y el juzgador para aplicar su arbitrio judicial debe razonar profunda y detalladamente al delincuente y a los hechos delictivos, basando su decisión en argumentos lógico jurídicos que expliquen el por qué de aplicar su arbitrio en el sentido aplicado. Este criterio jurisprudencial obliga al juez a plasmar el razonamiento que lo lleva a aplicar la pena, el por qué de su individualización realizada.

Existe otro criterio jurisprudencial que establece que el juzgador al individualizar la pena no debe guiarse por el daño causado en el delito de carácter patrimonial que a la letra dice: "El daño causado con el delito patrimonial no debe ser el criterio que deba guiar al juzgador al individualizar las penas" (76).

Se considera que el "quantum" de la pena debe guardar proporción entre:

- la gravedad del ilícito
- la personalidad del delincuente
- el análisis de agravantes o atenuantes.

Si este razonamiento es favorable al reo, la sanción se mueve hacia el mínimo, en caso contrario, hacia el máximo.

La pena dictada debe imponerse de acuerdo a lo razonado; si es inexacta la aplicación de la ley es antijurídica consecuentemente no se logra la justa administración de la ley y es incorrecta la

individualización penal realizada por el juzgador, por lo que no se cumple la justicia penal, el arbitrio judicial fue arbitrario.

Encontramos en los artículos 51 y 52 del Código Penal el alma del moderno sistema de apreciación que adopta nuestro sistema penal mexicano, en estos artículos se establecen las bases de la individualización de la pena y del arbitrio judicial. Conceptos que continuamente se manejan en forma simultánea, resultando una tarea nada sencilla, separar ambos conceptos, incluso algunos tratadistas los confunden o los sinonimizan.

El artículo 51 fija el arbitrio judicial para fijar las penas; en el artículo 52 se determina que para aplicar las sanciones se tomarán en cuenta los datos individuales y sociales del sujeto, las circunstancias del hecho; como reguladores del arbitrio judicial.

El juez tiene al arbitrio judicial para individualizar la pena.

A continuación expondremos algunos criterios jurisprudenciales sobre la individualización de la pena:

El juez determinará la cuantificación de la pena y goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos legales y su limitación es observar las reglas normativas de la individualización de la pena.

Citamos textual:

"Individualización de la pena. Para una correcta individualización de la pena no debe hacerse una simple cita de los arts. 51 y 52 del Código Penal, sino razonarse su pormenorización con las particulares del hecho delictuoso de que se trate.

Sexta época, segunda parte: Vol. XXXVI, p. 81. A.D. 6959/59, Pascual Galindo Osuna. Unanimidad de 4 votos" (77).

En el anterior criterio citado, encontramos que una correcta individualización de la pena no es sólo citar preceptos legales, ni ennumerar circunstancias, sino es imprescindible un razonamiento jurídico detallado profundo de las particularidades del sentenciado y de la conducta ilícita, y lo más importante: determinar el por qué y el cómo influirán en el ánimo del juzgador en el momento de adecuar la pena entre el mínimo y el máximo legalmente establecidos.

Al ejercitarse el arbitrio judicial para individualizar la pena, el juzgador debe razonar, entre otros mas datos, la temibilidad, la magnitud de la culpabilidad, antecedentes penales, sus anteriores ingresos a prisión y todos los elementos favorables al reo y no sólo los desfavorables y en función de todos ellos establecer la pena adecuada y correcta para su readaptación y resocialización.

Al individualizar la pena, uno de los fundamentos del arbitrio judicial es la peligrosidad del sujeto activo, al adecuarse las sanciones, dicha peligrosidad no debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, deben evaluarse también los antecedentes del sentenciado, ya que las sanciones adecuadas no serán el resultado de

un simple análisis de las circunstancias en que se ejecutó el delito y el enunciado más o menos completo de las características del delincuente, sino debe ser la conclusión racional que resulte del exámen de su personalidad en sus aspectos diversos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el ilícito.

"Aún cuando el juez puede usar libremente de su arbitrio para cuantificar las sanciones adecuadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe compaginar con la peligrosidad del acusado" (78).

Además deben observarse las reglas normativas de la individualización de la pena.

La peligrosidad es una circunstancia que agrava o atenúa en el análisis valorativo para individualizar la pena, si es escasa se castigará con pena cercana al mínimo y se impondrá el máximo si pasa lo contrario.

Como nos damos cuenta la peligrosidad es criterio para medir la represión que debe aplicarse a un delincuente.

Consideramos que la peligrosidad es aquella potencialidad de cometer un acto ilícito, las posibilidades latentes para temer que cometa un delito y qué clase de delito pueda realizar un sujeto.

El arbitrio judicial se mueve entre un mínimo y un máximo.

La pena más alta es para el máximo daño y para la máxima temibilidad.

Se autoriza al juzgador para que imponga una pena comprendida entre el mínimo y el máximo legal, de acuerdo a las circunstancias particulares, castigará con una pena cercana al mínimo cuando todo favorezca al delincuente y su peligrosidad es escasa y podrá imponer hasta el máximo en caso contrario.

El siguiente criterio determina "En casos de gran temibilidad es aplicable la cuantificación del medio al máximo de las sanciones que establece la ley.

Sexta época, segunda parte, Vol. XVII, p. 240. A.D. 5624/57, Alejandro Godoy, 5 votos." (79).

En cambio la pena mínima no es obligatoria, como lo señala el siguiente criterio jurisprudencial:

"El arbitrio judicial no puede quedar sometido a que si a un acusado se le considera de una peligrosidad mínima, forzosamente se le tenga que aplicar una pena mínima, ya que además de que la ley no prevé eso, el juzgador debe tomar en cuenta otras circunstancias para aplicar la pena, siempre y cuando ésta sea congruente con el grado de temibilidad en que se considere al acusado.

Séptima época, segunda parte: Vol. 63, p. 32. A.D. 4513/73, Jaime Guzmán Vázquez. Unanimidad 4 votos" (80).

En caso de que sea incorrecta la individualización de la pena realizada por el juzgador, pero resulta favorable la pena reclamada o si es la adecuada en razón del hecho y de las circunstancias personales del acusado, no causa violación a las garantías individuales del reo.

Señalaremos que en caso de acumulación, al individualizarse la pena, el juez en caso de concurso real, de acuerdo al artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal puede imponer pena por el delito mayor, pero es una facultad potestativa, aquí está el arbitrio del juez, así que puede imponer otras sanciones, por los demás delitos y si estima que lo amerita la peligrosidad del sentenciado.

En los delitos culposos, la mayor o menor gravedad de la imprudencia es factor básico para individualizar la pena que se aplique a los responsables, como lo señala el criterio jurisprudencial ubicado en la sexta época, segunda parte: Vol. IX, p. 73 A.D. 6119/57 citado por el jurista Marco Antonio Díaz de León en su Código Federal de Procedimientos Penales comentado, quien además también cita el siguiente criterio jurisprudencial:

"Robo. Individualización de la pena cuando no se fija el monto. Si no se determinó plenamente el valor de los objetos robados, debe estarse al individualizar las sanciones, a lo más favorable al reo.

Sexta época, segunda parte: Vol. II, p. 118 A.D. 4070/56. Luis Medrano Fernández. 5 votos" (81).

La individualización de la pena en caso de tentativa, al interpretar el artículo 63 del Código Penal, dispone que para sancionar a los responsables de tentativas punibles "se les aplicará, a juicio del juez... hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito...", lo que permite establecer que, como no se señala el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la pena, para tal efecto se partirá del artículo 25 del Código Penal, es decir, el mínimo de la prisión es de tres días y el máximo las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito.

En la tentativa se tomarán en cuenta las circunstancias que sirvan para fijar la peligrosidad del sujeto, el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste.

3.7 BREVES CONSIDERACIONES

En nuestro sistema penal, las penas están establecidas para cada tipo penal, con un mínimo y un máximo, el juez para cada caso concreto fijará la cantidad, esa es la individualización de la pena.

Ciertos delitos tienen penas alternativas, y el juez puede optar por una o por otra, o por ambas.

En toda sentencia es forzoso individualizar la pena, es una facultad netamente jurisdiccional que procesalmente se concreta en la fase del juicio, que es el momento del procedimiento en el que se resuelve

sobre todas las resoluciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso.

Es considerada la fase más importante del proceso, ya que en ella tiene aplicación la "jurisdicción plena" como la llaman algunos autores, ya que el juez ejercita su magnífica potestad de condenar... o de absolver y de imponer penas y/o medidas de seguridad.

El juicio comprende actos de acusación, de defensa y actos de decisión; al juez le competen directamente estos últimos: la misión de juzgar.

La sentencia es el instrumento material en que se plasma la individualización de la pena que lleva a cabo la autoridad jurisdiccional competente.

En esta parte del proceso es de suma importancia el criterio del juez, quien como ya analizamos en el segundo capítulo del presente trabajo, debe estar dotado de una amplia gama de conocimientos en todas las disciplinas que permitan el conocimiento del delincuente, para valorarlo en el aspecto psicológico, antropológico, sociológico, etc., etc., para que su veredicto sea lo más apagado a la justicia y lo más adecuado a la personalidad del delincuente.

Para lograr esto, también es determinante el que se lleve a cabo el principio de inmediatividad, que no debe faltar en la relación del procesado con el juez, ya que le permite a éste, en el momento de

comparecer ante él, establecer una relación directa para el conocimiento del procesado, haciendo un análisis detallado de su personalidad, para después, al dictar sentencia, tenga todos los datos necesarios para hacer una correcta individualización de la pena como son: grado de cultura, condición social, económica, sexo, edad, ocupación, etc., la individualización se hace con el fin de valorar el grado de peligrosidad del delincuente, las particularidades del procesado, circunstancias exteriores de ejecución del ilícito, y al sentenciar el juez fallará en cuanto a la comprobación del cuerpo del delito que son las circunstancias objetivas del ilícito y en cuanto a la "presunta responsabilidad", determinará si efectivamente quedó plenamente demostrada la responsabilidad del procesado, y si es responsable será acreedor de una sanción, la cual el juez la individualizará particularmente de acuerdo a las características del procesado, aplicando su arbitrio judicial.

El Maestro Carrancá y Trujillo la define así: "Es la capacidad jurisdiccional responsable para valorar la personalidad peligrosa del delincuente" (82).

En el presente estudio hemos evidenciado que la individualización de la pena no sólo sirve para determinar la peligrosidad del individuo.

La individualización de la pena exige la amplitud de facultades en el juzgador, por ello se dice que no puede haber individualización de la pena, sin previo arbitrio judicial.

La ley señala los principios, según los cuales se aplicarán las sanciones, se atiende a la perfección del delito que atendería la individualización objetiva, que en el artículo 51 del Código Penal se determina "circunstancias exteriores de ejecución"; como a la participación del responsable, que es la individualización subjetiva, en el artículo 51 del Código citado señala "personalidad del delincuente" y a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad que es la individualización circunstancial.

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 (individualización objetiva) y las peculiaridades del delincuente (individualización subjetiva).

Es de vital importancia que el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en forma mediata y directa, como lo señala el artículo 52 del Código Penal, por desgracia en la vida práctica no llegan a conocer, la mayoría de las veces, ni a los familiares del procesado, lo que definitivamente es antijurídico y arbitrario, ya que los hombres no están dentro de los expedientes sino dentro de las cárceles.

CITAS TERCER CAPITULO

- (39) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., p. 253
- (40) Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 135
- (41) García Díaz, Gerardo. "Individualización de la Pena", Tesis Universidad de Sonora, México, 1982, p. 149
- (42) Abarca, Ricardo. "El Derecho Penal en México". Editorial Jus, México, 1971, p. 440.
- (43) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., p. 254
- (44) Borja Osorno, Guillermo. "Derecho Procesal Penal". Editorial Cajica, 1a. edición, México, 1969, p. 525
- (45) Citado por Abarca, Ricardo. Op. Cit., p. 441
- (46) Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., 10a. edición, México, 1986, p. 63
- (47) Citado por Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit., p. 68
- (48) Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminología", Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1981, p. 240
- (49) Idem, p. 244
- (50) Ferri, Enrique. Op. Cit., p. 308
- (51) Citados por Ferri, Enrique. Op. Cit., p. 343
- (52) Saleilles, Raymundo. "La Individualización de la Pena". Trad. de Juan De Hinojosa, Hijos de Reus editores, 2a. edición, España, 1914, p. 46
- (53) Idem, p. 116
- (54) Op. Cit., p. 236

- (55) Op. Cit., p. 268
- (56) Ferri, Enrique. Op. Cit., p. 313
- (57) Idem, p. 328
- (58) LaPlaza, Francisco P. "Realismo, Dogmática y Adaptación Penal", Criminalia, Año XIV, México, núm. 8, Agosto de 1948, p. 345
- (59) Saleilles, Raymundo. Op. Cit., p. 276
- (60) Citado por Borja Osorno, Guillermo. Op. Cit., p. 44
- (61) Citado por Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., p. 6
- (62) Ibidem, p. 6
- (63) Op. Cit., p. 8
- (64) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit., p. 293
- (65) Ferri, Enrique. Op. Cit., p. 382
- (66) Saleilles, Raymundo. Op. Cit., p. 346
- (67) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" (Parte General), Editorial Nacional, 19a. edición, tomo I, México, 1953, p. 325
- (68) Belloni Giulio, Andrea. Artículo "La individualización penal". Revista Criminalia, Año VII, México, núm. 10, 1941, p. 645
- (69) Idem, p. 646
- (70) Ibidem, p. 646
- (71) Op. Cit., p. 651
- (72) Ponencia de la Delegación Universitaria Mexicana ante el IX Congreso Internacional de Derecho Penal de la Haya. "Las circunstancias agravantes diversas del concurso del delito y la reincidencia". Revista Derecho Penal Contemporáneo, núm. 2, México, 1965, p. 32.
- (73) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Andrade S.A., 3a. edición, México, 1990, p. 6.

- (74) Idem, p. 12
- (75) Suprema Corte de Justicia. "Jurisprudencia definida", 6a. época, 2a. parte, núm. 206
- (76) Suprema Corte de Justicia. "Tesis relacionada", sexta época, segunda parte, tomo XIV, p. 173
- (77) Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales comentado". Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1990, p. 728 y 729.
- (78) Idem, p. 730.
- (79) Op. Cit., p. 731
- (80) Op. Cit., p. 732
- (81) Op. Cit., p. 758
- (82) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa S.A., 12a. edición, México, 1975, p. 631.

CAPITULO CUARTO

IV. EL ARBITRIO JUDICIAL

4.1 Concepto

4.2 Dualidad Funcional

4.3 Arbitrio Judicial, Delito y Delincuente

4.4 Fundamento Legal

4.5 Momentos de aplicación

4.6 Breves consideraciones

CAPITULO CUARTO

EL ARBITRIO JUDICIAL

4.1 CONCEPTO

Según la Real Academia Española, Arbitrio del juez o judicial es "la facultad que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza" (83). Por otra parte, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, dice: "Arbitrio del Juez, es la facultad que tiene el juez para decidir los casos omitidos o no claramente contenidos en las leyes" (84).

Etimológicamente proviene del latín "arbitrium, arbitri" que significa libertad o facultad de decidir; probablemente aparece en el español, a través del francés arbitrae, pues la palabra española que proviene directamente de arbitratium es albedrío. Gramaticalmente implicaría un arbitrio judicial tan amplio que jurídicamente el juez sería legislador, y sancionador (85).

Don Constancio Bernaldo de Quirós define al arbitrio judicial como "la facultad en los juzgadores, respecto a la aplicación de las leyes, de servirse de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquellas " (86).

Raúl Cequera Rivera dice que "el arbitrio judicial es la facultad amplia pero limitada en el sentenciador, para resolver la situación jurídica de los infractores sujetos a juicio" (87). Además estima que el arbitrio judicial tuvo su origen en los jueces legos, que decretaban sus resoluciones de acuerdo a su conciencia, sin más normas que su propia voluntad, aplicando a su antojo las sanciones.

Los jueces apoyan al arbitrio judicial; los abogados litigantes viven la implantación de la voluntad del juez materializada en el arbitrio judicial.

Si todos los jueces tuvieran la suficiente preparación jurídica, social, moral, el arbitrio judicial sería correctamente aplicado, sin embargo la ley no obliga a que el juzgador penal cuente con la preparación, especialización, experiencia y equilibrio emocional necesario, ni siquiera son requisitos para obtener tan alto cargo.

Para el maestro Colín Sánchez el arbitrio "es la facultad legalmente concedida a los órganos jurisdiccionales para dictar sus resoluciones, según las necesidades de cada caso" (88).

El arbitrio judicial es una facultad que se aplica al determinar el juzgador, la cantidad exacta entre el mínimo y el máximo señalado por la ley, dentro de los cuales camina el arbitrio, y se detiene al individualizar la pena.

El Diccionario de Derecho del maestro Rafael de Pina, define al arbitrio judicial como "la potestad reconocida a los jueces para usar, en los casos sometidos a su decisión, de un margen de discrecionalidad que, sin olvido de las normas aplicables, les permita resolver considerando las circunstancias particulares que, sin agravio de la justicia, merezcan ser tenidas en cuenta" (89).

Para nuestra opinión, esta definición adolece del objeto concreto del arbitrio judicial que es la aplicación de sanciones, de acuerdo a las condiciones objetivas y subjetivas del delito y del delincuente.

Efectivamente el arbitrio judicial se aplica a discreción, es decir, libremente, dentro del marco legal establecido en las normas jurídicas.

Para el Diccionario Jurídico Mexicano, el arbitrio judicial "en lato sensu, es la facultad de elegir entre dos o más opciones otorgadas por el ordenamiento jurídico. En stricto sensu es la facultad concedida al juez por la norma jurídica para valorar, discrecionalmente, las diferentes circunstancias que se presentan en el desarrollo de los procesos y decidir la sanción aplicable" (90).

El arbitrio judicial es una facultad discrecional para valorar todas las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas del hecho ilícito en sentencia y así determinar la sanción.

El arbitrio siempre debe ejercerse dentro de los límites que marca la norma jurídica, nunca saliendo de los máximos y mínimos determinados por la ley, en caso contrario, el arbitrio se convierte en una violación al ordenamiento jurídico.

Encontramos una relación muy estrecha entre arbitrio judicial y la individualización de la pena, sin embargo en la presente tesis, hemos diferenciado y delimitado claramente ambos conceptos, que para algunos estudiosos, se confunden entre ellos, alguno es primero que el otro, uno inmerso en el otro, son sinónimos; la realidad es que no puede individualizarse sin concretarse y para concretar la ley al sujeto, se requiere de la facultad del arbitrio judicial.

4.2 DUALIDAD FUNCIONAL

El arbitrio judicial dentro del proceso cumple con dos funciones:

La primera dentro del campo del derecho procesal, y es aquí donde el arbitrio judicial es la facultad discrecional del juez para la justipreciación o valoración de las pruebas.

La segunda función del arbitrio judicial, la realiza en el derecho sustantivo y es la facultad para determinar las sanciones, y tiene dos posibilidades, llamadas por Carrancá absoluta y restringida. Es absoluta, cuando así lo es la facultad de determinar la pena que aplicará. Y es relativa cuando el juez sólo tiene facultades para

determinar la mayor o menor duración de la sanción, que la ley impone (91).

Por lo que el arbitrio judicial es la facultad concedida a los juzgadores, para solucionar el problema de la individualización de la pena y fijar la sanción, que les dicte su propio arbitrio, dentro de los límites que la ley establece.

Cuello Calón (92), determina que tiene dos aspectos la determinación de la pena, el cualitativo, según este aspecto el delito más grave debe ser penado con pena más grave y el aspecto cuantitativo en el que la pena debe aplicarse en cuanto a la menor o mayor culpabilidad del delincuente.

El juez aplica su arbitrio en cuanto al aspecto cuantitativo, ya que determina en cuanto a la menor o mayor peligrosidad del delincuente.

El arbitrio judicial le concede al juez determinar dentro del mínimo y máximo que señala la ley, que siempre es generalizadora, y la propia ley no le permite escoger arbitrariamente la sanción a escoger, se la determina y le da dos límites, el mínimo es la garantía de la sociedad, la menor pena que está seguro el estado se aplicará; y el máximo que es la garantía del procesado, en virtud de que puede estar seguro que no le aplicarán más que el máximo legal.

Consideramos de gran relevancia transcribir lo que plantea G. M. Tarde: "lo malo es que individualizar la pena es desigualarla para

faltas iguales, y es bueno tener en cuenta el sentimiento de injusticia aparente, que esta desigualdad no puede dejar de hacer experimentar a los condenados o a muchos y a la masa ignorante del público" (93).

Este aspecto de la individualización de la pena es trascendental ya que efectivamente hace diferentes faltas iguales, sabemos que es en virtud de las peculiaridades del delincuente y de los propios actos ilícitos, sin embargo, para el público esto es injusticia.

Y precisamente como está expresado, para que se evite esa desigualdad de la pena ante faltas iguales, es necesario que el juzgador al individualizar la pena, realice un estudio profundo y pormenorizado de todos los elementos que conformaron el delito; el juez debe adentrarse en el estudio del delincuente, analizar su personalidad, el medio en que se desarrolla, sus instintos, su cultura, su situación económica, el daño producido, los actos ilícitos y a la propia víctima.

El juzgador para cumplir con el anhelo de justicia del Derecho Penal, requiere hacer un adecuado uso del método y de la técnica jurídica, ampliando su arbitrio judicial con sus conocimientos en Criminología, Penología, Antropología, Psicología, etc., y sobre todo considerar la peligrosidad del sujeto para cumplir con el fin de la defensa social.

Al respecto citaremos lo que Eugenio Mouton escribió en su libro "El deber de castigar" para aplicar las sanciones: " hay que evaluar,

comparativamente, la fuerza de resistencia del paciente y el peso del sufrimiento que se le puede imponer; es preciso computar el número de años que constituye la duración de la vida y comparar con él la longitud de las penas; intentar prever los efectos que de ello resultarán, no solamente para el condenado, sino para su familia; preguntarse si el efecto producido aumenta continuamente a proporción de su duración o si su alcance no se ha agotado al cabo de cierto tiempo. Acabado este examen en la persona del individuo, hay que darse cuenta de los resultados colectivos de todas las penas pronunciadas separadamente: adicionar la suma de trabajo y de vida que la imposición de la pena resta a la sociedad y ver si la multiplicidad no da a este conjunto de hechos alguna significación imprevista" (94).

La individualización de la pena, debe considerar los efectos señalados por Eugenio Mouton, antes de aplicar una sanción se debe estudiar qué efectos causará en el individuo, que acertadamente llama "paciente", y si consideramos que la pena es un tratamiento de readaptación, es un paciente el delincuente que se sujetará a su específico tratamiento; hay que considerar cuántos años va a vivir ese delincuente y considerar la longitud de la pena respecto a su índice de vida en específico, claro que se hablará de probabilidades pero si éstas se realizan sobre cada individuo en lo particular, podrán ser más certeras; los efectos que vivirá su propia familia al imponer la pena hay que tomarlos en cuenta; estudiar si estos efectos se agudizarán con el transcurso de la propia pena o se agota el tratamiento penal impuesto. Incluso hay que considerar los efectos,

como lo señala Eugenio Mouton, sociales de la sanción, hay que estudiar si la pena es conveniente para la propia sociedad o si le beneficia más la vida productiva del penado en libertad y concluimos igual que el citado autor, que el estudio de todas estas circunstancias particulares puede sorprendernos intinidamente, en sus resultados, ya que muchas veces es peor la medicina que la propia enfermedad.

4.3 ARBITRIO JUDICIAL, DELITO Y DELINCUENTE

Al individualizar la pena, el juez debe relacionar los conceptos de delito, delincuente, atendiendo a su arbitrio judicial.

El juez considera la gravedad del delito como un síntoma revelador de la peligrosidad del delincuente, la pena no puede tener como base la sola objetividad del hecho delictuoso.

Señala Belloni "una vez consumado el delito, ya no existe de manera propia; pertenece al pasado" (95).

El delito una vez materializado, ya se consumó y la pena castiga al delincuente, no pena al acto ilícito.

El maestro Porte Petit, nos señala que el juez debe considerar que no todo delito es síntoma de peligrosidad, "basta pensar que un delito leve puede haber sido cometido por un delincuente peligroso; y viceversa, un delito grave puede ser el acto de un delincuente poco o nada peligroso" (96).

El arbitrio judicial alcanza su consagración en nuestro Código Penal, al obligar al juzgador a concentrarse para determinar la sanción en el delincuente.

La escuela positivista con sus máximos exponentes Lombroso, Garófalo, Ferri centran su atención y siembran en el Derecho Penal la idea del estudio del delincuente.

Hoy por hoy, el hombre es la principal preocupación de todas las ciencias, y así el derecho penal considera que el delincuente, por serlo no deja de ser humano, hay que estudiar al delito como un acto antisocial cometido por un ser humano; y el juez al individualizar la pena, debe estar inmerso en el conocimiento del delincuente, estudiar su personalidad para valorar su peligrosidad y tener todos los elementos para aplicar una correcta sanción que corresponda en justicia.

4.4. FUNDAMENTO LEGAL

El arbitrio judicial tiene el mismo fundamento constitucional que la individualización penal, los artículos 14 y 21 de la Carta Magna:

"Artículo 14. ... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (97).

"Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial" (98).

Quedan establecidos los principios de legalidad y seguridad jurídica en los anteriores artículos.

Ha sido en la actualidad, a partir del Código Penal de 1931, cuando se adoptó el arbitrio judicial de una manera más amplia, permitiendo al juez la individualización de las penas.

El arbitrio judicial se encuentra regulado expresamente en el Código Penal en su título tercero denominado Aplicación de las Sanciones, dentro del capítulo I que son las Reglas Generales, transcribiremos los artículos 51 y 52 de dicho código, ya que son la médula del arbitrio judicial:

"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 peculiaridades del delincuente" (99).

El arbitrio judicial que plasma el anterior artículo es un arbitrio restringido, toda vez que la propia ley señala las penas para cada delito y sus límites mínimo y máximo, así el juzgador no puede fijar pena distinta a la legalmente determinada, ni puede fijar términos inferiores al límite mínimo, ni superiores al límite máximo, sin

embargo deja amplios márgenes para que el juez adapte su pena. En el caso de homicidio simple por ejemplo se le impondrán de ocho a veinte años, doce años son un margen muy amplio; otro ejemplo es el fraude que rebasa el monto de quinientas veces el salario mínimo se castiga con una pena de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, es un gran margen sin duda también.

El artículo 52 al texto plasma:

"En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

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

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

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

IV. Tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos con motivo de su empleo, cargo o comisión, al graduar la pena el juez tomará en cuenta, en su caso, el lucro obtenido por el infractor y la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita.

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

Para los fines de este artículo, el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales" (100).

El legislador olvida plasmar el sexo, y no olvidemos que los niveles de delincuencia son muy diferentes entre los varones y las mujeres. Apoyamos la anterior afirmación en el sociólogo criminal Adolphe Quetelet, quien es un personaje extraordinario, considerado uno de los científicos más notables que han existido, fundador de la Estadística, elaboró la "Curva de Quetelet", que es la curva de distribución estadística normal, demostró y descubrió estadísticamente, que la criminalidad femenina es muy inferior a la masculina, hizo sus estudios en Francia donde el índice es de 6 hombres y sólo una mujer criminal, en México es de 15 a 1 en sentenciados, es decir 15 hombres por una mujer (101).

El artículo 52 habla de la calidad de las personas ofendidas, refiriéndose, suponemos a la honorabilidad, dignidad, debiendo incluir elementos como su edad, sexo, condición económica, social, cultural, educación, conducta de éste.

El artículo 51 se limita a señalar "las circunstancias exteriores de ejecución y las personales del delincuente", cuadro que amplía el artículo 52, sin embargo, el primer artículo es incompleto y el segundo es más amplio, deberían fusionarse para su mejor comprensión y aplicación.

Nuestro código considera al delito, no como una entidad jurídica, sino como un complejo biológico, psicológico, social y físico ya que la ley ordena que se realicen los peritajes necesarios para conocer la personalidad del delincuente y las demás circunstancias de que requiere para aplicar la sanción adecuadamente; lo anterior si bien es justo, ya que si se pretende graduar la duración de la pena, el juzgador debe examinar las posibilidades de readaptación existentes en el delincuente y su peligrosidad, necesitando de estudios realizados por verdadero especialistas en forma profunda y pormenorizada; ya que el juez puede combatir el crimen al aplicar una sanción que ponga remedio y rehabilite al delincuente.

Encontramos como normas accesorias del arbitrio judicial establecido los artículos del Código penal 53, 59 bis, 63:

"Artículo 53. No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba, inculpablemente, al cometer el delito" (102). Si el delincuente ignora circunstancias del ofendido y dicha ignorancia da lugar a un delito, hay ausencia de culpabilidad, no puede imputársele el aumento de gravedad que obedezca a esa ignorancia.

"Artículo 59 bis. Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso" (103).

Este artículo faculta al juez para que tomando en cuenta el atraso cultural y la ignorancia del delincuente, imponga a su libre arbitrio hasta la cuarta parte de la pena que le correspondería por el delito cometido y además otorga la opción de imponer tratamiento en libertad, el juez decidirá el caso en concreto qué sanción imponer.

"Artículo 63. A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario" (104).

En el presente artículo se otorga al juez la facultad de que en caso de tentativas punibles, puede determinar hasta las dos terceras partes de la sanción que correspondería si se hubiera consumado el delito.

En el Código Penal se establecen las penas en caso de delitos de imprudencia, cuya calificación de gravedad queda al prudente arbitrio

judicial, quien de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60, debe tomar en consideración las circunstancias señaladas en el artículo 52 y las especiales siguientes:

"I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. Si para ella bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimiento comunes en algún arte o ciencia;

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios;
y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

VI. En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional" (105).

Este artículo da las reglas para que el juzgador determine la gravedad de la imprudencia; en la última fracción otorga la facultad al juez para imponer hasta una cuarta parte de la sanción, si se cometió delito preterintencional.

El Código Penal vigente, consagra la mayor amplitud del arbitrio judicial, compatible con el artículo 14 y 21 Constitucional, que ampara la garantía penal; y de ese modo dió un paso hacia una amplia

individualización judicial de las sanciones. En efecto este código penal promulgado en 1931, adoptó el sistema de fijar sanciones de naturaleza precisa para cada delito, fijando un mínimo y un máximo. Se establecieron además penas paralelas como la impuesta en el artículo 289 primera parte del Código penal que establece una sanción de tres a cuatro meses de prisión o multa de cinco a cincuenta pesos o ambas sanciones a juicio del juez para el delito de lesiones leves; en este ejemplo se siguió el sistema de la determinación relativa legal de la pena.

En el artículo 64 textualmente dice: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido" (106).

Este artículo faculta al juez para que en caso de concurso ideal aplique la pena mayor pudiendo aumentar hasta en una mitad más del

máximo de duración, sin que exceda del máximo legal de 40 años de prisión; en casos de concurso real el juez podrá aumentar la pena mayor hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los delitos que integran el concurso real, sin exceder del límite legal de 40 años de prisión.

El artículo 64 bis señala que en el caso en que los responsables de los delitos sean los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso.

"Artículo 65. A los reincidentes se les aplicará la sanción que debería imponerseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del juez.

Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes al primero y segundo delitos, se aplicará esta suma.

En aquellos delitos que tengan señalada pena alternativa, en todo caso se aplicará al reincidente la pena privativa de libertad" (107).

Cuando el delincuente es reincidente, al aplicar la sanción correspondiente al último delito, el juzgador podrá aumentarla desde un tercio hasta dos tercios de su duración. Si son delitos de la

misma especie aumentará de dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena.

El artículo 66 establece que en caso de delincuentes habituales, la sanción no podrá ser menor a la que se determinaría de ser reincidentes.

En el caso de inimputables, el juez determinará el tratamiento aplicable al sujeto, ya sea en internamiento o en libertad.

El juzgador también tiene la facultad de conmutar las sanciones, como se establece en el Capítulo VI, en los artículos 70 al 76 del Código Penal, de acuerdo a lo ordenado el juzgador puede hacer uso de su arbitrio para sustituir la prisión, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 cuando no exceda de un año de prisión se podrá sustituir por multa o trabajo en favor de la comunidad; cuando no exceda de tres años de prisión se podrá sustituir por tratamiento en libertad o semilibertad; para otorgar la sustitución el reo debe satisfacer los siguientes requisitos: que sea la primera vez que el sentenciado incurra en delito intencional, que tenga buena conducta positiva antes y después del hecho punible y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por su naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no vuelva a delinquir.

Lo que nos indica que el juzgador debe apreciar las circunstancias señaladas en los arts. 51 y 52 y que sea primodelincuente, y que su

peligrosidad sea muy baja, otorgará, a su libre arbitrio la sustitución de sanciones.

En caso de que el delincuente no cumpla con las condiciones de la sustitución, el juez la puede dejar sin efecto y ordenar la ejecución de la pena, o bien, si su arbitrio lo considera conveniente podrá apercibirlo de no volver a cometer faltas, como lo expresa el artículo 71 del Código penal vigente. Para que proceda la sustitución y conmutación de las sanciones, se exigirá al condenado la reparación del daño o la garantía que señale el juez para asegurar su pago, en el plazo que se fije, de acuerdo al artículo 76 del Código Penal vigente.

El juzgador puede otorgar la condena condicional, que es la suspensión condicional de la pena, esta suspensión es motivada por parte de la autoridad jurisdiccional, no forzada u obligatoria. Procede y debe concederla si considera a su prudente arbitrio y con base en el conocimiento directo del sujeto, llenando los requisitos del artículo 90, corresponde otorgarla al sentenciado, con interés también de la defensa social. Constituye la mejor oportunidad de la individualización judicial. Todas las normas reguladoras de la condena condicional están plasmadas en el artículo 90.

El Ejecutivo, a través de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social también tiene la facultad de otorgar la libertad preparatoria al delincuente, si ya cumplió con las dos quintas partes de su pena e incluso la retención,

sometiéndolo a un exámen de personalidad, el que debe cotejarse con el anterior exámen que se le hizo al delincuente, antes de ser sentenciado; la libertad preparatoria se fundamenta en que el reo haya acreditado con actos positivos su resocialización y redime de la privación de la libertad, se relaciona con las motivaciones por las que se sentenció. La retención actúa en sentido inverso, ya que una vez extinguida la condena, se le retiene si durante ella ha observado mala conducta.

La reforma del artículo 562 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, por decreto del 16 de diciembre de 1991 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1991, señala que puede obtenerse la libertad bajo caución otorgando el 15% del monto total de la caución fijada, cuando el inculcado no tenga los recursos económicos suficientes, pudiéndose fijar plazos de pago. Estas reformas no se incluyen dentro del arbitrio judicial toda vez que son un derecho limitado y que todo individuo que reúna los requisitos tiene para obtener su libertad bajo caución, además es un derecho Constitucional plasmado en su artículo 20, el monto es predeterminado legalmente (en los delitos patrimoniales).

Hemos establecido las reglas para aplicar el arbitrio judicial, que determinan las normas legales en los casos de tentativas punibles, en caso de error o ignorancia de la ley por atraso cultural, casos en que las circunstancias ignoradas del ofendido no agravan la pena, la calificación de la gravedad de imprudencia, en los casos de concurso real e ideal, los reincidentes, los delincuentes habituales y los

inimputables, en todos estos casos la ley fija los límites de la determinación de la pena y fija los máximos y mínimos para individualizar la pena e incluso puede conmutar las sanciones de acuerdo a las reglas normativas establecidas u otorgar los beneficios de la condena condicional siguiendo el marco jurídico plasmado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal.

4.5 MOMENTOS DE APLICACION

El arbitrio judicial no sólo se aplica al individualizar la pena, fijaremos otros momentos de su aplicación legal y son:

- AL DICTAR EL AUTO DE FORMAL PRISION, O EL AUTO DE LIBERTAD
- AL FIJAR EL MONTO DE LA CAUCION
- AL VALDRAR LAS PRUEBAS DEL PROCESO
- AL CONDENAR; DETERMINARA LA CUANTIA DE LA PENA
- AL ABSOLVER AL PROCESADO
- AL FIJAR EL MONTO DE LA MULTA
- AL FIJAR LA REPARACION DEL DAÑO
- AL CONMUTAR O SUBSTITUIR LAS SANCIONES
- AL DECIDIR SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL

Respecto a la multa, se encuentra regulada por el capítulo VI del Código Penal, denominado "Sanción Pecuniaria" que consiste en la multa y la reparación del daño.

La multa es el pago de una suma de dinero al Estado, y será fijada por días multa, cuyo límite inferior será el salario mínimo vigente

en el momento de consumarse el delito. Si el sentenciado no puede pagar la multa, se le podrá sustituir por prestación de trabajo en favor de la comunidad total o parcialmente.

Se ha criticado duramente esta sanción, ya que golpea duramente a los pobres y para los ricos representa la impunidad.

Los artículos del 29 al 39 del Código penal regulan las sanciones pecuniarias.

"Artículo 30. La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y

II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados, y

III. Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución y de dos a tres tantos el precio de la cosa o los bienes obtenidos por el delito" (108).

El artículo 31 determina que la reparación será fijada por los juzgadores, según el daño que sea preciso reparar; el artículo 32 establece a los terceros obligados a reparar el daño; el artículo 33 la obligación preferente de pago, el 34 señala la exigibilidad del pago de la reparación del daño, ya que tiene carácter de pena pública.

A su vez el artículo 35 señala "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; el primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación" (107).

Lo que significa que la multa cumple con la sociedad y la reparación del daño cumple con la parte ofendida.

4.6 BREVES CONSIDERACIONES

El ejercicio del arbitrio judicial no es un acto obligatorio o regalado, la ley lo otorga y es discrecional, ajustándose a las limitaciones que impone las normas y principios que lo rigen.

Durante el anterior y el presente capítulo se ha evidenciado la gran importancia de la peligrosidad del sujeto al individualizar la pena, citaremos la siguiente teoría jurídica sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que apoya lo anterior:

"Para satisfacer las exigencias legales en el ejercicio del arbitrio judicial, no es indispensable la referencia nominal a todas y cada una de las circunstancias de ejecución del delito y personales del delincuente; sino que basta que en el razonamiento de la responsable haya conceptos que demuestren que se ocupó de la peligrosidad del agente para la individualización de la pena. 1a. Sala. Boletín 1959, p. 11" (110).

Consideramos que para individualizar la pena, si hay que considerar todas las circunstancias subjetivas y objetivas del delincuente, en virtud de que el simple conocimiento de la peligrosidad del agente para nuestro punto personal, no es conocer las particularidades del delincuente; además hemos demostrado que no existe un estudio específico que la determine con certeza; el juzgador para apreciarla toma en consideración el estudio de la personalidad realizado por "trabajadoras sociales" que en múltiples ocasiones, ni siquiera llegan a conocer personalmente al procesado, ya que recurren al juzgado y copian, incluso en forma incorrecta a veces, los datos del procesado del expediente, no sabríamos dar la razón de que esta situación se agudiza especialmente cuando los procesados son de bajos recursos económicos.

También el juez toma en consideración los anteriores ingresos a prisión o los llamados "antecedentes penales", viéndose afectado el sujeto si fue fichado por ser presunto responsable en otra causa penal; su "modus vivendi", sus cartas de buena conducta, dónde vive, sus referencias personales que dan además de las características de los artículos 51 y 52 del Código penal, al juzgador el panorama del grado de peligrosidad del delincuente.

El delito ya fue cometido, esto es pasado y la peligrosidad es futuro, toda vez que es la potencialidad de cometer actos ilícitos, por lo que el juzgador al sentenciar, sanciona el pasado (delito cometido), el presente (las características subjetivas del delincuente) y también sanciona el futuro (la peligrosidad); el

Juzgador sanciona el pasado, el presente y el futuro, sin duda es una difícil tarea sentenciar a un delincuente por lo que hizo, por lo que es, y por lo que podría hacer.

Para que se pueda apreciar si la aplicación del arbitrio judicial fue adecuado, el juzgador debe relacionar los artículos que norman su arbitrio con las circunstancias exteriores del delito y las propias del delincuente al fijar la pena, y no simplemente citar los preceptos legales.

El juzgador que aplica su arbitrio judicial al imponer las penas, debe tener en cuenta todas las circunstancias de ejecución del acto ilícito y las personales del procesado, ya que el arbitrio del juez debe ser usado con la prudencia y discrecionalidad que deben siempre normar todos sus actos de autoridad jurisdiccional; el juzgador siempre debe tomar en consideración que el fin de la pena es la readaptación social del delincuente y que debe de lograrse con la pena que determine.

Se ha demostrado que la función del juez, durante todo el desarrollo del presente trabajo, puede tener consecuencias graves al determinar una pena inapropiada, quizá esté ajustada a derecho, es decir puede estar dentro del máximo y el mínimo legal, sin embargo puede no ser la apropiada para ese delincuente en lo particular; en nuestro actual derecho penal se tiende mucho a centrar toda la atención del juzgador en la peligrosidad del delincuente únicamente, y no se orienta a su rehabilitación, ya que a mayor peligrosidad mayor pena de prisión y

algunos sujetos pueden readaptarse con otros tratamientos adecuados con otro tipo de penas o medidas de seguridad, de los que dispone el Código Penal en un amplio catálogo en deshuso.

El arbitrio judicial es una facultad del juzgador, cuya razón de ser y sus fines son en doctrina, muy hermosos y muy románticos también, pero en la vida fáctica se evidencian todas las terribles y angustiantes irregularidades, todos los numerosos obstáculos que entorpecen su ejercicio; mientras no se modifique o se mejore el sistema procesal penal mexicano en cuanto al arbitrio judicial, a través de un catálogo que imponga diversas penas que se puedan imponer, con una clasificación de acuerdo a los tipos de delinquentes, que el juzgador cuente con los elementos necesarios (materiales y humanos: médicos, psicólogos, psiquiatras, etc.) para poder determinar científicamente la peligrosidad de cada delincuente; no se podrá aplicar en forma adecuada y correcta, el arbitrio judicial, obteniéndose una correcta defensa social y logrando la verdadera Justicia penal.

CITAS CUARTO CAPITULO

(83) Alemany y Bolufer, José. "Diccionario Enciclopédico Ilustrado De La Lengua Española", publicado bajo la Dirección de la Real Academia Española, Ramón Sopena Editor, n.e., España, 1936, p.152

(84) Escriche, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Imprenta de Eduardo Cuesta, España, Tomo I, 1974, p.646

(85) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, tomo IV, UNAM, México, 1988, p. 205

(86) Citado por González García, Vicente. "Arbitrio Judicial", Enciclopedia Española, 6a. edición, España, Tomo III, 1968, p. 480

(87) Cequera Rivera, Raúl. "Un ensayo sobre la etiología de la delincuencia y la individualización de la sanción en la República Mexicana", Tesis UNAM, México, 1967, p. 68

(88) Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., décima edición, México, 1986, p. 489 y 490

(89) De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa S.A., 13a. edición, México, 1985, p. 97

(90) "Diccionario Jurídico Mexicano", Op. Cit., p. 205

(91) Carrancá y Trujillo, Raúl. Artículo "Métodos y Procedimientos Técnicos empleados en la elaboración de la Sentencia Penal", Op. Cit., p. 394

(92) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit., p. 595

(93) Citado por Ceniceros, José Angel. "Travectoria del Derecho Penal Contemporáneo", Biblioteca Criminalia, México, 1963, p. 80

(94) Mouton, Eugenio. "El Deber de Castigar", Editorial La España Moderna, España, 1954, p. 210 y 211

(95) Belloni, Giulio Andrea. "Política Criminal", Diccionario de Criminología, Italia, 1943, p. 646

(96) Citado por Lucuras de Avellaneda, Juan. Artículo "Los errores judiciales", Revista Criminalia, año VII, núm. 7, México, marzo de 1941, p. 405

(97) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Ediciones Andrade S.A., 13a. edición, México, 1989, p. 6

(98) Idem, p. 9

(99) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 190

(100) Idem, p. 192

(101) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., P. 318-320

(102) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit., p. 196

(103) Idem, p. 205

(104) Op. Cit., p. 218

(105) Op. Cit., p. 207

(106) Op. Cit., p. 220

(107) Op. Lit., p. 222

(108) Op. Cit., p. 164

(109) Op. Cit., p. 172

(110) "Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1955-1963" sustentadas por la Sala Penal, Primera Sala. Ediciones Mayo, 2a. edición, México, 1979, p. 74

CONCLUSIONES

El hombre en su vida colectiva requiere del Derecho para proteger y preservar el orden social. El Estado ejercita el Ius Ponendi para conminar la realización del delito con penas y en su caso, imponerlas y ejecutarlas, mediante las normas jurídicas del Derecho, a través de sus órganos competentes para conservar el orden social.

En la infancia de la civilización, el Ius Ponendi es el derecho a castigar como venganza, el mal merece mal. La vida social evoluciona y la penalidad se humaniza. El Derecho Penal cuenta con la coercibilidad máxima que es la pena y su aplicación es una delicada función que el Derecho debe vigilar cercanamente la pena, para evitar posibles injusticias, para aplicar correctamente la pena, es necesario conocer sus fines: prevención, represión, atemorización, rehabilitación.

El más importante de ellos es la rehabilitación, al imponer una pena al sentenciado debe de rehabilitarse en primer término, enmarcada por un proceso jurídico apegado a Derecho.

La pena tiene un fin individual y social, el primero en cuanto a rehabilitar al sujeto y social como medio de prevención y atemorización.

Para lograr estos fines, el juzgador debe conocer la impresión que causará la pena que va a determinar, por lo que debe de conocer al sujeto delincuente, ya que la pena de prisión no sólo castiga al cuerpo sino a lo más íntimo de su ser: el alma. La pena es para el juzgador un instrumento, el medio para lograr la rehabilitación del delincuente, que se adapte a la sociedad y que no viole sus normas jurídicas.

La pena tiene la misión terapéutica y redentora de readaptar, sin perder el fin de retribución, de expiación y prevención.

Además de las penas existen medidas de seguridad, las primeras pretenden en primer término readaptar, las segundas su fin primordial es prevenir ilícitos, a través de su imposición.

El juzgador en los casos de inimputables, dictará atendiendo a su prudente arbitrio los tratamientos correctos y eficaces.

El Código Penal maneja simultáneamente penas y medidas de seguridad, que como se comprobó son de diversa naturaleza, por lo que se propone su división.

Nuestro Derecho Penal está enfermo de pena de prisión, el legislador cuenta con un amplio arsenal de penas y medidas de seguridad que no son usadas ni aplicadas, por no estar determinadas legalmente, lo que impide la aplicación de tantas penas que existen enunciadas en nuestro Código Penal.

La pena se basa en el Principio No hay pena sin ley, No hay pena sin juzgador.

El juzgador debe estudiar la conducta humana desde el punto de vista sociológico, biológico, psicológico, físico y antropológico, ya que el delincuente es un ser humano. La capacidad de juzgar plantea problemas dramáticos y de una trascendencia muy importante, ya que no sólo se aplica la ley, hay que comprender la voluntad del legislador expresada en la norma jurídica, la voluntad colectiva en un momento determinado.

El juzgar requiere de una vocación, aptitud, especialización, experiencia, conocimientos penales, inteligencia, requisitos profesionales y psicológicos.

El juzgador observa al pasado y debe comprender al ser humano; debe contar con un equilibrio emocional y personal, la ley no contempla ninguna de estas características, sólo establece los mismos requisitos que se requieren para ser juez en materia civil. Deben plasmarse legalmente las anteriores características como requisitos para ser juez penal.

El juzgador tiene como función vital sentenciar, valorando y apreciando todas las actuaciones procesales, si se comprueba o no el cuerpo del delito y si se acreditó la responsabilidad del delincuente, o no; hará uso de su arbitrio judicial al detener la

pena entre el mínimo y el máximo legal, al declarar ese "quantum" es cuando individualiza la pena.

La ley otorga amplias facultades valorativas al juzgador plasmadas principalmente en los artículos 51 y 52 del Código Penal, las bases de este moderno sistema de apreciación son el arbitrio judicial y la individualización de la pena.

Sin embargo el juzgador debe estar a la altura de este sistema, ya que se requiere un profundo estudio del delincuente, y poseer los conocimientos necesarios para apreciar la compleja personalidad del delincuente y así lograr la Justicia Penal que es el fin último de la convivencia humana. Desgraciadamente la justicia humana es falible, son demasiadas sus deficiencias y sus debilidades, está sujeta a cambios de acuerdo a la época y al lugar. Pero el juzgador puede buscar la perfección de la Justicia guiándose por ella misma. Así el juzgador puede con el pincel del arbitrio judicial plasmar los colores de la Justicia Penal en el cuadro de la individualización penal.

La individualización penal se guía en la defensa social, para adecuar la pena a la persona del delincuente, por lo que necesita conocerlo, para poder procurar su readaptación social.

El apoyo de la individualización penal será el conocimiento científico del delincuente, dentro de éste no sólo debe estarse a su peligrosidad, la peligrosidad es un elemento más que integra la

personalidad del delincuente, no es su personalidad la peligrosidad, ya que dentro de ella están inmersos tres momentos: lo que fue, lo que es y lo que puede ser.

La peligrosidad puede estar determinada en forma no científica e incorrecta, lo que implica una incorrecta aplicación de la sanción, por lo que sería conveniente que el juzgador se allegara de los elementos necesarios (materiales y humanos) para auxiliarlo a determinar científicamente la peligrosidad del sujeto. Además de que el juzgador imprescindiblemente debe tener conocimiento directo con el delincuente, para conocer sus condiciones personales, ambiente, sentimientos, instintos, aspiraciones, motivaciones, ya que la individualización penal no puede aplicarse en general, sino concretarse en forma individual.

Legalmente sería muy conveniente que la ley precisara diversas clases de penas para ciertos delitos; y para diferentes peligrosidades límites de aumento o disminución de la pena.

Los criminales son diferentes aunque hayan realizado el mismo ilícito y la pena debe estar de acuerdo con el ilícito y con la personalidad del delincuente.

La individualización de la pena debe realizarse bajo reglas legales y el arbitrio judicial es una facultad amplia del juzgador que se aplica al determinar la cantidad exacta entre el mínimo y el máximo señalado por la ley, a través de un proceso lleno de obstáculos y

graves irregularidades, se puede convertir en una terrible arma contra el anhelo de justicia del Derecho Penal.

No sólo se puede determinar el "quantum" de la pena permitida legalmente, hay que considerar los efectos que causará en el sujeto y si estos corresponden a su readaptación.

La vida práctica nos demuestra que determinar la peligrosidad no es conocer realmente al delincuente por lo que el arbitrio judicial no puede ser aplicado correctamente si está basado en datos incorrectos.

Consideramos que el sistema de libre apreciación acarrea graves irregularidades. Es conveniente modificar el arbitrio judicial y limitarlo dando márgenes no tan amplios y confeccionando un catálogo que imponga diversas penas que se puedan imponer, con una clasificación de acuerdo a los tipos de delincuentes que existen. Es grave la manera en que se aplica el arbitrio judicial al individualizar la pena en la vida fáctica.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, "Tratado de los Delitos y de las Penas", Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1988, 409 pp.
- Beling, Ernest. "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor, España 1943, 589 pp.
- Borja Usorno, Guillermo. "Derecho Procesal Penal", Editorial José M. Cajica, México, 1969, 617 pp.
- Briseño Sierra, Humberto. "El Enjuiciamiento Penal Mexicano", Editorial Trillas, México, 1976, 655 pp.
- Carnelutti, Francesco. "Las Miserias del Proceso Penal", Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1969, 430 pp.
- Carranca y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario", Editorial Porrúa, S.A., 2a. edición, México, 1974, 790 pp.
- Carranca y Rivas, Raúl. "El Drama Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1982, 638 pp.
- Carranca y Rivas, Raúl y Carranca y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado", Editorial Porrúa S.A., 15a. edición, México, 1989, 534 pp.
- Carranca y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., 4a. edición, México, 1979, 623 pp.
- Castellanos, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa S.A., 19a. edición, México, 1984, 340 pp.
- "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal", Editorial Porrúa S.A., México, 1991, 300 pp.

"Código Penal" para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A., México, 1991, 204 pp.

Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, S.A., 9a. edición, México, 1985, 798 pp.

"Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Andrade S.A., 3a. edición, México, 1990, 109 pp.

Costa, Fausto. "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía", Editorial Unión Tipográfica, Hispanoamérica, México, 1953, 558 pp.

Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" (Parte General), Editora Nacional, 9a. edición, México, 1976, 762 pp.

Cuello Calón, Eugenio. "La Moderna Penología", Cárdenas editor y distribuidor S.A., México, 1976, 670 pp.

Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales Comentado", Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1990, 810 pp.

Ferri, Enrique. "Principios de Derecho Criminal", Editorial Reus, 5a. edición, España, 1963, 532 pp.

Floris Margadant S., Guillermo. "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge S.A., 11a. edición, México, 1982, 203 pp.

García Díaz, Gerardo. "Individualización de la Pena", Tesis, Universidad de Sonora, México, 1982, 205 pp.

García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1974, 534 pp.

García Ramírez, Sergio. "Justicia Penal", Editorial Porrúa S.A., 1a. edición, México, 1982, 509 pp.

García Ramírez, Sergio. "Manual de Prisiones" (La pena y la prisión), Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1980, 370 pp.

Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Editorial Lozada, 1a. edición, Argentina, 1950, 289 pp.

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1955-1963, sustentadas por la Primera Sala Penal, Ediciones Mayo, 2a. edición, México, 1979, 978 pp.

Macedo, Miguel S. y Ceniceros, José Angel. "Derecho Penal y Procedimientos Penales", Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1928, 585 pp.

Marchiori, Hilda. "Psicología Criminal", Editorial Porrúa S.A., 5a. edición, México, 1985, 310 pp.

Mouton, Eugenio. "El Deber de Castigar", Editorial La España Moderna, España, 1954, 259 pp.

Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminología", Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1981, 453 pp.

Ruiz Funes, Mariano. Artículo "El Juez Penal", tomo 110., número 4, 5 y 6. Revista Jurídica Veracruzana, México, 1969, 112 pp.

Saleilles, Raymundo. "La Individualización de la Pena", Trad. de Juan De Hinojosa, Hijos de Reus editores, 2a. edición, España, 1914, 470 pp.

Sánchez Cortés, Alberto. "Un Ensayo sobre el Derecho a Castigar", Tesis, Universidad Veracruzana, México, 1940, 90 pp.