

38 300009
22

UNIVERSIDAD LA SALLE



ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA TEMIBILIDAD COMO ELEMENTO PARA LA
INDIVIDUALIZACION DE LA SANCION PENAL:
REFORMA DEL PARRAFO TERCERO DEL
ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
JORGE NADER KURI

MEXICO, D. F.

1990

FALLA DE ORIGEN



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.

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS	5
1.- Derecho Romano	5
2.- Revolución Francesa	8
3.- Derecho Mexicano	12
A) México Precolombino	12
B) México Colonial	15
C) México Independiente.....	16
a) Constitución Mexicana de 1857	18
b) Código Penal de 1871	20
D) México Revolucionario	24
a) Constitución Mexicana de 1917	25
b) Código Penal de 1931	26
CAPITULO II.- TEMIBILIDAD Y REPROCHABILIDAD	29
1.- Temibilidad	29
A) Concepto	29
a) General	29
b) Legal	33
c) Jurisprudencial	34
d) Doctrinal	36
B) Grados de temibilidad	39



C)	Actualización en el agente activo	41
D)	Tratamiento Legal	42
2.-	Reprochabilidad	43
A)	Concepto	43
B)	Actualización en el agente activo	49

CAPITULO III.- NACIMIENTO Y COMISION DEL DELITO:

	INTER CRIMINIS	51
1.-	Fase Interna de la vida del delito	51
A)	Idea criminosa	52
B)	Deliberación	53
C)	Resolución	55
2.-	Fase externa en la vida del delito	56
A)	Resolución manifestada	56
B)	Preparación	58
C)	Ejecución	60
D)	Consumación	60
E)	Agotamiento	61
3.-	Trascendencia penal del Inter Criminis	62
A)	Tentativa	62
B)	Frustración	63
C)	Resultado Lesivo	66
	a) Dolo	66
	b) Culpa	67
	c) Preterintención	69
4.-	Reprochabilidad en el Inter Criminis	71

CAPITULO IV.- LA REPROCHABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL .	74
1.- Su estudio y sistematica de su consideración	74
2.- Averiguación Previa	77
3.- Instrucción	82
A) Primera Etapa	84
B) Segunda Etapa	86
a) Observación Judicial	88
b) Estudios de personalidad	90
c) Informe Penitenciario	92
C) Juicio	94
4.- Individualización de la Sanción Penal y reprocha-- bilidad	95
A) Pena Privativa de la Libertad	99
B) Sentencia	104
C) Revisabilidad de las sentencias	108
5.- Reincidencia	109
 CAPITULO V.- ANTEPROYECTO DE LA REFORMA DEL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DIS- TRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.....	112
 CAPITULO VI.- CONCLUSIONES	115
 BIBLIOGRAFIA	121

INTRODUCCION

I N T R O D U C C I O N .

EL DRAMA PENAL.- En la justicia penal de hoy, como siempre ha sido, todo es convencionalismo, todo ficción. Nuestros tribunales de justicia juzgan a hombres enmascarados; sobre las almas de los reos, como antiguamente sobre el rostro de los esclavos que se ofrecían en renta, la sociedad coloca una máscara mortal: el procesado aparece como un monstruo que solo interesa en cuanto es un ser peligroso y él, vive intensamente un doloroso drama al estar en peligro inminente de ser víctima de un error judicial.

A partir de su captura, la Justicia no se ocupa mas que del delito cometido y de la pena establecida por la ley para ese delito, no para ese hombre. Al día siguiente de la Sentencia, la administración penitenciaria toma nota sólo de la duración de la pena y del sitio donde ésta deba cumplirse, para así, devolver un día al culpable a la sociedad.

Mientras esto sucede, en las Universidades, en las cátedras de Derecho Penal, se estudia, de espaldas a la vida, la medida de la pena, tal como se determina, en las escuelas de artillería, la carga para los cañones¹, se actualiza a diario la deshumanización del Derecho Penal.

¹ ALMARAZ, José. El Delincuente. Edit. Librería de Manuel Porrúa, México, 1960

Ciertamente, nuestro legislador ha hecho grandes esfuerzos por revolucionar el Derecho Punitivo a efecto de trascender del hecho delictivo en sí hacia dentro del presunto responsable; muestra de ello fueron las reformas de 1985 a los Artículos octavo y noveno del Código Penal en que se deroga el principio presuncional de culpabilidad; ahora no se parte del resultado en sí; se parte de la intención del agente activo.

Sin embargo, éstos sólidos intentos no han bastado por sí mismos; hay graves fallas en el resto del sistema penal vigente; la reforma de un artículo no es suficiente para corregir errores con consecuencias irreparables, y como siempre ha sido, se juzga al delincuente y no al hombre; se juzga al "ladrón" o al "asesino" y no al hombre en quién el delito, quizá fué tan solo un parentesis en su vida; quién ahora tiene como único recuerdo el estigma de un delito que tal vez cometió; nada ha cambiado; la escuela de la Política Criminal, que toma como elemento de partida a la intención, no ha fructificado en la sistematización de un sistema penal humano y por ende, justo.

Precisamente, una de las grandes fallas en nuestro sistema penal actual, que ha impedido que las sentencias se acerquen mas a la pretendida justicia, es el hecho de considerar a la temibilidad como elemento para individualizar la sanción penal, de que trata precisamente este trabajo de tesis que presentamos. Hemos

adoptado la teoría de la intención como elemento primigenio en el estudio y tratamiento legal del delito, como nuestro Código Penal a partir de 1985. La temibilidad no es causa ni efecto del delito, pero la reprochabilidad que la conducta delictiva cause en el agente activo, es consecuencia directa e inmediata de la intención.

Para lograr una mayor expresión y comprensión del principio que sustentamos, dividiremos este trabajo en seis capítulos fundamentales, comenzando por el estudio dialéctico de la temibilidad y reprochabilidad en los principales antecedentes de nuestro Derecho Mexicano vigente.

Posteriormente, en un segundo capítulo detallaremos el concepto y tratamiento que la ley, la Jurisprudencia y la doctrina realizan en cuanto a la temibilidad y la reprochabilidad a efecto de fijar conceptos claros y bases para el subsecuente desarrollo del tema.

La reprochabilidad, como circunstancia íntima de un delito, debe ser estudiada desde que inicia, hasta que se actualiza; al ser un elemento persistente en la vida del delito. Se estudiará en un tercer capítulo el Inter Criminis en sus fases interna y externa, en cuanto a su trascendencia legal, para finalizar, en el estudio de la intervención de la reprochabilidad en el Inter Criminis.

En un cuarto capítulo estudiaremos el tratamiento de la reprochabilidad en el procedimiento Penal Mexicano; momento de su necesaria consideración por la autoridad administrativa (averiguación Previa) o por la Judicial (Proceso); cómo debe considerarse en la sentencia, punto en el que estudiaremos los tipos de sanciones penales, la revisibilidad de éstas y, fundamental será el estudio de la pena privativa de la libertad; sanción penal por excelencia. Todo en torno a la reprochabilidad.

En un capítulo quinto, propondremos un anteproyecto de regulación de la reprochabilidad como elemento para la individualización de la sanción penal sugiriendo la reforma del párrafo tercero del Artículo 52 del Código Penal Vigente, para quedar redactado como se expresará.

Habremos de concluir en un sexto capítulo para que, finalmente, transcribamos Jurisprudencia interesante de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de reprochabilidad, lo que haremos como apéndice.

Pretendemos con esta tesis un estudio sistemático y novedoso del tema, mas nunca, contestar a todas las interrogantes. Deseamos sembrar la semilla que florezca en la adopción de un sistema penal Justo cuyo único remedio consiste en conocer al hombre tal y como es, sin prejuicios ni apriorismos.

C A P I T U L O - I
A N T E C E D E N T E S H I S T O R I C O S

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano Clásico, los delitos eran una fuente de obligaciones al lado de los contratos y otros actos con efectos jurídicos.

Los delitos fueron tipificados como obligaciones en los dos grandes momentos de la historia jurídica del Derecho Romano: ius civile, que sancionaba el *furtum*, *iniura* y el *damnum iniura datum*; y el *ius honorarium*, que tutelaba el *dolus*, *metus*, *rapina* y el *fraus creditorum*.

Aunque el *ius civile* se caracterizó por su rigidez inflexible, ya hace una distinción entre la manera de comisión del acto delictivo, lo que constituye el primer antecedente de la temibilidad: El *dolo*². En efecto, los delitos privados eran "actos humanos, contrarios al derecho o a la moral, de consecuencias materiales a veces intencionados, pero de consecuencias jurídicas no intencionadas, que daban lugar, no sólo a una indemnización, sino también a una multa privada en favor de la víctima, y que únicamente podían perseguirse a

² El *dolo* es una conducta intencionada a producir un resultado lesivo; podría considerarse como un indicador del grado de temibilidad del sujeto activo, pero no es indicador alguno del grado de desadaptación o readaptación social del agente.

petición de ésta. No se trataba necesariamente de actos dolosos, entraban también actos meramente culposos"³

Al igual que las leyes Romanas ya regulaban el dolo y la culpa, prevenían la reprochabilidad del agente activo. En el *fortum* v.gr., existían dos acciones que ejercitar por el ofendido o la víctima:

a) *actio poenae persecutoria*.- Se dirigía solo en contra del culpable cuando éste devolvía lo robado o se encontraba en posibilidades de hacerlo, y se le condenaba a la devolución de la cosa y al pago de la multa que le era fijada.

b) *actio persecutoria*.- Procedía también en contra de los herederos del delincuente, si el objeto robado se encontraba en poder de éstos o si ya había desaparecido. En este último caso, la acción se convertía en *condictio furtiva*.

El hecho de devolver o no lo robado, y su consecuente sanción menor o mayor respectivamente, en el *fortum*, constituye el primer antecedente de la reprochabilidad de la conducta y era regulada perfectamente por el Derecho Romano. Indicaba mayor grado de reprochabilidad quien arrepentido devolvía la cosa y por ello la sanción era de menor cuantía y era personalísima, no podía

³ FLORIS, Margadant Guillermo S. "El Derecho Privado Romano", Duodecima Edición, Ed. Esfinge S.A., Mexico, 1983 p. 432

trascender a los herederos, pero a menor reprochabilidad, mayor sanción que si podía trascender.

La culpa también era sancionada, ya en la etapa del *ius honorarium*, el pretor admitía y sancionaba mediante la *actio legis aquiliae*, actos culposos frutos de imprudencia o impericia.

Bastaba que existiera la culpa *levissima in abstracto*⁴

El castigo más severo que tutelaba el Derecho Romano, era la pérdida de la libertad si el culpable era sorprendido en flagrancia siendo ciudadano, y de muerte, si era esclavo. Esta sanción estaba establecida en la Ley de las XII Tablas.⁵

Posteriormente, (286 A.C.). la Ley Aquilia⁶, fué la que trató con mayor detenimiento el Derecho Penal Romano pero como fuente de obligaciones. "Sus disposiciones sólo se aplicaban al daño consistente en una lesión material y causado por el contacto mismo del autor del delito."⁷

⁴ op. cit. p. 438

⁵ op. cit. p. 434

⁶ Esta ley, vino a sustituir, como una reglamentación general, las diversas reglas para determinados casos de delitos que dispersamente tutelaba la ley de las XII Tablas

⁷ PETIT, Eugene. "Tratado elemental de Derecho Romano", novena edición, Editorial Epoca S.A., Mexico, 1983. p. 462

Encontramos, pues, en el Derecho Romano, los antecedentes más antiguos, claros y definidos de la temibilidad y la reprochabilidad aunque son tratados, obviamente, muy precariamente al no haber sido precisados y regulados de una forma específica, sino integral, en una conducta delictiva, fuente de una obligación.⁸

2.-REVOLUCION FRANCESA

El proceso penal ha pasado por cuatro períodos:⁹

a) Proceso Penal de la Antigüedad.- O llamado también proceso penal Romano. Su momento más singular es la etapa de la composición que ya ha quedado estudiada en el apartado anterior. Este período constituye la raíz del Derecho Penal.

b) Proceso Penal Canónico.- Surge en la etapa conocida como la Edad Media; por su obscurantismo caracterizado por sistemas inquisitivos, constituye una época oscura en el desarrollo del

⁸ Es éste el momento más significativo de la época de la "composición", dentro de los diversos sistemas penales que han existido, ya que mayormente, el daño causado, se componía con una multa.

⁹ Esta división es la que nos parece la más adecuada ya que permite apreciar más claramente la evolución de las ideas y postulados del Derecho Penal; sin embargo, la doctrina no ha adoptado un criterio uniforme; así, v. gr., García Ramírez en su libro "Derecho Procesal Penal Mexicano", capítulo III se adhiere a los criterios de Rivera Silva y Zaffaroni, en la adopción de tres períodos: Inquisitivo, Acusatorio y Mixto

Derecho Penal que tan sólo es importante en cuanto fué el antecedente de la necesaria separación entre la Iglesia y el Estado.

c) Proceso Penal común o mixto.- Constituido por elementos del Derecho Romano y del Canónico; etapa que surge como respuesta intolerante a los sistemas anteriores constituyendo el antecedente de los actuales.

d) Proceso Penal Moderno.- Piedra angular del Proceso penal actual; se debe a la labor ideológica emprendida por los pensadores que precedieron a la revolución Francesa. Consagra el reconocimiento de los postulados Democráticos y los derechos del Hombre de la Francia de 1791.¹⁰

Dió origen al desarrollo de este periodo la supresión del tormento, abolición consignada en el edicto Francés del 8 de Mayo de 1777.

La Ley Francesa del 29 de Septiembre de 1791, dictada por "La Revolución", marca el inicio de un nuevo derecho Penal que fué adoptado por Alemania, España; y en general los países occidentales dentro de los que, por supuesto, se encuentra México

¹⁰ GONZALEZ, Bustamante Juan Jose. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", editorial Porrúa S.A., México, 1984, p. 9

Cabe destacar, que estos principios son consignados en la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, que fué dictada para regular y reconocer, en sus disposiciones, derechos inalienables del hombre que ningún pueblo debe negar, si se dice ser democrático.

La revolución Francesa aporta al mundo esas disposiciones que cambian los rumbos del Derecho penal y hacen variar de raíz sus postulados existentes ya que introducen a los sistemas penales nuevos cauces y despiertan en las naciones la necesidad de estudiar y considerar detenidamente los elementos del delito, de la conductas y del delincuente para determinar de esta manera, la medida ideal de la pena. Todo esto dentro de un marco legal en que ya la ley expresa claramente todas estas consideraciones.

Surge así la Constitución Francesa de 1791 que consigna estos postulados de la Declaración universal aludida y que son transmitidos a gran parte de las constituciones del mundo; principios que han seguido su evolución y que dentro de estos parámetros han seguido perfeccionando al Derecho Penal.

"Los principios consagrados en la Declaración de derechos del hombre que precedieron a la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, que se relacionan con el procedimiento Penal, se conservan aún en las constituciones de los pueblos democráticos"¹¹

¹¹ op. cit., p. 15

Los elementos fundamentales que introdujo la Revolución Francesa a los sistemas Penales en casi todo el mundo¹², fueron los siguientes:

- 1.- Suma de garantías al acusado
- 2.- Para el análisis del delito se parte del hecho mismo y de ahí hacia la intención (escuela clásica del Derecho penal)
- 3.- La individualización de la sanción penal es directamente proporcional a la peligrosidad (temibilidad) del sujeto.

Al igual que en el Derecho Romano, la reprochabilidad de la conducta no es tomada por Francia, como un elemento especial a considerar al momento de la individualización de la sanción penal, sino indirectamente, como una manifestación apta para determinar el grado de peligrosidad del sujeto.

La temibilidad se constituye, a partir de esa etapa histórica, en el punto central de la teleología de la sanción; se castiga en cuanto a que una persona es peligrosa y ha cometido un delito, y la pena privativa de la libertad, encuentra su primera justificación precisamente en torno a la temibilidad. La

¹² Todos los países que de alguna u otra manera han adoptado estos elementos, gozan de tener un sistema político capitalista.

prisión cumplía un papel de prevención especial, con contenido resocializador, dirigida a quienes habían delinquido; y no el de prevención general, con contenido retributivo, dirigido a los que no han delinquido, papel que actualmente cumple¹³

3.- DERECHO MEXICANO

En México, han tenido repercusión los sistemas penales que se han tratado antes, ya que hemos adoptado principios esenciales del Derecho Romano y del Derecho Francés, que son nuestros dos mas significativos antecedentes jurídicos, tal y como se expresará ampliamente adelante.

A) México Precolombino

El Derecho Mexicano antes de la conquista Española, no se ha podido rescatar plenamente ya que, la destrucción de nuestras instituciones al amparo de la Bula inter caetera dictada por Alejandro VI, marca una etapa histórica en todos los sentidos sumamente oscura, ya que sabemos realmente de pocos documentos y datos que puedan hacer posible lograr una precisión en cuanto a los sistemas e instituciones precolombinos; en esta parte de nuestra Historia jurídica, sólo ha trascendido a nuestros días, la Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias que

¹³ Esta comparación entre los fines de la prisión, es tomada del cuadro comparativo que plantea Eugenio Raul Zaffaroni en su libro "Manual de Derecho Penal", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1979 p. 27

regula la materia penal en el libro VII. Con base en estos escasos datos, sabemos que existían pesquidores y jueces de comisión que eran designados por audiencias y gobernadores; de algunas penas; de la existencia de un procedimiento sumario, excusados tiempo y proceso en la represión de mulatos, negros y berberiscos; se admitía la posibilidad de la composición.

Cabe recordar que esta recopilación se efectuó después de la conquista, por lo que, nuestros estudiosos contemporáneos se han visto precisados a intuir conclusiones con base en los escasos datos conocidos.

Las sociedades de las que más conocemos, son la Azteca y la Maya, que respecto de sus sistemas jurídico-punibles fueron sumamente similares; se sabe que las sanciones que aplicaban a los delincuentes eran por demás severas; existían, de acuerdo a la gravedad de la conducta: el empalamiento; la lapidación; el destierro; azotes y la prisión que era un cuarto de piedra sin acceso de luz alguno y dentro del que, el delincuente generalmente moría constituyendo asimismo su propia tumba.

La sanción a los delitos se inspiraba en el principio conocido como el de la venganza divina, ya que era el emperador quien imponía, en nombre de Dios, y por medio de sus instituciones para tal efecto establecidas, las penas a las conductas reprobables por la sociedad; fueran emitidas por humanos o por animales.

Existía una clara diferenciación y determinación de conductas antisociales; mientras más reprobable fuera la conducta, peor era la sanción; así tenemos que en caso de robo, se condenaba al delincuente al destierro; en tanto que en tratándose de adulterio, la pena era la de empalamiento; y para el homicidio, se arrojaba al delincuente por un barranco hacia el vacío.

Los muertos delincuentes no eran sepultados de acuerdo a los rituales sagrados de la época; en ocasiones, se abandonaba el cuerpo a la suerte de la rapiña, o se llevaba a una especie de fosa común en donde yacían restos de animales y de criminales.

La peligrosidad, no era el punto central de la facultad punitiva del emperador, pero sí era un factor determinante para imponer la sanción en algunos delitos, es decir, no se sancionaba en cuanto un sujeto era peligroso; pero sí se individualizaba la sanción— en contadas ocasiones, generalmente tratándose de delitos patrimoniales—, con base en la peligrosidad.

En los delitos de sangre y adulterio, la pena, independientemente de la peligrosidad, estaba preestablecida y era única.

En esta etapa de nuestra historia, dan una mayor "reglamentación" a la reprochabilidad ya que v.gr. si un ladrón se arrepentía de su conducta y reparaba el daño, al morir era extraído de su

cárcel para ser sepultado en el panteón divino que era en donde yacían los individuos que habían llevado una vida normal.

B) México Colonial

Como lo hemos expresado, las instituciones precolombinas fueron destruidas por los conquistadores quienes impusieron sus leyes, usos y costumbres a los Mexicanos.

Durante la época Colonial, rigieron en la Nueva España, la Recopilación de las Leyes de Indias, el Fuero Juzgo, Las siete Partidas y la Real Ordenanza de Intendientes.

Existía una gran diversidad de fueros y de leyes, lo que hacía que la administración de justicia se impartiera tardamente y el juicio conocido como "sumario", tardaba muchos meses o años en ocasiones.¹⁴

Con base en las Siete Partidas, en la Nueva España, cobraba vigencia un sistema penal inquisitorio. El procedimiento se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el procesado; se juzgaba al delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. El

¹⁴ Un ejemplo de esta mezcla a forma era el hecho de estructurar, las siete partidas, un proceso penal inquisitorio, lo que resultaba confuso con disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real.

medio de convicción era el tormento e imperaba el procedimiento de la pesquisa.

Como sabemos, el sistema penal Inquisitivo o Derecho Penal Canónico vigente en el mundo durante la época de la Edad Media, inspiraba el ius punendi en la herejía; con la conducta antisocial, el delincuente ofendía a Dios y por ello era menester el sancionarlo.

Poco antes de la Declaración de Independencia, la Nueva España adopta, por mandato de España, y como consecuencia del Renacimiento, un sistema Penal Mixto en el que se dan algunas garantías al procesado y surgen los tribunales públicos que se conocieron como el Tribunal de la Acordada; surge la figura del Fiscal como representante de los intereses públicos y se regula más en un cuerpo específico, los delitos y las penas y el procedimiento, que era sumarísimo y de pronta ejecución.

Mas sin embargo, aún no se dá importancia al estudio sistemático del Derecho Penal, que con todo, era ambivalente y vago, en que la peligrosidad no es tomada como elemento propio y autónomo en el inter criminis, ni mucho menos, la reprochabilidad.

C) México Independiente.

Como consecuencia de la Declaración de Independencia de México, surge la Constitución de Cádiz de 1812, que trajo a nuestro Derecho, instituciones novedosas y liberales.

La primera ley que preferentemente se ocupa del procedimiento penal y señala las normas que deben seguirse en la secuela del proceso, fué la del 23 de Mayo de 1837, sin embargo, se continuaban aplicando antiguas leyes Españolas lo que traía como consecuencia, multitud de deficiencias y trámites.

Tantas y tan continuas eran los cambios de Gobierno y gerrras políticas, que no se pudo lograr una efectiva labor de codificación que era palpable y necesaria.

Hubieron muchos intentos por realizar leyes penales Sólidas; baste citar la de 23 de Noviembre de 1855, la de 5 de Enero de 1857, la de 15 de Junio de 1869 (el unico mérito de esta ley, fue el crear la institución del Ministerio Público), y las mismas constituciones de Apatzingán de 1814 y la de 1824. Todas estas leyes fueron transitorias y sin importancia por circunstanciales y es que, aunque a mediados del siglo XIX, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizaron al sistema inquisitorio y se concedieron algunos derechos para el inculpado, eran tan limitados, que seguía imperando el Derecho Penal Canónico. La falta de codificación. originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su modo, invocando preceptos

varios; es común encontrar en las sentencias pronunciadas en los juicios criminales a fines del Siglo Pasado, disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas.

Es en esta etapa histórica, que la peligrosidad va adquiriendo importancia en el estudio del Derecho Penal y ya se habla del fin último de la pena en relación a la peligrosidad del sujeto; estudios realizados por José R. del Castrillo, Rafael Roa Bárcenas y Ricardo Rodríguez en los que aún la reprochabilidad no surge como elemento para la individualización de la sanción penal.

Dos son las principales disposiciones jurídicas representativas de nuestra materia y que son el antecedente inmediato del tratamiento actual de la peligrosidad y la reprochabilidad:

a) Constitución Mexicana de 1857.

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857 promulgada por Ignacio Comonfort, como presidente sustituto de la República, contiene importantes innovaciones jurídicas que México adopta para lograr una estabilidad política y consecuentemente jurídica.

"La constitución de 1857 fué un esfuerzo notable del partido liberal por encontrar nuevas fórmulas de convivencia entre los

Mexicanos, que permitieron la existencia de una nación respetable, capaz de conservar su autonomía ante el naciente imperialismo de los Estados Unidos. Representa, en el ámbito normativo, el anhelo de crear una auténtica libertad en México, de acuerdo con los principios de la Revolución Francesa y del Liberalismo Europeo"¹⁵

Al contrario que la de 1824, esta nueva ley fundamental destina artículos específicos al tratamiento de la materia Penal bajo el título de "Los derechos del Hombre" que hoy conocemos como las garantías individuales.

Así pues, consigna en sus Artículos 13 al 24 diversas reglas que habrán de servir para someter a un sujeto a un procedimiento penal, normas y disposiciones inviolables por su carácter de constitucionales.

Termina esta constitución con la etapa del procedimiento penal mixto para dar inicio al derecho Penal Contemporáneo que se funda en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano que fué legada al mundo por la Revolución Francesa.

Para acabar con los problemas de aplicación de diversas leyes y criterios, prohíbe la imposición de sanciones por analogía y aún

¹⁵ LOMBRERA, Pallares Enrique. "Constitución de 1857" Editorial Leo S.A., México, 1986 p. III

por mayoría de razón y se constituye en el origen y fundamento del Código Penal al establecer en su Artículo 14 que nadie podía ser sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él.

Consigna por primera vez, el Derecho Constitucional de Defensa y de legalidad en materia Penal. Todos los procesos penales deben seguirse con estricto arreglo a la ley, misma ley que, como veremos adelante, regula y consigna por primera vez en nuestra historia jurídica, los principios de temibilidad y reprochabilidad, lo que hace de manera sólida y duradera en 1871 en que el Lic. Benito Juárez promulga el Código Penal de 7 de Diciembre de 1871 y que se constituye como un cuerpo normativo que busca dar respuesta al poco estable sistema político y legislativo de la época.

b) Código Penal de 7 de Diciembre de 1871.

" El estado de anarquía en que hemos vivido largo tiempo, ha sembrado la desconfianza entre los ciudadanos, ha engendrado odios; y rompiendo los vínculos sociales, ha sido causa de que todos se aislen... es preciso que exista un interés general de cooperación y obediencia... Mas como no es así, preciso es que el

Legislador declare que existe esa obligación y castigue al que no la cumpla."¹⁴

Como dijimos antes, este Código Penal, fue el que por primera vez hace referencia a los principios de temibilidad y reprochabilidad, si bien no de una manera directa y específica, si para individualizar las penas y justificarlas como ejemplares (Temibilidad), y para la ejecución de la sanción penal (Reprochabilidad).

Este Código Penal, establece elementos y situaciones conocidas como atenuantes y agravantes y dedica a su tratamiento y especificación, los Artículos 35 al 47 en que consigna 20 circunstancias atenuantes y 54 agravantes.

Este novedoso sistema, fué justificado por la comisión redactora como una facultad necesaria que se debe dar a los jueces para aumentar o disminuir las penas dentro de los límites fijados en atención a las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que siguieron al delito, y de la personalidad del delincuente; "Por ello es racional, justo y necesario el sistema de circunstancias atenuantes y agravantes"¹⁷ que serán valorizadas por su naturaleza intrínseca y no por el estado moral del agente;

¹⁴ Exposición de motivos del Código Penal de 1871, redactada por el Lic. Antonio Martínez Castro, presidente de la Comisión redactora del Congreso de la Unión.

¹⁷ op. cit.

por el alarma que producen y el daño que causan ya que representa el delincuente una alarma para la sociedad que se constituye como un estado de inseguridad.

Es decir, justifica la sanción en la temibilidad del sujeto que causa inseguridad a la sociedad, lo que hace a lo largo del articulado del Código Penal; por ello sanciona con mayor severidad a la reincidencia y concurso de delitos ya que en estos casos, el sujeto causa mayor inseguridad social.

Los Artículos 231 y 232 del Código en estudio, dan reglas para individualizar la sanción penal con base en circunstancias atenuantes y agravantes; hace de la individualización, un acto jurídico con efectos personales ya que estas consideraciones sólo aprovechan o perjudican a la persona que cometió el delito con conocimiento de ellas, y no a los coautores en caso de que existan, que serán tratados en este sentido con absoluta independencia.

De suma importancia fué, en aquel Código, el adoptar el criterio de la temibilidad como elemento a considerar, a través de las agravantes y atenuantes, para la individualización de la sanción penal, con lo que México superó notablemente su sistema de enjuiciamiento criminal predominantemente canónico.¹⁰

¹⁰ El objeto de esta tesis, es demostrar que este criterio en nuestros días es anacrónico e inexacto, no obstante haber sido sumamente provechoso en 1871.

La Reprochabilidad era tratada con mayor especificación, pero se aplicaba al momento de extinguirse la sanción, es decir, la reprochabilidad se consideraba pero ya después de individualizada la sanción penal.

El Código establecía cuatro períodos de internamiento penitenciario por los que habría de atravesar el sujeto. En tanto que el primero era sumamente estricto, el último por demás flexible permitiendo incluso la externación.

Avanzar de un período a otro, era una especie de premio que el reo recibía de acuerdo a una serie de factores que se consideraban por el juez y las autoridades penitenciarias.

Precisamente, un elemento fundamental era la reprochabilidad. En efecto, el Código Penal en estudio prevenía que "Los reos que por su buena conducta deban salir ya del segundo período de prisión y que hayan dado pruebas de arrepentimiento y enmienda suficientes, serán trasladados al departamento del tercer período donde permanecerán seis meses por lo menos."¹⁹

Tal y como se desprende de la transcripción del Artículo anterior, la reprochabilidad de la conducta (arrepentimiento), era necesaria para pasar al tercer período que era mas benigno.

¹⁹ Artículo 136

Por primera vez en México, se sistematiza la reprochabilidad solo que, no para individualizar la sanción penal, sino como norma de conducta intrínseca (existencia de arrepentimiento), y extrínseca (haber dado pruebas), para la extinción de las sanciones.

A nuestro parecer, fué ésta una importantísima innovación en el nuevo sistema de enjuiciamiento Criminal Mexicano, gran logro del Renacimiento y del Reconocimiento de los Derechos inalienables del hombre.

D) México Revolucionario.

El triunfo de la Revolución Mexicana, quedó representado en la expedición de la Constitución Mexicana de 1917, una nueva ley fundamental con la que se modificó substancialmente el procedimiento penal de la época al abandonarse las teorías francesas que estructuraban a nuestros códigos y al quitar a los jueces el carácter de miembros de la policía judicial.

La doctrina existente en nuestra materia, no señala una nueva época evolutiva de nuestro Derecho Penal después de la Revolucionaria y es que aún son vigentes con pocas o muchas reformas, las leyes que se dictaron como consecuencia del movimiento social revolucionario de 1910.

Dos son, en la especie, los principales ordenamientos legales que es menester tratar:

a) Constitución Mexicana de 1917.

Se hace consistir en una importante reforma a la de 1857 tratada antes, en donde se repiten gran parte de los conceptos consagrados en ésta; pero a su diferencia, la de 1917 sistematiza con mayor fuerza los principios políticos de nuestro país.

En materia Penal, dentro del título primero, capítulo primero "De las garantías Individuales", repite los derechos del procesado en los juicios de corte criminal en que continua prohibiendo la analogía y la mayoría de razón, imponiendo asimismo, el principio de estricta legalidad.

El cambio más significativo con respecto a la de 1857, fué el dar al procesado una suma más amplia de garantías constitucionales ampliando para tal efecto, el catálogo del Artículo 20 en donde regula mas ampliamente y con mayor sistematización que el resto de las constituciones del mundo, el derecho constitucional de defensa.

Esta nueva constitución es el fundamento de leyes penales, misma en la que habremos de centrar nuestra atención en adelante.

b) Código penal de 14 de Agosto de 1931.

Como dijimos antes, la Revolución Mexicana modificó substancialmente nuestro Derecho Penal, lo que quedó plasmado en el Código Penal promulgado por Pascual Ortiz Rubio como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el 14 de Agosto de 1931.

Esta ley penal, abrogó el Código de Organización, competencia y procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y Territorios, que durara tan solo un par de años.

Las principales reformas que este Código estableció fueron, en nuestra materia, el especificar y dar reglas a los jueces que deben seguir, para individualizar la sanción penal y destina un capítulo titulado "Aplicación de las sanciones", que comprende los Artículos 51 al 59 bis, sólo para tal efecto.

Al variar completamente el procedimiento penal, era necesario dar reglas claras y específicas para determinar el periodo requerido para lograr la readaptación social del reo, y es que se abrogaban las atenuantes y agravantes que contenía el Código anterior y que se consideraban para individualizar la sanción dentro de los límites fijados en el tipo penal.

Como ya no existían las mencionadas circunstancias agravantes y atenuantes, y no se podía permitir que los jueces impusieran sus sanciones en forma absolutamente libre, y como consecuencia del mal uso de la analogía, y para respetar la garantía constitucional de legalidad, era necesario que el legislador diera reglas a los jueces para individualizar la pena, lo que hizo específicamente en el Artículo 52 del Código Penal que contiene como uno de los elementos a considerar, las condiciones especiales en las que se encontraba el sujeto al momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, 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.

Como se desprende de la transcripción anterior, es hasta 1931 que se regula específicamente la temibilidad del sujeto como fundamento de la pena y como elemento para individualizar la sanción penal.

Lamentablemente, el Código de 1931 omite la aplicación y consideración de la reprochabilidad que por lo menos se aplicaba en el tratamiento penitenciario; principio que ha trascendido a la doctrina que define a la culpabilidad como las condiciones de reprochabilidad de una conducta; principio que en 1931 en que se

presumía la intencionalidad del delincuente, era bien aplicado ya que los jueces partían del hecho delictivo mismo para llegar a la intención del sujeto (Escuela clásica del derecho Penal). A partir de 1985 en que se implanta en México la presunción de inocencia, los jueces deben partir de la intención para llegar al hecho delictivo mismo (Escuela de la Política Criminal del derecho Penal), lo que no se puede lograr si se considera a la peligrosidad manifestada como elemento para la individualización de la pena (Escuela Positiva del Derecho Penal), porque en ese caso, se está considerando por principio el hecho delictivo mismo, y no la intención (en donde se puede determinar la reprochabilidad), lo que es contradictorio con el sistema penal Mexicano Vigente, como lo demostraremos en ésta tesis.

Baste por el momento fijar los planteamientos que nos servirán para tratar este novedoso tema que gira en torno al tercer párrafo del Artículo 52 del Código Penal Vigente.

C A P I T U L O I I

T E M I B I L I D A D Y R E P R O C H A B I L I D A D

CAPITULO II. - TEMIBILIDAD Y REPROCHABILIDAD.

Consideramos de suma importancia el desarrollar los conceptos temibilidad y reprochabilidad con independencia, a efecto de fijar los cuestionamientos elementales de este trabajo.

De esta manera, habremos de llegar en este capítulo a definir los conceptos de que trata; observaremos sus grados y su actualización; para finalizar con el tratamiento actual que las diversas disposiciones legales hacen de los mismos.

1.- TEMIBILIDAD

A) Concepto

a) Concepto general

El concepto es un enlace lógico de ideas. De esta manera, habremos de partir con la idea misma de la significación de temibilidad.

Primeramente, se trata de una característica intrínseca de un ser que produce un rechazo de los demás seres que lo rodean, que se traduce en un estado de cuidado o alarma y consecuentemente el implemento de medidas de seguridad.

Por ser una característica intrínseca del ser, existen diversos conceptos en relación al sujeto al que va dirigido o dependiendo del plano o ciencia al amparo de la cual se hace el estudio.

Mientras que la ciencia médica define a la temibilidad como la consecuencia somática de determinados impulsos orgánicos, para la psicología es el resultado del super yo que se actualiza al entrar en conflicto la conciencia y la realidad.

Todos estos conceptos son válidos dentro de la ciencia que pretende desentrañar el concepto, pero, no podemos conformarnos con una diversidad de ideas; el derecho, como sabemos, es una fuente de disposiciones de carácter general, abstracto e impersonal y como tal, debe definir siempre conceptos generales que sean perfectamente aplicables a toda la comunidad a la que van dirigidos sin descuidar aspecto alguno del ser humano.

En este orden de ideas, consideramos que las ideas que más pueden aproximarse a nuestra ciencia, son las de orden sociológico, sin querer decir que no se tomen en cuenta los conceptos psicológicos o médicos, ya que nuestra ciencia no puede limitarse ni encasillarse; es la ciencia del hombre visto integralmente, por ello todas las ciencias tienen relación con el derecho y fundamentalmente con el área Penal ya que en el procedimiento criminal, el juez debe analizar todos los aspectos y características del procesado y así lo hace v.gr. al ser causa de inimputabilidad la

epilepsia o la locura; conceptos médicos y psicológicos, intelectuales y somáticos del procesado.

Así pues, es necesario concluir en un concepto general que servirá como punto de partida a la profundización legal, por lo que primeramente habremos de fijar las ideas básicas:

1.- Se trata de una característica.- ya que la temibilidad distingue, de acuerdo al grado, a un sujeto del otro.

2.- Es una característica del ser humano.- porque el Derecho Penal va dirigido única y exclusivamente al hombre.

3.- Este ser humano es el presunto responsable.- porque es a él a quién se dirige la potencialidad del derecho Penal, a quién las leyes buscan investigar y sancionar; no tendría caso analizar la temibilidad del ofendido o de la víctima.

4.- Esta característica del presunto responsable es intrínseca ya que surge del intelecto de éste y porque no necesariamente se refleja en una conducta.

La Real academia de la lengua Española, define a la temibilidad

como "La calidad de una persona que hace al otro recelar un daño, en virtud de un fundamento antecedente."²⁰

Lo anterior, nos obliga a pensar que no es válido hablar de la temibilidad de un sujeto sin hacerlo en razón a los demás; si el sujeto no causa miedo, no es temible.

Ahora bien, es válido decir que temibilidad y peligrosidad son conceptos sinónimos?

La peligrosidad "Es la situación en la que se halla una persona inclinada a producir un mal; no exige que este mal sea un delito."²¹

Cuando un sujeto causa un mal, produce miedo, es decir, la peligrosidad es el contenido de la temibilidad. La peligrosidad es la causa y la temibilidad es el efecto; sin embargo, aunque sostenemos que no se deben confundir, es tan sutil la diferencia, que nuestro Derecho siempre los ha utilizado como sinónimos, lo que nosotros también haremos, con el exclusivo propósito de no desviarnos del tema, aunque tratemos su diferencia cuando así se exiga. Baste por lo pronto señalar su diferencia y prevenir el antagonismo entre los dos conceptos.

²⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colección Time-Life, tomo III, p. 267

²¹ op. cit. p. 307

Con todos los elementos con los que contamos nos es posible elaborar un enlace de ideas que nos den un concepto general y así definimos a la temibilidad como:

Una característica intrínseca del ser humano que como consecuencia de la producción de un daño, causa en los miembros de la colectividad miedo y precaución que desestabilizan la paz y seguridad social.²²

Ya contando con un concepto general, nos será posible aplicarlo al Derecho y en consecuencia, en la especie de que trata esta tesis.

b) Concepto legal.

Ni el Código Penal, ni las demás disposiciones aplicables, nos dan un concepto legal de la temibilidad, por lo que, habremos de interpretar la ley y deducir el sentido que le dá al concepto.

El Artículo 52 del Código penal federal tutela, como elemento para individualizar la sanción penal, en su párrafo tercero a la temibilidad, párrafo que ha quedado transcrito en el primer capítulo de esta tesis.

²² Por ello el estado la sanciona al buscar el derecho el logro de la vida armónica en sociedad

Este es el único fundamento legal específico de la temibilidad, por lo que de éste habremos de deducir el concepto tras su interpretación.

En este orden de ideas, podemos concluir que la ley entiende a la temibilidad como la consecuencia del análisis de las condiciones especiales y personales, antecedentes comprobados, vínculos, calidades y circunstancias de la comisión del delito.

Como vemos, es un concepto por demás ambiguo que no aclara el panorama, ya que hace de la temibilidad una consecuencia gradual del análisis al que nos hemos referido.

Al no precisar la ley este concepto, es preciso abordar las fuentes interpretativas de nuestro Derecho.

c) Concepto jurisprudencial.

Ni los Tribunales Colegiados de Circuito, ni la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, han tenido que emitir ejecutoria alguna que defina el concepto de temibilidad.

Sin embargo, existen sendas tesis y jurisprudencias que al interpretar respecto de la individualización de la pena, tratan la temibilidad.

Hemos dicho que nuestro derecho utiliza los términos temibilidad y peligrosidad como sinónimos, prueba de ello es la tesis que se transcribe:

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA²³.— Si el reo no tiene antecedentes penales y el juez no cita algún dato desfavorable que le hubiera apreciado durante la tramitación del proceso, la falta de prueba para fijar el grado de peligrosidad no puede redundar en perjuicio del delincuente. Por lo contrario, siguiendo el principio de estarse a lo mas favorable para el reo, se estima por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el arbitrio judicial debió moverse entre el mínimo y el medio de la pena, para tal efecto, debe concederse la protección federal. Amparo directo 1497/1960. Godofredo Gonzalez. Julio 27 de 1960. 5 votos.

De la anterior tesis, se desprende que la peligrosidad se cuantifica en grado y se aplica para individualizar la pena. El capítulo I, Título III del Código Penal, nunca habla de peligrosidad sino de temibilidad. Es obvio que la tesis transcrita se refiere a la temibilidad.

La peligrosidad, si es definida por la Jurisprudencia, lo que hace en la siguiente tesis:

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA²⁴.— La pena tiene una doble finalidad: la transformación del delincuente y evitar la reincidencia; de aquí la necesidad de que la sanción sea proporcional a la peligrosidad del delincuente y no debe atender sólo a la relevancia del bien jurídico lesionado. La peligrosidad criminal es, como decía el criminólogo Mariano Ruiz Funes, la perspectiva de nuevos delitos; cometiendo uno hay probabilidades de que se

²³ 1a. Sala Sexta época, volumen XXXVII, segunda parte, página 143

²⁴ 1a. Sala sexta época, volumen XXII, segunda parte, p. 147

cometa otro. La peligrosidad implica un diagnóstico sobre la personalidad del delincuente y un pronóstico sobre su conducta futura. Preveer el futuro de un delincuente es hacer el pronóstico criminológico. El peligro esta en la suma de lo posible mas lo probable. Se fué o se es delincuente y se puede llegar a ser nuevamente.

Amparo directo 1583/1957. Catalina Sanchez Arellano. Abril 24 de 1859. Unanimidad de cuatro votos.

Si aceptamos que la jurisprudencia, utiliza a la peligrosidad y a la temibilidad como sinónimos, hemos encontrado la definición jurisprudencial de nuestro concepto, pero, como hemos dicho antes, no estamos de acuerdo en aceptar ambos conceptos como sinónimos, por lo que interpretamos la jurisprudencia existente respecto de la temibilidad.

La jurisprudencia define a la temibilidad como un conjunto de características del procesado que deben de considerarse por el juzgador para que junto con su arbitrio individualice la sanción penal.

Tenemos, en conclusión, una definición concreta de la peligrosidad, y una derivada de la temibilidad. Nos acogemos, para los efectos de este apartado, a la definición que da de la peligrosidad con el propósito de no desviarnos del tema pero ha quedado nuevamente asentado nuestro criterio en el sentido de que no pueden ser considerados los términos temibilidad y peligrosidad como sinónimos.

d) Concepto doctrinal.

Rafael Garofalo la define como "El temor que causa un sujeto de acuerdo a la gravedad del acto delictuoso y a la intensidad, perseverancia, tenacidad y modo de resolverse el impulso criminal."²⁵

José Almaráz²⁶ expone que "Las anomalías, anormalidades y estados patológicos no excluyen la temibilidad ni forman todo el contenido de ésta: La antisocialidad del criminal es lo que pone en peligro a la sociedad y justifica su defensa; de modo que cuando falta la peligrosidad criminal, faltan el carácter antisocial y la responsabilidad. En estos casos, no es necesario ni útil aplicar pena alguna."

Para Ferri, la peligrosidad es "La que lleva consigo el peligro del delito y cuya defensa corresponde a la policía preventiva mediante la extirpación de factores sociales, criminógenos."²⁷

Como vemos, los autores expuestos, no discienden en su criterio respecto de la temibilidad; para éstos autores, la temibilidad es un estado del hombre que al causar peligro, se debe sancionar.

²⁵ Citado por Almaraz José. "Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931", México 1941, número 16 p. 94 y sigts

²⁶ ALMARAZ, José. "El delincuente" ed. Porrúa, México, 1960 p. 346

²⁷ FERRI, Enrico. "Sociología Criminal" Ed. Espasa Calpe, Madrid España, 1978 p. 932, Traducción del texto original en Francés.

Nosotros preferimos conceptuar a la temibilidad aplicada al derecho como la característica intrínseca del delincuente que es resultado de su peligrosidad efectuada, al producir un daño social causando temor a la colectividad y obligando al estado a implementar medidas de seguridad y sanciones.

Es para nosotros un factor criminológico, pero no el porque de la sanción penal; es necesario superar aquellas viejas teorías que inspiraron el Código de 1931.

Sergio García Ramírez, el 27 de Mayo de 1969, en el Ateneo Español de México dijo que: "Nuestra conformidad con el Artículo 52 (del Código Penal) no nos hace olvidar, sino por el contrario, nos recuerda, que a cerca de cuarenta años de su vigencia formal, sigue siendo letra muerta... La individualización sobre la personalidad es un mito en nuestra patria... No hay otra individualización que la culpabilidad, capítulo en el que nuestra ley penal consume un gran desacierto..."²⁸

Es preciso actualizar nuestras antiguas disposiciones penales

²⁸ Citado por René González de la Vega. "Comentarios al Código Penal", México, 1981, p. 80.

adecuándolas de tajo a los principios que con sumo retraso anacrónico, estamos empezando a adoptar.²⁹

B) Grados de temibilidad

Como hemos expuesto, la temibilidad es un elemento para individualizar la sanción penal que está expresada en el tipo por medio de parámetros que se hacen consistir en un mínimo y un máximo.

Cuando el juzgador determina que un sujeto es penalmente responsable de la comisión de un delito,³⁰ se enfrenta a la difícil tarea de imponer, dentro del margen legal, una pena específica y personal.

Desde estos criterios, valdría decir que a mayor peligrosidad, mayor pena, sin olvidar que hay otros elementos que es preciso considerar.

Altavilla³¹ dice que "La temibilidad de un delincuente es tanto mayor cuanto menor es la participación que en el delito tienen los factores extraños a la organización psicológica de aquel, es

²⁹ En 1985, nuestro sistema Penal, dió un importante giro al adoptar el sistema de la intención propuesto desde 1940 por la escuela positiva del Derecho Penal. (capítulo I. D), b) de esta tesis)

³⁰ Artículo 10. Fracción II del Código de procedimientos penales para el D.F.

³¹ Revista Internacional de Derecho Penal, Vol. X, 1933 pag. 294

decir, en cuanto al delito sea la expresion mas directa del temperamento individual."

Los conceptos de Altavilla respecto de la temibilidad, fueron adoptados por nuestro actual Código Penal que considera "criminalmente peligroso al que ha cometido un delito o tratado de cometerlo, y el grado de peligrosidad se determina de acuerdo con la gravedad del hecho y la probabilidad de reincidencia."³²

El concepto positivista de la temibilidad criminal, abarca todos los grados de probabilidad, por ello es que el delincuente ocasional, deleva una peligrosidad aunque ésta sea ligera.

En nuestra opinión, el ser humano, por su misma naturaleza defensiva de los factores y eventos desconocidos, es un ser peligroso en mayor o en menor grado. Este estado de peligrosidad no se refleja necesariamente en la comisión de un delito ya que el acto criminal no es directamente proporcional a la peligrosidad del delincuente, ya que si así fuera, no se sancionaría por haber inferido un resultado lesivo, sino por el hecho de ser peligroso.

Los criterios que la escuela positivista arrojó al mundo, nutrieron, orientaron y vivificaron toda la doctrina penal Mexicana y su sistema represivo. Por sus conceptos, se decide el

³² Exposición de motivos del Código Penal de 1931.

punto básico de la responsabilidad social, el señalamiento de la pena, su naturaleza, forma, medida y ejecución; principios rectores que revolucionaron los sistemas criminales del siglo pasado diseñados por la escuela clásica del Derecho Penal, pero que presentan la inminente necesidad de evolución y actualización para nutrir los nuevos criterios contemporáneos que a nivel mundial va presentando nuestra ciencia criminal, hoy conocida como la escuela de la política criminal contemporánea.

C) Actualización en el agente activo.

Cuando en un sujeto influyen determinados factores externos e internos, puede reaccionar cometiendo una conducta delictiva. Esta conducta propia de delincuentes y que es lesiva de un bien jurídico, no es necesariamente proporcional a la peligrosidad del sujeto pues no se basa en ella ni es su efecto.

"La peligrosidad tiene sus causas en la materia organizada, en su lucha continua con los factores del medio en que vive."³³

La peligrosidad se refiere a un individuo, tiene características de la individualidad, y por lo tanto, solo puede determinarse y conocerse en concreto, objetiva y específicamente.

³³ ALMARAZ, José. op. cit. p. 349.

Esta actualización, implica un riesgo probable, peligro subjetivo del delincuente y no el peligro objetivo que dimana de la comisión de algunos delitos, por ello, no es dable, a partir del resultado delictivo, hablar de peligrosidad; ha sido superado por mucho el criterio antiguo de que a mayor daño inferido, mayor peligrosidad.

Hoy se sabe que la peligrosidad es un estado subjetivo, permanente y natural del ser humano que de acuerdo a factores externos se ubica en un mayor o menor grado dependiendo de cada sujeto, y que no necesariamente se actualiza y refleja con una conducta, cualquiera que sea su naturaleza.

D) Tratamiento legal.

Dentro del Derecho Penal sustantivo, como ya lo hemos mencionado, la temibilidad se considera como un elemento para la individualización de la sanción penal.

En el ámbito del derecho Penal adjetivo, se da un tratamiento más amplio aunque genérico. El grado de temibilidad se debe probar; esto implica necesariamente el hecho de ser necesario el adoptar documentos, testimonio y demás elementos idóneos durante la secuela del proceso para que el juzgador se encuentra en posibilidades de determinar el grado de temibilidad al dictar sentencia.

La temibilidad, en resumen, dentro del derecho penal procesal, no es más que una prueba más, que puede hacerse valer en:

- a) Documentales.- Cartas de buena conducta, responsivas
- b) Testimoniales.- Testigos de buena conducta
- c) Periciales.- Pruebas en materia psicológicas, exámenes de personalidad.
- d) Informe penitenciario
- e) Observación judicial

Todas estas formas procesales deben ser ofrecidas, admitidas y desahogadas de acuerdo a la ley adjetiva aplicable.

Lamentablemente, este tan importante elemento apreciativo es manejado de acuerdo a los principios y practicas que actualmente los defensores, Ministerios Públicos, peritos, Testigos y demás auxiliares de la administración de justicia, realizan en nuestros juzgados y cortes penales a diario.

2.- Reprochabilidad

A) Concepto.

Como sabemos, el delito está integrado por una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, éstos son los elementos que se deben considerar e integrar ante el juzgador para determinar la

existencia de responsabilidad penal de un sujeto y consecuentemente, la imposición de la sanción.

La reprochabilidad es un elemento que se estudia dentro del tema de la culpabilidad, se entiende como un fundamento de esta al igual que la exigibilidad. "Únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad."³⁴

Habremos de llegar en este capítulo, a un concepto que, al igual que en la peligrosidad, nos sirva para el subsecuente desarrollo de esta tesis, lo que no podremos hacer con la sistematización que el tema anterior, porque la reprochabilidad no ha sido desarrollado nunca en forma clara por la ley y consecuentemente, la jurisprudencia no ha tenido la necesidad de regularla ni de definirla; la doctrina es la que ha resuelto el problema planteado, lo que hace al tratar la culpabilidad.

La definición de reprochabilidad que más nos convence por tener un contenido jurídico sumamente amplio, es la aportada por Vela Treviño³⁵, que la entiende como "El juicio relativo a la culpabilidad, por el cual el juez resuelve que en un caso concreto y respecto de un sujeto determinado, había exigibilidad de una

³⁴ VELA, Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Ed. Trillas, Mex, 1985, P.195.

³⁵ Op. Cit. P. 195.

conducta conforme al derecho, de cuya omisión surge la culpabilidad por el hecho realizado."

De la anterior definición se desprende el hecho de entender a la reprochabilidad como una actitud que la sociedad, a través del poder judicial, despliega en contra del criminal que al no haber obedecido al derecho, se merece una sanción específica; es reprochar a un sujeto la realización de una conducta por medio del castigo.

Así tenemos que si el sujeto no es reprochable porque concurra alguna causa de inculpabilidad, no podrá ser sancionado.

"Todo el proceso de la acción típicamente antijurídica y culpable, que desenlaza en la reprochabilidad, compete a los tribunales que representan a la comunidad jurídica."³⁴

En este orden de ideas, el objetivo de la reprochabilidad es la voluntad contenida en la conducta que será motivo del juicio de reproche y así lo que se reprochará será la formación de voluntad antijurídica, ya sea que ésta se dirija dolosamente a la comisión de un tipo o que no aporte la medida mínima jurídicamente impuesta de dirección final en el producido no doloso de un resultado.

³⁴ JIMENEZ, de Azua. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, Ed, Porrúa, 1986. p. 228.

La reprochabilidad se refiere a un hecho concreto y a un momento determinado; es así que para poder fundar adecuadamente el juicio de reproche, tenemos que ajustarnos a un esquema previo: el estudio del acto de voluntad, los motivos del sujeto actuante y la integridad de su personalidad. El juez debe analizar el contenido de voluntad que llevaba consigo la conducta productora del hecho típico y antijurídico y referir ese contenido de voluntad del acto al momento preciso en que se produjo o manifestó.

Ahora bien, toda conducta lleva consigo la manifestación de la voluntad de quien la produce; las conductas inmotivadas corresponden a alteraciones psíquicas que colocan al sujeto en un estado de inimputabilidad; los actos carentes de contenido volitivo, no forman parte de la culpabilidad porque hay ausencia de conducta. Como toda conducta es voluntad es necesario que se conozcan en cada caso y en orden a la reprochabilidad, las razones o motivos que determinaron esa conducta, para poder llegar a la individualización de la pena en función del acto concreto ya que "sin descartar que la reprochabilidad se refiere al acto o hecho concreto, siempre debe entenderse este como una manifestación de la personalidad; lo que significa, en última instancia, que el reproche que el juez formule, en orden a la

culpabilidad, lo dirige hacia la total personalidad del sujeto."³⁷

Como ha quedado especificado anteriormente, la reprochabilidad es entendida en nuestro medio como un juicio que va hacia el sujeto que se traduce en la determinación de la culpabilidad y en la imposición de una sanción.

Pero, qué pasaría si vamos más profundo en el tratamiento doctrinal actual, y tratamos de determinar la existencia de un juicio de reproche que haga el criminal hacia el mismo, traducido en condiciones de arrepentimiento y de readaptación social. Nosotros consideramos que ésto es posible. Las corrientes psicológicas nunca han encontrado obstáculo alguno a que se considere válido un autoanálisis de reproche que determine un grado de reprochabilidad personal y que se evidenciara por medio de diversos exámenes de personalidad.

El derecho penal, ha demostrado en su evolución que pretende ser más profundo, dar mejor trato al procesado, lo que ha hecho con garantías constitucionales que como hemos dicho, son fruto de la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano.

³⁷ VELA, Treviño Sergio. Op. Cit. p. 200.

En tratándose de la individualización de la sanción penal, todas las condiciones que van de fuera del criminal hacia él. La temibilidad se refleja en la sociedad, el juez la determina, y todas las demás condiciones y elementos que consigna el artículo 52 del código penal, si bien derivan del procesado son aplicables conforme al impacto retroactivo de terceros. No existe elemento alguno que surja del procesado y se quede en él mismo. Al fin y al cabo, es él el que atraviesa por un proceso, a quien se dirige toda la actividad judicial y quien sufrirá finalmente una sanción. Es necesario que se tome en cuenta también lo que el criminal siente de él mismo; la reprochabilidad del procesado hacia su propia conducta.

Nosotros sostenemos que esto es posible y positivo, conforme a este ideal partimos y pretendemos demostrar con esta tesis que es necesario hacer esta reforma jurídica y de esta manera dar al procesado más posibilidades de ser sancionado justamente de acuerdo a él mismo y a la pena que sea ideal para prevenir la reincidencia y lograr su completa readaptación social.

La reprochabilidad del procesado hacia el mismo es a la que habremos de referirnos en este trabajo y la entendemos como el juicio valorativo que respecto de la conducta emitida y el resultado inferido, efectúe el propio procesado y que manifestado, sea valorado por el juzgador a efecto de individualizar la sanción penal.

B) Actualización en el agente activo y grados de reprochabilidad.

Una vez especificada la reprochabilidad a la que nos referimos que es la personal, podemos determinar en qué momento se actualiza y cuáles son los grados de ésta, situaciones que necesariamente deben ser consideradas y aplicadas por el juzgador que es quien, por ministerio de ley, debe individualizar la sanción penal, para lo cual, debe conocer la personalidad del procesado.

Al ser la reprochabilidad un juicio valorativo respecto de una conducta, ésta se actualiza con posterioridad a la comisión del delito en la conciencia del delincuente. Esta actualización bien puede traducirse en un estado psíquico de arrepentimiento del sujeto por la lesión jurídica inferida.

Así tenemos la posibilidad de descubrir en un sujeto altamente temible un estado de arrepentimiento suficiente para considerar que puede ser readaptado a la sociedad tras un corto periodo de reclusión; y por otro lado, un sujeto no temible que por no demostrar grado alguno de reprochabilidad personal se encuentra en mayor disposición de reincidir y en consecuencia, el periodo de sanción necesario para su readaptación debe ser mayor que el del sujeto altamente temible, no obstante que hayan cometido el mismo delito en iguales circunstancias y con idénticos resultados lesivos.

Como explicaremos adelante, Esta actualización debe ser descubierta y valorada por el juzgador auxiliándose al efecto de pruebas psíquicas, exámenes de personalidad, informes penitenciarios y de la misma observación judicial en la secuela del proceso.

Al igual que la temibilidad, la reprochabilidad también puede determinarse en diversos grados, que pueden ser tantos como tantos aspectos puede tornar la personalidad humana. Así tenemos que si justificamos el período de tiempo en reclusión que requiere un sujeto con base además en la reprochabilidad personal, a mayor grado de esta, menor debe ser la sanción y mayor mientras menos condiciones de reprochabilidad existan.

En este tema y de acuerdo a lo desarrollado, es imposible explicar algún tratamiento que las leyes sustantivas y adjetivas hagan del tema, ya que no existe regulación alguna, pero será necesaria en caso de que se incluyera la consideración de la reprochabilidad para individualizar la sanción penal, regulación que propondremos al aportar el anteproyecto del que señalaremos en el capítulo V del presente trabajo.

Baste por lo pronto subrayar la necesidad que a nuestro juicio existe, de que se considere la reprochabilidad personal al individualizar la pena.

CAPITULO III

NACIMIENTO Y COMISION DEL DELITO: INTER CRIMINIS

CAPITULO III. NACIMIENTO Y COMISION DEL DELITO; INTER CRIMINIS

Hemos sostenido durante el desarrollo de esta tesis que es sumamente importante que la autoridad penal tome en cuenta desde el principio, la intención del sujeto activo para de ahí partir hacia el resultado efectuando un análisis sistemático e integral de todas las etapas por las que atraviesa la comisión de un delito.

En cada uno de los momentos de comisión que analizaremos adelante, el agente del Ministerio público investigador o el Juez instructor, pueden determinar con buen grado de certitud, la mayor o menor reprochabilidad que va manifestando el sujeto activo durante la vida del delito, y es importante esto ya que el criterio primigenio al individualizar la sanción penal, puede nacer en cualquiera de estas etapas.

1.- Fase interna de la vida del delito.

El acto delictivo, en su nacimiento y comisión, presenta dos etapas fundamentales: La interna, que por ser absolutamente intelectual, no puede ni debe ser punible; y la externa, en donde al existir ya actos de preparación y de ejecución, puede surgir la tentativa o conato, o el resultado lesivo.

Psíquicamente, la fase interna del delito presenta caracteres muy significativos ya que de acuerdo a la reprochabilidad personal existente, la decisión puede ser más o menos difícil de ser tomada y consecuentemente, la forma o mecanismo de ejecución, variar en igual medida de acuerdo a la decisión.

Como veremos adelante, en esta fase interna, que, para su estudio se divide en tres momentos (idea criminosa, deliberación y resolución), la reprochabilidad personal existente regirá los actos externos y afectará de alguna manera al resultado lesivo, si lo hubiere.

A) Idea criminosa.

Se produce al surgir en el intelecto del sujeto activo, la idea de cometer un delito.

Una vez que ha surgido la idea criminosa, en el intelecto del sujeto comienza una lucha entre sentimientos opuestos a la idea que pueden terminar por inhibirla y posteriormente, aquella idea criminosa, será solo un recuerdo en el sujeto.

Enrico Ferri, al respecto, considera que esta idea criminosa puede quedar incompleta ya que al pasar por la conciencia y encontrarse sentimientos inhibitorios "se extingue a causa de la

repugnancia íntima del sentido moral o por la previsión de los posibles resultados dañosos"³⁸

En un sentido opuesto, puede ser que esta idea criminosa vuelva a surgir o no haya sido inhibida en su concepción, momento en el que esta idea queda permanentemente en el intelecto del Sujeto Activo, y en este supuesto, la idea criminosa ya es completa y "llega a transformarse en voluntad de obrar, de manera más o menos precipitada, según las circunstancias de hecho y el tipo antropológico del delincuente (pasional, habitual, instintivo, loco, consciente"³⁹

Una vez que existe una idea criminosa completa, surge el segundo momento en la vida interna del delito.

B) Deliberación

Esta se actualiza cuando existe un proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa completa y factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella. Se habla aquí de una pugna mucho más profunda que la que existe en la idea criminosa ya que mientras en aquella la pugna es entre la idea y sentimientos inhibitorios (perdón, olvido, etc.), en ésta la pugna es entre la

³⁸ Citado por RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. "Principios de derecho Criminal" Editorial Porrúa. México, 1938, pp. 488-489.

³⁹ idem

idea ya permanente y factores morales (religion, cultura, etc.) o utilidades (carcel, riesgo, etc.)

Esta deliberación se traduce en una facultad para determinar la voluntad libremente con plena capacidad de discernimiento y autodeterminación.

Es de advertir como en las dos etapas que hemos expuesto con antelación, existen pugnas entre ideas y sentimientos, o entre aquellas y efectos reales.

Con un adecuado tratamiento legal criminológico y penitenciario, la autoridad penal puede determinar desde aquí, el mayor o menor grado de reprochabilidad que puede existir.

Es común escuchar en los reclusorios preventivos frases como "sabía que era malo, pero mi orgullo era mayor" o "no quise hacerlo, pero no lo pude evitar" o "hubiera deseado no estar ahí o haber podido controlarme".

"Los sentimientos arrebatados, muchas veces son incontrolables, si lo fueran, el índice delictivo, sobre todo en tratándose de delitos de sangre, bajaría a gran escala"⁴⁰

⁴⁰ Palabras pronunciadas por el Dr. Alberto I. Correa Ramirez al inaugurar el simposium de Ciencias Penales "Dr. José Sol Casao", el 11 de Julio de 1988.

C) Resolución.

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de ella y la calidad de la lucha desarrollada en el intelecto.

Si el agente activo persiste en la concepción criminosa, después de haberse agotado el conflicto subjetivo de la etapa deliberatoria, surge entonces la resolución delictiva.

Esta resolución de delinquir, es consecuencia directa e inmediata del proceso deliberatorio, por lo que necesariamente estará matizada de acuerdo a los procesos decididos y los procesos inhibidos.

Desde la resolución misma pueden estar previstas las posibilidades de hacer uso de agravantes, violencia, etc.

Ejemplo: Voy a matarlo con mis propias manos o

Voy a matarlo con la misma pistola con la que él mató a mi padre etc.

Al regular el derecho, relaciones entre personas, el pensamiento no delinque, razón ésta por la que la fase interna no tiene trascendencia penal y naturalmente, no puede ser sancionada ya

que siendo inexistente la materialización de la idea criminal, es imposible la lesión de algún interés protegido penalmente.⁴¹

2.- Fase externa en la vida del delito

Una vez que existe en el sujeto activo una resolución delictiva, queda agotada la fase interna del *inter criminis* y comienza la llamada fase externa que, como veremos, si puede ser sancionada.

Esta 2a. fase, atraviesa también por diversos momentos a saber: Resolución manifestada, preparación, ejecución, consumación y agotamiento.

A) Resolución Manifestada.

Aunque no constituye en rigor una actividad material, es una manifestación externa de una intención delictuosa y por ello es que la consideramos como el primer momento de la fase externa.

Esta etapa no necesariamente debe de agotarse para que hablemos de la existencia del *inter criminis* toda vez que ésta se hace consistir en un acto de voluntad por medio del cual el sujeto activo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.

⁴¹ Principio de *cogitationis poenam nemo patitur*. Libro II, séptima partida, título 31 proveniente de *ulpiano*, 1,18,D. 48, 19.

En este sentido, existe fuerte discusión acerca de que si el solo hecho de comunicar a otro u otros la idea de delinquir constituye un resultado lesivo que deba ser sancionado.

La solución nos la da la ley; podemos decir que por regla general, la sola manifestación de la resolución criminal, no puede ser punible porque evidentemente, no lesiona los bienes jurídicos tutelados; sin embargo, existen reguladas en nuestro derecho excepciones a esta regla general.

Sanciona nuestro Código Penal Vigente:

a) La proposición para cometer el delito de traición a la patria (Artículo 123 Fracción XI).

b) La conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos (Artículos 135 Fracción I y 141).

c) La amenaza (Artículo 282)

d) La provocación de un delito (Art. 209).

e) La inducción o instigación para delinquir (Art. 13 Fracción I y V).

Unica y exclusivamente puede ser sancionada la resolución manifestada en los casos antes mencionados con estricto apego a la ley ya que v.gr, no puede ser sancionado nadie por proponer a otro un robo o un homicidio, pero si por proponer el traicionar a la patria.

Cabe puntualizar que esta resolución manifestada debe ser dirigida del sujeto al otro, es decir, se sanciona cuando se propone la coautoría o se dirige especifica y concretamente a otro sujeto ya que si no es así, esta resolución manifestada no puede ser sancionada porque sólo quedaría como una expresión no lesiva de intereses jurídicos que la ley tutela.

B) Preparación.

La fase externa del Delito que, por las razones expuestas antes comienza por la Resolución manifestada, sigue de otras etapas de importancia en donde también aparecen elementos de reprochabilidad personal.

La preparación, son actos materiales que tienden a preparar la comisión de un delito desde el punto subjetivo del autor, pero que exteriormente, nada revelan sobre la intención del criminal y es que son actos equivocos, es decir, que no dan certeza alguna sobre el fin que persigue el autor.

Al existir ya actos materiales, nos encontramos frente al llamado proceso ejecutivo del delito, siendo la preparación el primer acto de este proceso.

Estos actos de preparación por si solos tampoco son punibles porque no causan peligro (recordemos que nuestro sistema penal actual se basa en el peligro que representa el activo), y ésta es otra característica de los actos equivocos.

Comprar un rifle puede tener el fin de asesinar o de ser coleccionado; un fin ilícito o lícito, por eso no se sanciona el hecho de comprarlo.

Desde nuestro punto de vista, la reprochabilidad, juega un papel importante en estos actos ya que de ésta dependeran los elementos y circunstancias preparativas que el sujeto realice.

En principio podemos sostener que a mayor actos preparativos, menor reprochabilidad puede eventualmente surgir, sin embargo, debemos recordar que hay delitos que por las circunstancias especificas que entrañan solo pueden ser cometidos por un medio que todo delincuente debe usar, v.gr. para ejecutar un fraude por cheque (Artículo 387 Fracción XXI del Código Penal Federal Vigente), primero es necesario tener una cuenta bancaria, sea accidental o intencionalmente.

C) Ejecución.

Al contrario que los actos de preparación, los actos de ejecución si representan peligro y consecuentemente si son punibles. Su naturaleza es unívoca generalmente por cuanto a que por si mismos expresan objetivamente la intención del delincuente.

Son actos tendientes directa, mediata o inmediatamente a cometer un delito ya preparado, que constituyen en realidad, actos consecuencia de los preparativos y en los que, naturalmente se refleja la reprochabilidad existente en los preparativos de los que son consecuencia ya que los actos de preparación, son la base-origen de los ejecutivos.

D) Consumación.

Un delito se consuma cuando se verifica la lesión jurídica integrándose los elementos esenciales del delito.⁴²

Cuando el hecho querido se produce, se dice que el delito se ha consumado; es aquí donde en buen grado, la reprochabilidad comienza a manifestarse y a reflejarse objetivamente.

⁴² Aunque se vera adelante, es importante señalar que entre la ejecución y la consumación puede surgir o no el conato o tentativa.

Es delito consumado aquel en que "en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión, efectiva o potencial del interés protegido"⁴³

E) Agotamiento.

El delito agotado es el último momento de la fase externa del inter criminis, y se hace consistir en la concepción de todos y cada uno de los actos comisivos del delito logrando el propósito final perseguido.

Esta etapa solo surge en delitos de dolo necesario o de preterintención porque para que el delito se consume, no necesariamente debe existir el inter criminis ya que existen delitos culposos que nuestra legislación sanciona, en los que, por existir inintencionalidad o imprudencialidad, no siguen la vida del delito; pero como estos actos se sancionan por el peligro causado, la ley penal es general al sancionarlos con una única pena que, en razón al término medio aritmético, no es privativa de libertad (Artículo 60 primer párrafo del Código Penal Federal Vigente).

El criterio que inspiró al legislador al sancionarios de esta forma es que por su naturaleza misma, no requieren de todo un

⁴³ BETTIOL, I. "Derecho Penal" (Parte General), p. 468, Ed. Temis, Bogotá, 1965.

estudio del inter criminis para imponerles una sanción de hecho privativa de la libertad, pero que, sin embargo, causan un resultado lesivo de los bienes jurídicos que tutela la Ley Penal.

Concluimos en que no todos los hechos punitivos tienen inter criminis, pero todos los intencionales sí lo tienen. Requiere mayor tiempo de readaptación social quien infiere un delito intencional, que quien por culpa o negligencia lesiona un bien jurídico tutelado.

3.- Trascendencia penal del Inter Criminis.

Una vez tratado el tema del inter criminis, su existencia y el papel que en él juega la reprochabilidad, hemos de estudiar ahora las consecuencias que la vida del delito tiene dentro del ámbito del derecho penal.

Agotadas todas las etapas del inter criminis, la conducta delictiva puede o no cumplir con el fin del agente activo y consecuentemente desembocar en situaciones jurídicas que han recibido tratamientos diferentes a la Luz del Derecho.

A) Tentativa.

Cuando la ejecución de un delito es subjetiva y objetivamente

incompleta o imperfecta, estamos en presencia de la tentativa o conato.

Las causas que hacen objetiva y subjetivamente incompleta o imperfecta la ejecución del delito son originadas en el propio sujeto quien en la ejecución del delito, decide ya no ejecutarlo y convergen las causas objetivas y subjetivas que juntas hacen incompleta la ejecución.

B) Frustración.

Antiguamente, la doctrina penal hablaba de frustración del delito cuando la ejecución es subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta. es decir, el sujeto "ejecuta una acción completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del actor" ⁴⁴

La distinción entre la tentativa y la frustración parecería ser entonces el factor volitivo del sujeto activo; si la ejecución no se logra por causas ajenas (externas) al sujeto, estamos frente al delito frustrado, pero, si esta ejecución no se logra por causas propias del sujeto (internas), nos encontramos frente al delito tentado.

⁴⁴ FAYON, Vasconcelos Francisco. "La tentativa". Ed. Forrua 1961, p. 23.

Tanto la tentativa como la frustración. "requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa solo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho requerido, en la frustración se llevan a cabo todos los que lógicamente podrían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma"⁴⁵

Esta distinción tripartita (tentativa-frustración-delito consumado), ha sido abandonada por la mayoría de la doctrina y de los Códigos Modernos que han adoptado una clasificación bipartita (tentativa-delito consumado); porque, si el fundamento de sancionar la tentativa es el peligro que la conducta entraña, es independiente de su castigo que causas hicieron imposible o imperfecta la ejecución.

Nosotros sostenemos que la teoría tripartita es más exacta y precisa, deja la reprochabilidad personal aflorar libremente y da más oportunidades de prevención tomando en cuenta el grado de reprochabilidad manifestado.

Dentro de la teoría tripartita, la tentativa no es más que una expresión de reprochabilidad tal, que hace imposible la ejecución del delito.

⁴⁵ FERRER, Sama Antonio. "Comentarios del Código Penal" Ed. Porrúa, 1946 P. 56

La adopción de la teoría bipartita, afecta el estudio y tratamiento de la reprobabilidad ya que reúne ambos conceptos y los distingue ahora entre tentativa acabada e inacabada. "En la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, pues los códigos hacen innecesaria al comprender en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo" **

Es tentativa inacabada cuando el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte sin que el resultado se haya producido por causas ajenas a la voluntad del agente.

En la acabada, el sujeto si ha realizado todos los actos requeridos, pero el resultado no se ha producido igualmente por causas ajenas a la voluntad del agente.

Con la fusión de ambos conceptos en uno solo, donde queda el tratamiento de la retractación espontánea y subjetiva del sujeto? (tentativa).

La nueva teoría solo subdivide a la antigua frustración y de la tentativa antigua solo deja el concepto.

** GOMEZ Eusebio E. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I Ed. Espasa Calpe. 1960 P. 417

La resolución inhibitoria del sujeto puede ser conocida por las demás personas porque los actos de ejecución, como vimos antes, son ya externos y objetivos.

Por las razones expresadas antes, no estamos de acuerdo en que ha sido preciso adoptar la teoría bipartita, como lo dice, entre otros, Eusebio Gómez (cita no. 9 de este capítulo).

C) Resultado Lesivo.

También denominado como Delito consumado, es la antítesis de la actual tentativa y es cuando la ejecución del delito es completa y el sujeto logra el resultado querido.

En cuanto al resultado lesivo, es importante el análisis de la intención del sujeto activo ya que de ella dependerá la actualización del inter criminis y de la reprochabilidad que pueda existir.

a) Dolo.

El dolo es la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso, existe con la sola voluntad de causar un daño, independientemente de que no haya representación cuantitativa del mismo.

En el dolo, deben converger dos elementos: que exista una intencion o voluntad de realizar un hecho; y que exista conocimiento de la naturaleza delictiva del hecho.

En cuanto al dolo, "Lo que importa a la tecnica juridica es que exista una voluntad inicial de contenido tipico, y basta que ella exista para que el resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado con la voluntad y no obstante el dolo subsiste"⁴⁷

Solamente donde existe dolo puede existir un inter criminis optimo; como veremos adelante, no es preciso hablar de existencia de inter criminis en delitos culposos o imprudenciales, ya que en ellos, no existe intencion de cometer un resultado lesivo, por lo que no pueden existir las etapas del inter criminis, el delito, de pronto, ha quedado consumado a pesar de lo previsible y evitable.

b) Culpa.

El Articulo 8o. Fraccion II del Código Penal Vigente, previene que los delitos pueden ser no intencionales o de imprudencia entendiendose por esto, que "hace referencia al contenido de la

⁴⁷ Informe H. Suprema Corte de Justicia de la Nacion, ejecutoria de fecha 23 de Noviembre de 1971 exp. 8776/65/2a., quejoso, Luis Gonzalez Hernandez.

naturaleza subjetiva que tiene la conducta típica... se refiere a la culpabilidad del autor de la conducta típica antijurídica"⁴⁰

La culpabilidad consiste en la no previsión de un resultado previsible, por falta de reflexión y de cuidado.

La Culpa es lo opuesto al dolo, su característica distintiva es el no querer lo antijurídico y típico; sus elementos son, en primer término, la existencia de un comportamiento irreflexivo, negligente, descuidado, es decir, omisivo de las cautelas y precauciones exigidas por el estado para hacer posible la vida gregaria, y en segundo término, la verificación de un daño igual al causado por un delito intencional, cuyo resultado es previsible y evitable.

Esta es la justificación a la sanción que se impone a los delitos culposos, el hecho de inferir un daño igual al intencional.

Como vemos, por su significación y elementos no podemos hablar de un *inter criminis* en tratándose de delitos culposos, sin embargo, esto no quiere decir que la reprochabilidad personal de la conducta típica, no pueda tomarse en cuenta al individualizar la sanción penal, ya que los resultados deben ser posiblemente previsibles y evitables.

⁴⁰VELA, Treviño Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad". Ed. Trillas México, 1985. P. 229

Una conducta típica que cause un delito imprudencial sin que el resultado sea previsible y evitable, no puede ser sancionada atentos a lo dispuesto por el artículo 15 Fracción X del Código Penal Federal vigente, que al elevar a circunstancia excluyente de responsabilidad penal el causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas, se refiere precisamente al hecho de que el resultado lesivo no pueda haber sido previsible ni evitable.

Hay culpa con la representación cuando el resultado es previsto por el agente y aun así insiste en su conducta, y sin representación, cuando el resultado no es previsto pero sí previsible y evitable.

Cabe abundar en el hecho de que no se requiere necesariamente de dolo ni de existencia de un *inter criminis* para actualizar la individualización de una sanción penal tomando como uno de los elementos a la reprochabilidad personal del sujeto activo.

c) Preterintención.

Igualmente que en los delitos intencionales y no intencionales, el artículo 80. Fracción III del Código Penal Vigente, da calidad de delitos a hechos ilícitos con carácter de preterintencionales.

La preterintencionalidad es la mezcla del dolo y la culpa ya que se trata de una conducta ilícita desde su inicio que guía al hombre a una finalidad específica que es antijurídica, sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial apareciendo una figura típica mayormente grave. sin embargo, este resultado que no era querido, era previsible y probablemente evitable⁴⁹.

En estos delitos "existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido"⁵⁰

Al ser una mezcla de dolo y culpa, todo lo relativo a la reprochabilidad personal, que hemos mencionado anteriormente, es totalmente aplicable a delitos de este tipo cuya sanción penal sigue reglas especiales de aumento de las penas correspondientes a los delitos intencionales cometidos (Artículo 61 del Código Penal Federal vigente).

⁴⁹ El carácter que a un hecho se le da de previsible y generalmente evitable, es, en la práctica, sumamente subjetivo de la autoridad en turno ya que depende de las calidades psíquicas y físicas del agente activo, por ello, se debe hacer un profundo estudio en cada caso planteado.

⁵⁰ PORTE, Petit Celestino. "Programa de la parte General del Derecho Penal", UNAM, México 1958, P. 502

4.- Reprochabilidad en el Inter Criminis.

La reprochabilidad a la que nos hemos estado refiriendo en esta tesis, puede actualizarse durante el inter criminis y por supuesto, despues de haber ejecutado el hecho.

Durante el inter criminis, lo más actual que en la doctrina existe, es la teoría del arrepentimiento eficaz, que evite la consumación del delito y que se hace consistir en "una actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumacion del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por si mismo, de lograr dicho resultado"¹

Se refiere esta teoría a que la reprochabilidad personal, respecto de una conducta, puede ser tan intensa, que reprima al sujeto en sus intenciones y lo haga desistir de su cometido, ya que en ésta, se realizan todos los actos de ejecución necesarios para lograr el resultado, sólo que el mismo sujeto, en forma voluntaria interrumpe el proceso causal y de esta forma imoide el delito.

Sin embargo, la reprochabilidad, respecto a su existencia en el inter criminis, no necesariamente supone la suspensión voluntaria del proceso comisivo del delito, es solo una forma de

¹ PAVON, Vasconcelos Francisco "La Tentativa" Ed. Forrua, México, 1982, P. 121

manifestarse ya que también puede ser que la reprochabilidad manifestada no sea óbice a la comisión del delito, sin embargo, existe y no obstante el sujeto insiste en el proceso ejecutivo.

En un segundo momento, surge la reprochabilidad después de haber cometido el delito que puede o no atenuar sus consecuencias dañosas, y en este momento jurídico, habremos de centrar nuestra atención en el siguiente capítulo, y es que durante el inter criminis, si la reprochabilidad inhibe la conducta delictiva, el acto se queda en tentativa y no se impondrá pena alguna por lo que al delito tentado se refiere, pero si se aplicarán penas, en su caso, por actos ejecutados u omisiones que constituyan por sí mismos delitos.⁵²

En caso de que la tentativa sea completa, independientemente de la reprochabilidad que pueda existir, la sanción será menor a la del delito que pretendía cometer atento a lo que dispone el artículo 63 del código Penal Federal Vigente.

Como hemos sostenido desde el principio de este trabajo de tesis, es importante que el Ministerio Público, en la averiguación previa, y el Juez instructor así como los Magistrados y Ministros, en su caso, estudien la reprochabilidad que puede existir desde el momento mismo del inter criminis, sólo así se superarán los postulados de la escuela positivista del derecho

⁵² Artículo 12 del Código Penal para el D.F. vigente.

Penal, que ya deben ser superados en su totalidad por los de la Política criminal, de la que hemos hablado en la introducción de esta tesis, y para estos efectos, en las páginas subsiguientes, habremos de analizar las causas, justificaciones y medios de la reprochabilidad después de cometido el delito.

CAPITULO IV

LA REPROCHABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

CAPITULO IV. LA REPROCHABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

1.- Su estudio y sistemática de su consideración.

Hemos analizado en los capítulos precedentes la reprochabilidad personal bajo diversos criterios, desde sus antecedentes históricos, pasando por su definición y actualización en el llamado inter-criminis o vida del delito

Contando con todos éstos antecedentes y amplios conceptos, analizaremos ahora, la actualización y consideración de la reprochabilidad personal en el momento más importante que existe en la aplicación de las normas penales: El procedimiento penal, entendiéndolo en su amplio sentido, es decir, desde que el Ministerio Público tiene noticia del delito, y hasta la total solución del proceso y de sus medios de impugnación.

Este será el trato medular de este trabajo de tesis pues veremos como en la práctica diaria es totalmente posible la aplicación de la hipótesis que, como conclusión planteamos en este trabajo.

Como sabemos, el procedimiento penal se divide en 5 momentos fundamentales.⁵³

⁵³ En este sentido, la doctrina se encuentra casi unánime en, aceptar los 5 momentos; discusión que en fuerte debate finalizó con la promulgación del artículo 10. del Código Federal de

- a) El de la averiguación previa hasta la consignación.
- b) El de preinstrucción, también conocido como primera etapa del proceso, que va desde el auto de radicación y hasta el auto de termino constitucional.
- c) El de instrucción que va desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso hasta la sentencia definitiva.
- d) El de impugnación de la sentencia que incluye el recurso de apelación y el juicio de amparo directo y sus recursos, inclusive.
- e) El de ejecución de la sanción penal, ya cuando la misma no puede ser recurrida por ningún medio ordinario o extraordinario, en el que, sin embargo, se puede obtener por ejemplo: Libertad preliberacional o reducción de pena.

El Artículo 10, del Código Federal de Procedimientos Penales divide al procedimiento penal en 7 etapas, sin embargo, desde el punto de vista estrictamente procesal por cuanto a las instancias concurrentes, serán solo las 5 etapas antes mencionadas, y así lo ha asumido la doctrina.

Ahora bien, el procedimiento penal, abarca todas las etapas a que hemos hecho alusión y tocante a la reprochabilidad personal, ésta se actualiza con posibilidades de ser determinada y valorada en todas y cada una de las etapas que en el procedimiento penal existen (su aplicación será al individualizar la sanción penal), lo que, de suceder, haría posible la aplicación del sistema penal adoptado en 1985 por nuestros legisladores en que, al abolir la presunción de culpabilidad, hace necesario el estudio de la intención del sujeto y luego el hecho mismo que se considera delictivo.

La Escuela de la Política Criminal que hace más de medio siglo concibiera (sin bautizarla) Raúl Eugenio Zaffaroni en su "Manual de Derecho Penal" parte General, en la que, de alguna manera se inspiran las reformas de 1985 al Código Penal Federal, pregonan el análisis subjetivo del sujeto: se trata de juzgar al hombre, como ser humano, independiente mentalmente a los demás; y no al hombre delincuente igual a los demás en su mentalidad y producción anímica. El criterio objetivo de la conducta ya no es primigenio, hay que buscar las causas y orígenes del delito; la aplicación de las normas penales será, entonces, más justa.

Zaffaroni⁵⁴, tratando de eliminar dilemas doctrinales respecto de

⁵⁴ Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial Ediar, 2a. Edición, 1979, Capítulo I.

la concepción del derecho penal, agrupa las doctrinas en dos vertientes :

a) Derecho penal de culpabilidad.- en este se admite que el hombre puede elegir; si puede elegir, se le puede reprochar (culpabilidad); la pena retribuye la culpabilidad y el límite de aquella es la cuantía de la culpabilidad.

b) Derecho penal de peligrosidad.- El hombre está determinado; si lo está, se puede constatar en qué medida (peligrosidad); la pena resocializa neutralizando la peligrosidad; el límite de la pena es la cuantía de la peligrosidad.

"En principio nuestra concepción antropologica rechaza de plano la pretensión de que el hombre está determinado, afirmando su posibilidad de elección (conducta subjetiva) y con ello su autonomía moral (de pensamiento) y su responsabilidad"⁵⁵

Ahora bien, en cada etapa del procedimiento existe la posibilidad material y jurídica para determinar la reprochabilidad personal, elementos que sistemáticamente serán considerados.

2.- Averiguación previa

⁵⁵ ZAFFARONI, Op. Cit. Página 45.

La averiguación previa, primer momento del procedimiento penal, es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, optando por el ejercicio o abstención de la acción penal.²⁴

Comienza cuando el Ministerio Público, llamado en esta etapa, "investigador", tiene noticia de hechos que pueden ser constitutivos de delitos. Esta noticia del delito puede efectuarse mediante Parte de Policía, Denuncia, Acusación o Querrela dependiendo del tipo de delito y los requisitos de procedibilidad que pueda exigir la ley.

Una vez que el órgano investigador tiene noticia del delito, este inicia una averiguación previa cuyo objeto es determinar la existencia de un cuerpo del delito y de una presunta responsabilidad por medio de diligencias que no son más que pruebas que deberán existir y sobre ellas basar su resolución final.

La facultad de imperio monopolico que el Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concede al órgano investigador, lo faculta para que, con arreglo a la ley,

²⁴ OSORIO y Nieto Cesar Augusto. La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México, 1989, P. 2

realice todas las diligencias y acumule todas las pruebas tendientes a basar su resolución consignatoria o abstensoria:

"El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado como base para el ejercicio de la acción penal del proceso penal federal"³⁷

"Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, en los términos de la 1a. parte del Artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales"³⁸

"Son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a derecho..."³⁹

"Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos"⁴⁰

³⁷ Código Federal de procedimientos penales Art. 168

³⁸ Op. Cit. Artículo 134.

³⁹ Op. Cit. Artículo 205.

⁴⁰ Op. Cit. Artículo 220.

Si admitimos, como lo hemos hecho, que, de acuerdo al actual sistema penal se debe partir del análisis subjetivo del sujeto, y esto, además, se desprende de los Artículos 8 y 9 del Código Penal Federal; que la presunta responsabilidad radica en el sujeto mismo; que para el análisis de sujetos requiere prueba pericial y que el Ministerio Público debe comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad; sostenemos que invariablemente se requiere, en la Averiguación Previa, una pericial psicológica en la que el perito debe analizar los siguientes aspectos :

- análisis de personalidad
- visión analítica del sujeto respecto del mundo exterior que lo rodea
- visión analítica del sujeto respecto del hecho que se le imputa
- análisis de la reprochabilidad personal que pudiere existir como consecuencia de los anteriores aspectos.

Con el análisis psicológico, se podría descubrir la reprochabilidad personal existente hasta ese momento y en su caso, el grado de la misma.

En este orden de ideas, se podría afirmar que el Ministerio Público, al conocer el grado de reprochabilidad personal existente, podría realizar una aplicación probatoria en beneficio

o perjuicio del indiciado, evento al que nos oponemos totalmente por las siguientes razones de derecho y de hecho :

a) El Ministerio Público investigador sólo tiene facultades para determinar la existencia de un cuerpo del delito y de una presunta responsabilidad, facultades que no debe rebasar.

b) El Ministerio Público investigador es una autoridad formal y materialmente administrativa, cuyos actos tienen trascendencia judicial.

c) La reprochabilidad personal es un elemento que servirá para individualizar la sanción penal, facultad exclusiva del poder judicial (Art. 10. Fracción III del Código de Procedimientos Penales para el D.F.).

d) Los actos de corruptela que a diario y a cada momento se ejecutan en las oficinas investigadoras, hacen imposible la aplicación del Derecho procesal penal desde su mas pura concepción; el mismo no se aplica con base en aspectos legales sino con base en aspectos económicos o de poder político (llámese táctica de Gobierno o influentismo particular).

Con base en lo anterior, sostenemos que la determinación de la reprochabilidad personal debe existir en la averiguación previa y servir solo de antecedente evolutivo. situación que, como lo

veremos adelante, será analizada, valorada y aplicada por la autoridad judicial pero que, necesariamente debe verificarse en la averiguación previa.

Contando con la prueba pericial psicológica a que nos hemos referido, en el supuesto caso de que el Ministerio Público consigne, la autoridad judicial tendrá mayores elementos para basar sus resoluciones, las que serán más justas.

Podemos concluir que el Ministerio Público estará obligado a solicitar y agregar al expediente indagatorio la prueba psicológica mencionada en todos los casos dándole carácter de diligencia necesaria en la Averiguación Previa, pero solo para efectos indicativos y antecesorios.

3.- Instrucción

Una vez formulada la consignación de la averiguación previa por el Ministerio Público, el expediente pasa a autoridad y conocimiento del juzgador iniciándose así el proceso penal propiamente dicho que, como primera etapa tiene a la instrucción o sumario.

La doctrina está totalmente de acuerdo en dividir a la instrucción en dos momentos principales a los que cada uno nombra diferente, limitando todos ellos, como un primer momento a la

etapa que va desde el auto de radicación del expediente consignatorio hasta que se dicte el auto de término constitucional, que puede ser de libertad absoluta, de libertad por falta de elementos o de formal prisión; el segundo momento será desde que se dicte el auto de formal prisión o de sujeción a proceso hasta que se dicte el auto de cierre de instrucción, de estar desahogadas todas las pruebas conducentes con el que se abre el período de juicio.

"Es visible consecuencia del auto de radicación, como ya lo hemos anotado, el inicio mismo del proceso, no de una fase preparatoria de éste"⁴¹

La instrucción es pues, la realización ante el juzgador de las diligencias necesarias a efecto de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad de los inculpados.

Esta se divide en dos fases o etapas principales en las que el juez, aplicando su facultad de imperio habrá de decidir, primero, respecto de una presunta responsabilidad y luego acerca de la responsabilidad comprobada.

⁴¹ GARCIA, Ramirez Sergio. "Derecho Procesal Penal", Ed. Forrua, 1986 P. 421

En cada etapa de la instrucción la reprochabilidad personal tiene efectos y caracteres diversos en cuanto a su consideración y aplicación.

A) Primera etapa

Comienza con el auto de radicación de la causa, que es el primer acuerdo judicial "dictado por el órgano de la jurisdicción, con la cual se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que tanto el Ministerio Público como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento a la jurisdicción de un tribunal determinado"⁴²

Una vez radicada la causa ante el tribunal, el juez tomara las medidas necesarias para traer ante su soberanía al indiciado, dictando, para tal efecto y en caso de que este no se halle a su disposición en el reclusorio preventivo correspondiente, orden de aprehensión o de comparecencia.

Cuando el indiciado se encuentra a disposición del tribunal, comienza a correr un plazo fatal de 72 horas para que el juzgador decida la suerte que el indiciado correrá frente a su soberanía judicial; dentro de las primeras 48 horas, se le tomara al consignado su declaración preparatoria en audiencia pública,

⁴² GARCIA, Ramirez Sergio, op. cit. 421

período durante el cual podrán ofrecerse y desahogarse pruebas, por parte del Ministerio Público o la defensa.

Al término de 72 horas, como máximo deberá dictarse un auto en el que se fije la situación jurídica del indiciado; para lo cual, el juez valorará las pruebas existentes y si así lo estima pertinente podrá decretar :

- a) Auto de Libertad Absoluta
- b) Auto de libertad por falta de elementos para procesar
- c) Auto de sujeción a proceso
- d) Auto de formal prisión

De nuestro interés, por ahora, son el auto de sujeción a proceso y el de formal prisión, toda vez que tratándose de los de libertad, la relación procesal que pudiere existir se extingue y son inaplicables las normas y procedimientos posteriores. Será también irrelevante la reprochabilidad personal que pudiese existir ya que por lo pronto no habrá sanción penal alguna que individualizar.

Sin embargo, los autos de sujeción a proceso y de formal prisión, probablemente originen el hecho de dictar una sentencia penal en la que si el tribunal considera penalmente responsable al sujeto, deberá individualizar la sanción penal correspondiente y la reprochabilidad personal será valorada para tales efectos.

Al ser, los autos de sujeción a proceso y de formal prisión, legalmente provisionales, no es dable proponer que, para su procedencia y ejecución deban estudiarse cuestiones de personalidad del individuo ya que éstas servirán para individualizar la pena, acto que no se realiza al dictar estos acuerdos.

Desde el punto de vista psíquico, éste es el momento en que, objetivamente, el sujeto ve amenazada su libertad y cuando el hecho delictivo imputado puede florecer en su interior arrojando determinados efectos que serán de importancia al efectuar los estudios de personalidad y demás elementos instructorios determinantes en la reprochabilidad.

Concluimos que, dentro de la primera etapa o fase de la instrucción, la reprochabilidad personal será también un antecedente que no puede ni debe ser valorado al dictar el auto de termino constitucional, fundamentalmente, porque en éste no existe sanción penal alguna que individualizar.

B) Segunda etapa.

El efecto principal del auto de formal prisión o de el de sujeción a proceso, es el inicio de la segunda etapa de la instrucción, periodo que en sustancia se concreta a la prueba que

se verificará de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal aplicable distinguiéndose entre el proceso ordinario o sumario.

Durante esta etapa, debe comprobarse el delito, sus circunstancias y modalidades, grado de responsabilidad plenamente, la personalidad del procesado en todos sus efectos y el daño causado y procedencia de su reparación, culminando esta etapa con el auto que declara el cierre de la instrucción, auto que se dicta al encontrarse desahogadas todas y cada una de las pruebas ofrecidas y conducentes al conocimiento de la verdad histórica, marcando el principio del período de juicio o de conclusiones e impidiendo que con posterioridad se reciban más pruebas que las reunidas hasta ese punto.

Siendo esta etapa del proceso eminentemente probatoria, tenemos que en este momento sí es dable proponer diligencias tendientes al estudio de la reprochabilidad personal que pudiese existir; recordamos que, el tribunal ya cuenta con un antecedente al respecto que lo es el análisis de personalidad verificado en la averiguación previa.

Ahora bien, paralelamente al desahogo de pruebas que tiendan a conocer la verdad histórica que se busca, así como la intención del procesado, deben desahogarse otras probanzas que aporten elementos que deberán de considerarse al individualizarse la sanción penal.

El Artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., y su correlativo, 206 del Código Federal Adjetivo Penal, reconocen, como medios de prueba, además de la confesión, documental, pericial, inspección, testifical y presuncional; todo aquello que se presente como tal siempre que a juicio del tribunal, pueda constituirlo.

Como lo hemos tratado anteriormente, y a mayor abundancia, tenemos que para el análisis de personalidad del procesado, es indispensable el desahogo de la prueba pericial psicológica, prueba ideal en tratándose de la determinación de la reprochabilidad personal.

Dentro de esta segunda etapa de la instrucción, en tratándose de la reprochabilidad personal del procesado, habrán de considerarse los siguientes elementos:

a) Observación Judicial

Dentro del proceso penal mexicano, existe la llamada prueba de inspección o reconocimiento judicial cuyo objeto pueden ser las personas, hechos o cosas. "Respecto a las personas, la inspección puede recaer, por ejemplo, sobre la víctima, para

observar las consecuencias que hubiera provocado el delito de lesiones"⁴³

A esta prueba, se le da pleno valor probatorio cuando la ha realizado el juzgador.

Si el procedimiento penal gira en torno al presunto responsable, pues hacia él va dirigido, y se acepta inspección sobre las personas, generalmente sobre el ofendido; debe aceptarla también sobre el propio procesado.

Sin existir mayor formalismo sobre el desahogo de esta probanza, y por su carácter eminentemente libre, llamaremos prueba de observación judicial a aquella inspección que en varias ocasiones realice el juzgador sobre la persona del procesado en su conducta volitivas durante el proceso penal. De esta manera, el juzgador podrá darse cuenta de qué tan reprochable a nivel personal le resulta al procesado la conducta delictiva que se le imputa.

En cuanto a su valor probatorio, nosotros no estamos de acuerdo en que sea pleno ya que la reprochabilidad personal, si bien es cierto que puede manifestarse objetivamente en conductas, también lo es que es sustancialmente psíquica y subjetiva por lo que el

⁴³ DIAZ de León Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales. Ed. Porrúa, 1988, pp. 138 y 139

juzgador, al ser sólo perito en Derecho, no puede ni debe determinar un psiqué por medio de conductas objetivas.

Hablamos entonces de un indicio que pudiere existir y que de acuerdo a las reglas que ha establecido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede establecer la prueba circunstancial, que por sí misma, tampoco tiene valor probatorio pleno ya que debe estar apoyada en otros elementos probatorios.**

Esta observación judicial será entonces un primer elemento instructorio respecto de la reprochabilidad personal, que, además, es legalmente posible ya que el juzgador puede ordenar y ampliar en todo momento, la práctica de cualquier diligencia que tenga relación con su función juzgadora.

b) Estudios de Personalidad.

Es común en la práctica diaria, que el juez, al dictar la prisión preventiva de un sujeto, de oficio ordene la práctica de un estudio de personalidad del procesado.

** La prueba circunstancial es la que se forma por un conjunto de indicios que sean : bastantes para establecer realidad, que tengan relación directa con la ejecución o preparación, y que entre ellos exista un enlace lógico natural mas o menos necesario entre la verdad que se busca y la que se conoce. Los indicios autónomos arrojan solo una presunción.

Este estudio de personalidad, tiene por objeto fijar elementos subjetivos del procesado tal y como la peligrosidad.

El análisis de personalidad es la prueba psíquica mas importante en tratándose de la reprochabilidad personal que pueda existir ya que en él, se puede determinar, en relación a la realidad penitenciaria del procesado:

- análisis general de su personalidad
- visión analítica del sujeto respecto de la realidad penitenciaria que lo rodea
- visión analítica del sujeto respecto del hecho delictivo que se le imputa
- como consecuencia de los anteriores aspectos, análisis de reprochabilidad personal que pudiere existir en el procesado

El objeto de esta prueba será determinar precisamente el grado de reprochabilidad personal que en el sujeto existe y naturalmente, la existencia de un arrepentimiento eficaz a posteriori. En este sentido, no es obstáculo a la realización de esta prueba que el sujeto alegue inocencia o no participación en los hechos ya que los psicólogos, en sus tests, crean situaciones de posibilidad en la que llevan al sujeto a la creencia e inmersión provisional de determinada realidad y de ahí parten hacia el interior de su psiqué.

Naturalmente, este análisis deberá ser verificado por un personal profesionalmente capacitado en psicología y criminología ya que su análisis constituirá la prueba primordial en este sentido.

Con esta nueva prueba, el juzgador contara con dos análisis de personalidad verificados con independencia de realidad penitenciaria y de momentos en el tiempo: una será el antecedente de la otra y un análisis comparativo arrojará, indudablemente mayor grado de certitud.

c) Informe Penitenciario

La preocupación que ha existido respecto del tratamiento que se le debe dar al reo en prisión preventiva o extintiva, ha desarrollado a la ciencia del Derecho Penitenciario que se hace consistir en un conjunto de principios de la ejecución de la pena privativa de libertad, de las doctrinas, sistemas y resultados de la aplicación.⁴⁵

Este concepto en México se ha extendido a las prisiones preventivas que existen en donde el Derecho penitenciario rige la vida del interno sujeto a proceso, que es ahora, el aspecto penitenciario que nos interesa.

⁴⁵ DEL FORT, Luis Marco. Derecho Penitenciario. Ed. Cárdenas, 1984, p. 11

Al efecto, el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal⁴⁴, como muestra de la ampliación en los conceptos penitenciarios Mexicanos, en su Artículo 3o. dispone que el ordenamiento se aplicara tanto en los establecimientos destinados a la ejecución de penas privativas de libertad, como a los lugares destinados a la custodia preventiva de indiciados y procesados y al arresto.

Ahora bien, cuando un sujeto se encuentra recluso, tiene determinados deberes y obligaciones que cumplir frente a su conducta penitenciaria, siendo el fundamental el de acatar a los reglamentos carcelarios que imponen al reo la obligación de observar buena conducta, solidaridad y trabajo.

El personal penitenciario tiene la obligación de vigilar e informar a los superiores respecto del comportamiento del reo.

Estos informes constituirán la prueba de informe penitenciario que rendirá el Director del Reclusorio preventivo al juzgador de la causa quien podrá conocer la conducta que ha guardado el reo durante su estancia enfocandolo y aplicandolo también al grado de reprochabilidad que se pretende determinar.

Los anteriores elementos probatorios propuestos, formarán en el juzgador, previo análisis armónico, una conciencia motivada respecto del grado de reprochabilidad personal que puede existir

⁴⁴ Publicado en el Diario Oficial el 24 de Agosto de 1979

y una vez determinado contara con el elemento requerido para que, junto a los demás, le sirvan para individualizar la sanción penal en caso de encontrar penalmente responsable al sujeto del delito que se le atribuye.

C) Juicio

Una vez que se desahogaron todas las pruebas ofrecidas y las que por oficio el juzgador debe mandar a recibir (observación judicial, análisis de personalidad e informe penitenciario) tendientes a esclarecer la verdad histórica que se busca, así como los elementos subjetivos del procesado, inicia la etapa del juicio o de conclusiones en el que las partes, Ministerio Público, Acusado y Juez fijan sus posiciones.

El período de juicio se inicia con las conclusiones del Ministerio Público y concluye con la Sentencia que deberá hacer relación de la reprochabilidad personal determinada.

Lo importante en este apartado es hacer mención de que, la reprochabilidad personal que puede existir puede ser tomada como elemento en pro o en contra del procesado en las conclusiones que formule el Ministerio Público y la defensa. La sentencia será un punto que se tratará abundantemente en páginas posteriores de este capítulo.

4.- Individualización de la Sanción Penal y reprochabilidad.

La necesidad de adecuar la sanción al sujeto, al hecho, a sus modalidades y circunstancias, se cumple en tres estados diferentes: cuando la operación dirigida a adecuar el remedio legal a la persona del reo, al delito cometido por él y a las circunstancias y modalidades del uno y del otro la realiza denominándose individualización de la sanción penal.

La individualización de la sanción penal es "la más importante función del juez, y señala el momento de la materialización concreta del Derecho Penal. El juez tiene de un lado a la ley, que le entrega un marco penal como instrumento, y del otro al sujeto quien debe encuadrar dentro de aquel"⁴⁷

Una vez que el juzgador previo el procedimiento que marca el Código de Procedimientos Penales aplicable determina que el hecho que se imputa al procesado es delito; y que el procesado es penalmente responsable de la comisión del mismo, se enfrenta a la difícil labor de individualizar la sanción penal que habrá de imponerse, obligación judicial y derecho civil consignado en la fracción III del Artículo 10. del Código Procesal Penal para el

⁴⁷ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Rubro: "Graduación de la Pena", Ed. Astrea, 2a. Edición, Buenos Aires, 1983.

D.F.^{4º}, y de manera general en la ley organica de los tribunales de justicia locales y en la del poder judicial federal.

Al efecto, las leyes sustantivas señalan las penas aplicables a cada delito lo que hace marcando dos límites, el mínimo y el máximo aplicable a cada caso y por sus particularidades.

El juzgador no puede rebasar los parámetros que la ley especifica marque, ya que no es atributo de su soberanía judicial. Corresponde al poder legislativo esa facultad, lo que se conoce como "individualización legislativa".

Al verse el juez de la causa frente a su obligación de aplicar la ley general al caso concreto, deberá marcar, dentro de los parámetros existentes, la pena que corresponde, lo que hará en uso de sus más amplias facultades de soberanía y sentido de justicia.

Para evitar individualizaciones caprichosas, se creo, dentro del Código Penal Federal, un título dedicado a la aplicación de las sanciones, que marca reglas que el juzgador debe observar pero respetando siempre su autonomía soberana.

^{4º} "Corresponde exclusivamente en los tribunales penales del D.F. ... Fracción III.- Aplicar las sanciones que señalen las leyes.

El Artículo 51 del Código Penal Federal obliga al juez a que tome en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente"; y el 52 del mismo ordenamiento, contiene un amplio catálogo, de situaciones y circunstancias que se deberán tener en cuenta al aplicar las sanciones, es decir, al individualizar la sanción penal.

Una vez que con base en todos los elementos que la ley establece, el juez individualiza la pena, sin perjuicio de los medios de impugnación, este acto, según el Artículo 10. del Código Adjetivo Penal para el D.F., será la verdad legal.

Por otro lado, la pena privativa de libertad no es la única sanción que el juez puede imponer; ésta puede ser conmutada o substituida; y dependiendo del sujeto, y del hecho, la misma ley sustantiva contiene un catálogo de las sanciones penales que pueden imponerse :⁴⁹

- 1.- Prisión
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la colectividad
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimutables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos
- 4.- Confinamiento

⁴⁹ Artículo 24 del Código Penal Federal.

- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado
- 6.- Sanción pecuniaria
- 7.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
- 8.- Amonestación
- 9.- Apercibimiento
- 10.-Caución de no ofender
- 11.-Suspensión o privación de derechos
- 12.-Inhabilitación, destitución o suspenión de funciones o empleos
- 13.-Publicación especial de sentencia
- 14.-Vigilancia de la autoridad
- 15.-Suspensión o disolución de sociedades
- 16.-Medidas tutelares para menores
- 17.-Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Estas sanciones no son excluyentes unas de la otras: el juzgador podrá imponer una o varias de ellas dependiendo de su criterio judicial, del sujeto y del hecho delictivo cometido.

Una vez que el juez decide cual será la sanción penal a imponer, deberá especificar los plazos de duración, montos y demás particularidades específicas de la misma y cuando lo hace, nos encontramos frente a la individualización de la pena o medida de seguridad.

Es precisamente en este momento de la actividad judicial en donde las proposiciones vertidas en este trabajo de tesis cobran su máxima actualidad ya que será criterio para individualizar la pena, la reprochabilidad personal que pueda existir, la que estará debidamente determinada.

La pena privativa de la libertad o prisión, es la sanción penal por excelencia, la que mejor cumple con el papel ejemplar que la sanción penal encierra y es por ello que se efectuará un estudio especial.

A) Pena privativa de la libertad.

El Código Penal Federal entiende a la prisión como la privación de la libertad corporal.⁷⁰ y el mismo ordenamiento establece la prisión preventiva y la destinada a la extinción de la pena.

Es la pena, sobre todo la privativa de libertad, la función del Derecho Penal como legislación penal; para algunos, "el derecho penal cumple una función de seguridad jurídica; para otros, su función es la protección de la sociedad o defensa social."⁷¹

En este orden de ideas la pena, será, para los partidarios de la doctrina de la seguridad jurídica, de prevención general,

⁷⁰ Artículo 25 del Código Penal Federal

⁷¹ ZAFFARONI, Raúl Eugene op. cit. p. 26

dirigida a quienes no han delinquido, lo que da a la pena un carácter de ejemplar. Por el contrario, los que hacen consistir la función del Derecho en la defensa social, la pena tiene carácter de prevención especial dirigida a los que han delinquido.

Nos unimos a la solución que el mismo zaffaroni da al problema, al sostener que "el derecho penal tiene, como carácter diferenciador, el de cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal, y ésta por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas, porque tiene carácter específicamente preventivo y no reparador"⁷²

Así tenemos que la prisión viene a ser un ejemplo dirigido a la sociedad de lo que pasa a quienes transgreden las leyes, por ello es conocido el mal trato a que son sometidos los internos y las pésimas condiciones de vida en que se desembuelven. Quién no tiene miedo a la cárcel? "Aquí el bueno se hace malo, en los muros de la carcel hay escrito con carbón y el malo se hace peor"⁷³

⁷² Op. Cit. pp. 33 y 34

⁷³ Fragmento de un cantar penitenciario, citado por DEL POINT, Luis Mario. Derecho Penitenciario. Ed. Cardenas, 1984 p. 645.

Cuello Calón ⁷⁴ sostiene que la prisión es el medio más frecuente de defensa social contra el delito: constituye el medio más adecuado para la reforma de los delincuentes por su carácter de prevención general.⁷⁵

Aunque nos hemos pronunciado en favor del papel de ejemplaridad de la prisión, no debemos olvidarnos del reo para quien la prisión representa un castigo tal que sólo es comparable con la muerte.

En este ámbito, se pretende que la prisión tenga como fin el de la resocialización del reo pues se pretende que al cumplir con su sanción, el sujeto se considere readaptado y pueda nuevamente vivir en sociedad ya sin violar las leyes.

Este es el doble aspecto de la prisión mientras que la prisión es dirigida a quienes no han delinquido, también tiene el fin de readaptar al sentenciado.

El problema que surge es que mientras el legislador emite una individualización de la pena general, el juez la individualiza en particular. Ambos, desde un plano lógico, sostienen que la individualización hecha es la suficiente para la readaptación

⁷⁴ "Derecho Penal" Ed. Bosch, Barcelona 1951 o. 739

⁷⁵ Cuello Calón se pronuncia también a favor del papel de seguridad jurídica del Derecho Penal, la pena es dirigida a quienes no la han delinquido, tiene carácter de ejemplar.

social del reo, si así no fuera, las leyes penales serían disposiciones huecas e inútiles. El juez, al imponer a un reo una pena de prisión de 10 años, es porque considera que ése es el lapso de tiempo durante el cual el sentenciado logrará su readaptación social. Representa un problema porque nadie, verdaderamente puede saber cuando un sujeto está readaptado socialmente, sobre todo, cuando los criterios establecidos en el artículo 52 del Código Penal Federal son puramente objetivos, y mas objetivo y consecuentemente inexacto es el criterio de la peligrosidad del sujeto, lo que no lleva a una individualización correcta y en consecuencia, tampoco a una certidumbre de readaptación social.

La Readaptación social, es una capacidad eminentemente subjetiva del reo, él es quien sabe, si volvería o no a delinquir; si está o no readaptado; si existe o no un grado tal de reprochabilidad personal que se convierta en un arrepentimiento eficaz, más readaptador que una medida impuesta sin que se haya tomado en cuenta a él, ni a su psiqué.

Y esta capacidad si puede ser determinada y conocida por profesionales en psicología y criminología y proponemos que obren en autos dos análisis psicológicos comparativos: así la prisión cumplirá su dirección y también su finalidad.

En la vida diaria sucede que la prision no ha cumplido con su fin resocializador; problemas de anormalidades sexuales tales como masturbación, homosexualismo, lesbianismo, Violaciones, zoofilia y otros tipos de perversiones sexuales; educación penitenciaria deficiente; drogadicción, suicidios. La abusiva disciplina penitenciaria provoca la reincidencia, perturbaciones psicológicas, enfermedades físicas; la convierte en una institución anormal que afecta a la familia, clasista, estigmatizante, utilizada como control de opositores políticos provocando el proceso de prisionalización como factor criminogeno mismo.

Luis Marco Del Point, ^{7*} sostiene que el principal problema es porque su duración es arbitraria y anticientífica. "Las penas impuestas son excesivamente largas. No se tienen en cuenta las características personales y motivaciones del sueto que infringe la ley penal (intención), sino fundamentalmente el bien jurídico protegido. Los Códigos penales incluyen mínimos y máximos penales arbitrarios que aprisionan la voluntad del juez que no puede reducir ni aumentar las sanciones establecidas en la ley".

Sólo discentimos el criterio del autor en el sentido de que la arbitrariedad en la individualización de la pena no parte del legislador, sostenemos que parte de los criterios objetivos que son los que atan de mano a los jueces obligándolos a imponer

^{7*} Derecho Penitenciario. Ed. Cárdenas. 1984 P. 666

penas anticientíficas y por demás arbitrarias en el sentido de que no existe certitud en su finalidad resocializadora.

No sugerimos que el legislador reforme sus criterios parametrarios, pero tal vez gran parte de los problemas que la prisión ocasiona, se acabarían si se actualizara la práctica de la consideraciones que proponemos en esta tesis.

La consideración y repercusión que la reprochabilidad personal determinada causará en el procesado, debe de quedar especificada y valorada a la luz del derecho en la sentencia definitiva que dicte el juez instructor.

B) Sentencia.

Una vez que tanto el Ministerio Público como la Defensa formulan sus respectivas conclusiones, se verifica una audiencia "de vista" cuyo objeto es reforzar los principios de oralidad, concentración e inmediatez del procedimiento penal y su finalidad es que las partes fijen sus posiciones.

Desahogada esta etapa del proceso, pasan los autos a la vista del juzgador para que, dentro de los plazos que marca el Código Adjetivo respectivo, se dicte la sentencia definitiva.

"La sentencia es un acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, declara la tutela jurídica que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponde al caso concreto"⁷⁷

El proceso penal requiere la decisión que tienda a la protección del derecho violado y a mantener el equilibrio jurídico en ese momento, el juzgador representa el interés social y debe regir sus procedimientos con estricto apego a la ley.

Así tenemos, que las sentencias pueden ser condenatorias o absolutorias y definitivas o interlocutorias. Nos referimos, en este momento del proceso, de la resolución definitiva que puede ser, como ya dijimos, absolutoria o condenatoria.

Aunque el Código de Procedimientos Penales para el D.F. no contiene una estructura obligatoria de sentencia definitiva cuando trata los procedimientos ordinario y sumario, en la práctica, la sentencia adopta la forma establecida para los procedimientos ante el jurado popular;⁷⁸ la que contendrá :

1.- Lugar, día, mes y año en que fue pronunciada

⁷⁷ ROCCO, Ugo, citado por GONZALEZ, Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ed. Porrúa, 1985. p. 232.

⁷⁸ Art. 385 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.

- 2.- Nombre y apellido de los enjuiciados. sobrenombre si lo tuviere, lugar de nacimiento, edad, residencia o domicilio y profesión
- 3.- Los hechos delictivos imputados y sus circunstancias de modo, tiempo y ejecución, los que acentará bajo el título de "Resultado"
- 4.- Fundamentos legales de la sentencia que se pondrán en orden numérico bajo la palabra de "Considerando"
- 5.- La condenación o absolución del acusado
- 6.- La firma del Juez y del Secretario o de los testigos de asistencia

Por su parte y a mayor abundancia, los artículos 14 y 16 constitucionales establecen la garantía individual de estricta legalidad; en la especie, las sentencias deberán de estar debidamente fundadas y motivadas y dictadas conforme a las leyes vigentes.

Si el Artículo 52 y siguientes del Código Penal Vigente, en tratándose de sentencias condenatorias, obliga al Juez a considerar los elementos que se marcan, entonces, la sentencia necesariamente debe contener ese estudio analítico que la misma ley exige ya que de lo contrario, la sentencia será ilegal y consecuentemente inconstitucional.

Una vez que el juzgador termine el análisis del hecho, de la intención del sujeto y de las demás circunstancias de comisión, y, de acuerdo a su criterio, el sujeto resulte penalmente responsable y además imputable, debe dedicar una parte de su sentencia a la individualización de la sanción penal.

En esta parte de los "resultados" deberá de emitir las consideraciones existentes respecto del sujeto desde el punto de vista subjetivo y analizar, en vez de su peligrosidad, su reprochabilidad personal determinada.

Con base en los criterios anteriores, declarará, en los resolutivos, a manera imperativa, la individualización concreta de la sanción penal a imponerse.

Las consideraciones y análisis autónomo que el juzgador efectue respecto de los aspectos subjetivos del sujeto, darán a la sentencia la debida motivación que la Constitución federal exige; y la valoración jurídica de los motivos, serán la debida fundamentación que también la Constitución Federal impone como obligación.⁷⁹

⁷⁹ En la práctica es común encontrar, perdida entre las frases de la sentencia, la oración. "se determinó que el procesado tiene una peligrosidad que oscila entre la mínima y la máxima", el que, sin estar motivado ni fundamentado, generalmente modifica el superior.

Será pues, la sentencia definitiva el momento en que culmine la determinación, valoración y aplicación de la reprochabilidad personal existente en el condenado por la conducta delictiva cometida; resolución que, de acuerdo a nuestro sistema judicial; puede ser revisada para confirmarla o modificarla.

C) Revisabilidad de las sentencias

Los medios de impugnación son actos procesales que las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos.

La revisión de las sentencias se puede realizar con la interposición de dos medios jurisdiccionales:

- a) Apelación
- b) Juicio de Amparo

En la especie, es relevante hacer mención de que ambos medios de revisión, independientemente de revocar o modificar el fondo del negocio, pueden resolver respecto de la individualización de la sanción penal impuesta con base en la reprochabilidad personal determinada.

Así tenemos que, en tratándose de apelación, la sala correspondiente puede confirmar el criterio del juzgador en el sentido de tener por penalmente responsable al reo. sin embargo, modificar la individualización de la pena en atención a sus consideraciones y de esta manera reducirla o ampliarla.

Esta es la última oportunidad judicial para revisar concreta y autonomamente la sanción penal impuesta ya que el juicio de amparo hace un estudio general y se concreta a determinar si la justicia federal ampara y protege al quejoso en general pero no puede modificar la sentencia de la sala reduciendo o ampliando la sanción penal impuesta.

Esto quiere decir, que los medios existentes para la revisión de las sentencias dan la posibilidad al reo de ser beneficiado en parte o en todo.

5.- Reincidencia

Un hombre puede cometer varios delitos, sea que los haga en forma de concurso real, sea que con el mismo hecho infrinja varios tipos penales, como en el concurso ideal; pero también puede delinquir varias veces sucesivas antes o después de haber sufrido condena. En el primer caso se da la reiteración; en el segundo, la reincidencia propiamente dicha.

Comunmente, la reincidencia opera como efecto acrecentador de la pena; la adecuación de la condena al reincidente se hace con mayor intensidad, con mayor gravedad.

Para conocer respecto de la reincidencia, en todas las causas penales se manda pedir de la Dirección de Reclusorios y centros de readaptación social, una constancia de anteriores ingresos a prisión.

Este informe que debe obrar en autos es determinante también en el conocimiento de la reprochabilidad personal que pueda existir, ya que la reincidencia habla de la poca o nula reprochabilidad personal efectiva, lo que podría llevar al juez a imponer una pena mayor a la que impondría de no existir la reincidencia.

El Código Penal Federal previene que hay reincidencia²⁰ siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la república o del extranjero cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual a la de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la propia ley.

Para que a un sujeto se le considere como delincuente habitual, es necesario que la reincidencia recaiga sobre el mismo género de

²⁰ Artículo 20

infracciones procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de 10 años.

Para ser considerado delincuente habitual, primero se debe ser reincidente.

Un delincuente considerado como habitual, arroja poco grado de reprochabilidad personal por lo que es dable imponerle severa sanción dentro de los parámetros establecidos por el legislador en la ley sustantiva.

Por lo tanto, sostenemos que la reincidencia y la habitualidad delictiva son elementos que, junto con los estudios de personalidad existentes, auxiliarán a la determinación de la reprochabilidad personal existente y consecuentemente, a la individualización de la sanción penal.

C A P I T U L O V

ANTEPROYECTO DE LA REFORMA AL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO
52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

CAPITULO V.- ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

Infructuoso sería este trabajo de tesis si, además de las posiciones que proponemos y que quedarán sintetizadas en las conclusiones, no propusiéramos concretamente una reforma legislativa que consideramos impostergable en el artículo 52 del Código Penal Federal, concretamente, en su párrafo tercero.

Actualmente, el párrafo sujeto a reforma reza:

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

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

El párrafo antes transcrito, contiene un catalogo autónomo de condiciones y elementos a analizar en el sujeto; entre ellas son excluyentes e independientes. El último elemento de este párrafo

que dice: "Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestre su mayor o menor temibilidad", es precisamente el elemento con el que nos inconformamos y que dio origen a esta tesis, en la que, de acuerdo a todo lo manifestado en sus diversos capítulos, estamos convencidos de la necesidad de derogar a la temibilidad, incluyendo a la reprochabilidad personal comprobada, pero no en la misma forma actual con la que únicamente nos limitaríamos a sustituir palabras y términos. Sostenemos que las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión son, y así deben ser tratadas, independientes de la temibilidad personal comprobada, por lo que serán elementos de diversa consideración".

El resultado y aplicación de los conceptos vertidos en todo el Desarrollo de este trabajo de tesis, nos invitan a proponer, como anteproyecto de reforma, el siguiente:

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

3.- Las condiciones especiales en que se encontraba al momento de la comisión del delito; los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse; sus vínculos de parentesco de amistad o nacidos de otras relaciones sociales; la calidad de las personas ofendidas; Las circunstancias de Ejecución en relación al tiempo, lugar, modo y ocasión; y. el grado de reprochabilidad

personal que en él exista y que se determinara mediante estudios oficiosos de personalidad, con base en el informe de anteriores ingresos a prisión, y con cualquier medio probatorio que la ley establece y que lleve a la determinación unívoca de esta condición.

Nunca hemos pretendido empalagarnos con la idea de que tenemos la razón absoluta, proponemos una reforma legislativa, a nuestro juicio, impostergable, que, sostenemos, sería un paso importante en nuestra evolución penal, pero reconocemos que no es el único aspecto a tratar, cada una de las disposiciones y procedimientos merecen una profunda revisión y actualización.

La práctica diaria de la abogacía criminal deja mucho que desear, tal vez la ley no sea el origen de las irregularidades y consecuencias del sistema penal, Mexicano. Pero, sin lugar a dudas, su reforma puede ser el primer y definitivo gran avance hacia la concepción real de nuestro actual y amorfo concepto de "justicia".

Si algún día se adoptan los conceptos vertidos en este trabajo, sólo el tiempo, tal vez nos dará la razón: si no, nos conformaremos tan sólo con haber creado la inquietud de pensar, seriamente, en reformar nuestro sistema penal, tan digno para unos, tan indigno y vil para otros. He aquí un intento.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

1.- El Derecho Romano ya manejaba el concepto de reprochabilidad personal de la conducta; el hecho de devolver o no lo robado, y su consecuente sancion menor o mayor respectivamente en el fortum que constituye el primer antecedente de la reprochabilidad de la conducta por parte del mismo sujeto delincuente.

2.- La Revolucion Francesa introdujo importantes elementos a los sistemas penales en casi todo el mundo tales como: suma de garantias al acusado, para el analisis del delito se parte el hecho mismo de ahí hacia la intención del sujeto (escuela clasica del Derecho Penal); la individualizacion de la sancion penal es directamente proporcional a la peligrosidad del sujeto.

3.- Mexico ha adoptado principios esenciales del Derecho Romano y del Frances, y que fueron modificados substancialmente por virtud de la Revolucion Mexicana de 1810.

4.- El Codigo Penal Mexicano de 1931 es el primer ordenamiento legislativo que especifica y da reglas a los jueces para individualizar la sancion penal.

5.- Asimismo, el Código Penal Mexicano de 1931 regula específicamente la temibilidad del sujeto como fundamento de la pena como elemento para individualizar la sanción penal pero omite la aplicación y consideración de la reprochabilidad que sólo se aplicaba en el tratamiento penitenciario.

6.- Los postulados aportados al mundo por la Revolución francesa fueron, en su momento la solución ideal al problema de la edad media, pero, han evolucionado y es necesario que los Códigos evolucionen en la misma medida. Los conceptos de peligrosidad y objetividad ya han sido superados.

7.- La temibilidad o peligrosidad es una característica intrínseca y permanente de un ser que produce el rechazo de los demás seres que lo rodean; lo que se traduce en un estado de cuidado o alarma y consecuentemente, el implemento de medidas de seguridad.

8.- La temibilidad es un factor criminógeno, pero no la justificación de la sanción penal.

9.- Cuando en un sujeto influyen determinados factores externos e internos, puede reaccionar cometiendo un delito y por lo mismo, esa conducta delictiva no es necesariamente proporcional a la peligrosidad del sujeto pues no se basa en ella ni es su efecto.

10.-Cuando existe un juicio de reproche que va de fuera del sujeto hacia él, nos encontramos en presencia de la reprochabilidad general; será personal el juicio de reproche que vaya del sujeto delincuente hacia él mismo, y esta es a la que nos referimos en este trabajo de tesis.

11.-La reprochabilidad personal se actualiza judicialmente en amplio sentido con posterioridad a la comisión del delito; puede ser entendida como un estado psíquico de arrepentimiento eficaz en mayor o menor grado. Esta actualización debe ser determinada y posteriormente valorada por el Juzgador.

12.-Aunque la reprochabilidad personal existe antes de cometer el delito y ésta regulara la conducta del sujeto, solo es relevante desde el punto de vista jurisdiccional en la fase externa del inter criminis.

13.-Es indiferente que el delito sea doloso, imprudencial o preterintencional para considerar a la reprochabilidad personal como elemento para individualizar la sanción penal.

14.-La reprochabilidad personal que eventualmente pudiera existir, debe ser detectada, desde las primeras diligencias que practique el Ministerio Público Investigador.

15.-En la averiguación previa, además de las diligencias que deben de existir para cada delito en particular, siempre se debe practicar una prueba pericial psicológica tendiente a determinar el grado de reprochabilidad personal que puede existir hasta ese momento, que sólo servirá, antecedente evolutivo.

16.-En la primera etapa del proceso penal, es irrelevante considerar a la reprochabilidad personal existente, ya que en ese momento de la actividad jurisdiccional no se trata de individualizar sanción penal alguna, sino de dictar el auto de término constitucional.

17.-En la segunda etapa del proceso penal, llamada instrucción o sumario, es necesario desahogar probanzas tendientes a la determinación de la reprochabilidad personal existente, lo que se hará con un estudio de personalidad, que se mandará pedir de oficio; con la observación judicial y con el informe penitenciario.

18.-En la fase del juicio, tanto el Ministerio Público como la Defensa pueden hacer uso de la reprochabilidad personal detectada ya sea en beneficio o perjuicio del procesado.

19.-La sentencia penal debe contener un estudio autónomo y específico de la reprochabilidad personal determinada, incluyendo las pruebas desahogadas, el valor jurídico que se le dá a cada

una de las probanzas y consecuentemente el grado detectado de éste elemento para que, en los puntos resolutivos se concretise la individualización penal respectiva.

20.-La pena privativa de libertad, dirigida a quienes no han delinquido, tiene como finalidad lograr la readaptación social del condenado, que siendo una capacidad eminentemente subjetiva, no puede ser medida tomando como base única y exclusivamente elementos objetivos, y ya que la capacidad resocializadora puede ser determinada y conocida por peritos psicólogos y criminólogos, es necesario derogar el elemento más objetivo y menos exacto de los que contiene el Artículo 52 del Código Penal Federal, que es la temibilidad, y legislar sobre la reprochabilidad personal.

21.-La reincidencia y delincuencia habitual serán elementos también a considerar al momento de dar valor probatorio al grado de reprochabilidad personal existente y estas consiciones normarán indudablemente el criterio del juzgador al individualizar la pena.

22.-La regulación legal de las condiciones de reprochabilidad personal determinadas, la contiene el anteproyecto de reforma del párrafo tercero del Art. 52 del Código Penal Federal que hemos expresado en el capítulo anterior.

23.-Finalmente, consideramos que el aspecto del que trató este trabajo es sólo uno de los que deben de ser estudiados y analizados a fondo por parte de quienes crean las leyes del país, y por parte de las autoridades que tienen la carga de aplicar las leyes criminales en su conjunto.

BIBLIOGRAFIA

IV.- BIBLIOGRAFIA DE CONSULTA:

A.- Legislación Mexicana;

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de Febrero de 1917, Ediciones Porrúa S.A., Mexico. 1988.

Constitución Política de la Republica Mexicana del 5 de Febrero de 1857, Ediciones Partido Revolucionario Institucional, Mexico, 1987.

Codigo Penal para el Distrito Federal en materia del fuero comun y para toda la republica en materia de fuero federal, publicado en el diario oficial de la federacion el dia 14 de Agosto de 1931, ediciones Porrúa S.A., Mexico. 1988

Ley que establece las normas minimas sobre readaptacion social de los sentenciados , publicada en el Diario Oficial de la Federacion el dia 19 de Mayo de 1971, Editorial Porrúa S.A., Mexico. 1988

Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del distrito federal, publicada en el Diario Oficial de la Federacion el dia 2 de Agosto de 1974., Editorial Porrúa S.A., Mexico. 1988

Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de mayo de 1980. Editorial Porrúa S.A., México, 1988

Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de Agosto de 1931, ediciones Porrúa S.A. México. 1988.

Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Agosto de 1934. ediciones Porrúa S.A., México, 1988.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de Enero de 1954, ediciones Porrúa S.A., México, 1988

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en el diario Oficial de la Federación el día 9 de Agosto de 1985, ediciones Porrúa S.A., México, 1988

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de Diciembre de 1983, ediciones Porrúa S.A., México. 1988

Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del

Distrito Federal, publicada en el diario Oficial de la Federación el día 13 de Agosto de 1985, ediciones Porrúa, S.A., México, 1988

B.- Doctrina.

ALMARAZ, José. El Delincuente. Primera Edición, Editorial Librería de Manuel Porrúa S.A. México 1960.

BASIGALUPO, Enrique. Estudio del Derecho Penal y Política Criminal. Ed. Cardenas, México 1989, /

BETTIOL, I. Derecho Penal (Parte general). Ed. Temis, Bogotá 1965.

CARNELUTTI, Francisco. Teoría General del Delito, Primera Edición, Ed. Argos Calí Colombia, Traducción al Español, México 1985.

CARRANCA, y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Décimo segunda Edición, Ed. Porrúa S.A. México 1986.

CASTELLANOS, Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésimo tercera Edición, Ed. Porrúa S.A., México 1986.

CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, Volúmenes I y II. Décimo cuarta Edición, Ed. Vosch, Barcelona 1980.

DEL POINT, Luis Marco. Derecho Penitenciario, Primera Edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1984.

DIAZ, de Leon Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales, Segunda Edición, Ed. Porrúa S.A., México 1986.

FERRER, Sama Antonio. Comentarios al Código Penal, Ed. Porrúa México 1946.

FERRI, Enrico. Sociología Criminal, Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1978, Traducción del Texto Original en Francés.

FLORIS, Margadant Guillermo. El Derecho Privado Romano, Ed. Esfinge S.A., México 1983.

GARCIA, Ramirez Sergio. Derecho Procesal Penal, Cuarta Edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1983.

GARCIA, Ramirez Sergio. Estudios Penales. UNAM, México 1987.

GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Ed. Astrea, 1985.

GOMEZ, Eusebio E. Tratado de Derecho Penal. Ed. Espasa Calpe. Madrid 1960.

GONZALEZ, Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Octava Edición, Ed. Porrúa S.A., de Mexico, 1985.

JIMENEZ, de Azúa. Tratado de Derecho Penal. Ed. Porrúa, Mexico, 1986.

LOMBRERA, Pallares Enrique. Constitución de 1857. Ed. Leon, México 1986.

MANCILLA, Ovando Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Primera Edición, Ed. Porrúa S.A., México, 1988.

MARCHIORI, Hilda. El Estudio del Delincuente, Primera Edición. Ed. Porrúa S.A., México, 1982.

MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal. Cuarta Edición, Ed. Porrúa S.A., México, 1985.

MARQUEZ, Piñeiro Rafael. El Tipo Penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Primera Edición, UNAM, México. 1986.

OSORIO, y Nieto Cesar Augusto, La Averiguación Previa, Ed. Porrúa, México, 1989.

PALOMAR, DE Miguel Juan. "Diccionario para Juristas" Ed. Mayo, 1989.

PAVON, Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Tercera Edición, Ed. Porrúa S.A., México, 1982.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Epoca S.A., México, 1983.

PORTE, Petit Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. UNAM, México, 1958.

REAL, Diccionario de la Lengua Española (real academia). Ed. Time Life, Barcelona, 1988.

Revista Internacional de Derecho Penal, México 1933.

RODRIGUEZ, Manzanera Luis. Criminología. Quinta Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985.

RODRIGUEZ, Muñoz, José Arturo. Principios de Derecho Criminal. Ed. Porrúa, México 1938.

VELA, Treviño Sergio. Antihuridicidad y Justificación. Tercera Edición, Editorial Trillas, Mexico, 1985.

VELA, Treviño Sergio. Culpabilidad e inculcabilidad. Tercera Edición, Ed. Trillas, México, 1985.

VELA, Treviño Sergio. La Prescripción en Materia Penal, Cuarta Edición, Ed. Trillas, México, 1985.

VON HENTING, Hans. Estudios de Psicología Criminal. Tomo II, Tercera Edición, Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1971.

ZAFFARDONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general, Segunda Edición, Ed. Ediar S.A., Buenos Aires Argentina. 1979.

ZAMORA, Pierce Jesús. Garantías y Proceso Penal, Segunda Edición, Ed. Porrúa S.A., México, 1987.