

877207

60
94

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.

Facultad de Derecho Incorporada a la
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO.**

Clave 8793-09.

**"AGRAVACION DE LA PENA DEL DELITO DE VIOLACION
POR VINCULOS PARENTALES"**

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO.

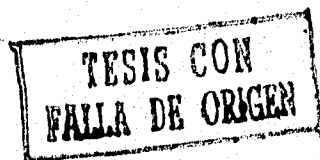
Presenta:

GLORIA TOVAR ROMERO

Celaya, Gto.

Mayo de 1996.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

"AGRAVACION DE LA PENA DEL DELITO DE VIOLACION POR VINCULOS PARENTALES"

CAPITULO I EL PODER PENAL DEL ESTADO

A) El <i>Ius puniendi</i> y el Estado.....	1
B) El derecho penal como control social.....	8
C) La prisión como problema.....	13
D) El costo económico y social de la prisión.....	17

CAPITULO II LA MODERNA PENOLOGIA.

A) Los principios de la pena.....	26
B) Los fines de la pena.....	30
C) La pena privativa de libertad.....	34
D) Culpabilidad de autor y culpabilidad de acto.....	38

CAPITULO III LA PRUEBA DEL PARENTESCO EN MATERIA PENAL

A) Concepto, objeto, órganos y fin de la prueba.....	47
B) Principios de la prueba penal.....	53
C) La prueba del parentesco en la teoría del proceso.....	62
D) El parentesco en materia penal.....	68

CAPITULO IV. CALIFICATIVAS Y AGRAVANTES COMO CUESTIONES POLITICO-CRIMINAL PENALES.

A) Política criminal y dogmática.....	72
B) El principio de culpabilidad como límite de la pena.....	80
C) Definición de calificativas y agravantes y su incidencia en la punición.....	88
D) El ataque sexual por sujeto activo cualificado.....	94
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	107

INTRODUCCION

Cuando en nuestro medio social se actualiza una conducta penalmente relevante como aquella a la que la doctrina mal llama : - "delitos sexuales". enseguida la idea se asocia a que el autor sea merecedor de un justo castigo, a veces también, la sociedad desea que la sancion sea ejemplarizante, actitud que adquiere un grado superlativo si el sujeto activo tiene una relacion parental con la victima. porque ahi tal individuo pone de manifiesto su nulo respeto por los vinculos de parentesco pero cuya cercania le facilita la consumación de su incalificable accion.

Bajo esta premisa, debe el Estado brindar mayor seguridad a la victima no sólo a traves de sus Instituciones como en Guanajuato, que en la Ley Organica del Ministerio Público se describe la:- "Unidad de Atención a las Víctimas de Delitos Sexuales". donde inclusive se cuenta con agencias investigadoras especializadas, asi pues, como que el propio Estado en ejercicio de su potestad represiva debe poner coto a la agresión sexual, pues tenemos que recordar que no todos los ataques son denunciados, pero al menos ya el peligro de una fuerte pena de prisión haria dudar al agresor y a la postre, estimo, se disminuirian ese tipo de conductas.

Esta idea general constituye la inquietud que motivo la investigación principal de mi tesis, a la que divido en cuatro capitulos que encierran los pilares de mi inicial hipótesis que espero sea compartida por mis sinodales, es decir, el aumento de la pena de prisión cuando en la violación el sujeto activo mantiene una relación de parentesco con su victima. Y asi ...

Dentro del primer capitulo al que le llamo "Derecho Represivo Estatal" busco el modo de que se entienda la facultad punitiva del Estado, pero no como un mero ejecutor sino como un instrumento necesario para reprimir conductas antisociales, que a su vez inciten a las victimas a fincar su denuncia, solo que de ninguna manera hemos de perder de vista que el derecho penal es un

medio de control social y quizás la última "ratio" . habida cuenta que en la prisión únicamente se interne al delincuente culpable y de un peligro mayusculo.

Mientras que en el segundo capítulo :- "La Moderna Penologia" . han de ser motivo de analisis los principios de la pena, sus finalidades, pero abocadas a la sancion privativa de libertad, porque ahora la dogmática naciente ha cambiado la forma de castigar, reprimiendo mas al autor de un delito por su acción misma que por su personalidad, sin embargo, a pesar de tales conceptos veremos como existen conductas que en su consumacion producen un serio escozor a la sociedad y trascienden a la familia, a veces para destruirla y otras para separar a sus integrantes, el enfoque que aqui le doy es de llamar la atencion.

En el capítulo tercero "La Prueba del Parentesco en Materia Penal", se verá el conflicto que surge entre dos ramas del derecho, la penal y la civil, puesto que sabemos en la primera las formalidades de la segunda no son tan exigibles y la libertad de prueba permite su demostración con la única limitante de no ser contrarias a las buenas costumbres y la moral. Aquí, como el trabajo de tesis se inclina a la materia penal y en esta los medios de prueba son diversos, solo baste recordar que en la identificación de cadáveres, ésta se logra mediante el dicho de testigos, entonces, la misma razón valdria para demostrar también el entroncamiento entre víctima y victimario, aunque a decir verdad, formalmente si la carga de la prueba incide en el interés del Fiscal lo correcto seria acreditarlo mediante la respectiva acta de nacimiento de los actores para cuando se tratara de sentencia.

Así, pasando al cuarto capítulo "Calificativas y Agravantes como cuestiones político-criminal penales" , se convierten en materia de estudio aquellas condiciones que fincan una recta política criminal de la que la mayor parte de los Estados de la República carece, pero que de observarse redundan en limitar la pena al principio de culpabilidad del agente activo, aunque en veces es menester amplificar un tipo penal, como en el caso, el de violación, para cualificar al sujeto

activo y pasivo, que se convierta pues, a la postre en una condicion que haga superior el "dolus malus" del acusado.

De esta suerte, en las conclusiones se precisan los principios y razones que animan la necesidad de incrementar la pena de prisión para lo delitos de violación cuando tenemos una relación de parentesco entre la víctima y su victimario dado que en ese supuesto con mayor severidad debe actuarse por parte de los órganos represores del Estado.

Asi entonces, estoy consiente que quizas mi postura no parezca sana, pero a cambio creo que el aumento a la pena privativa de libertad en la violación por vinculo parental resultaria un justo límite estos ataques en que se favorece la situacion y el modus operandi del autor.

CAPITULO I EL PODER PENAL DEL ESTADO

SUMARIO: *A) El Ius puniendi y el Estado. B) El derecho penal como control social. C) La prisión como problema. D) El costo económico y social de la prisión.*

A.- EL IUS PUNIENDI Y EL ESTADO

"Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, todas las sociedades han poseído un sistema de penas. De carácter privativo o público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de carácter humanitario, la pena, con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y en todos los tiempos"(1).

Pero conformarse con la enunciación de un hecho sin siquiera asomarse a sus principios y aceptarlo como una realidad inobjetable que debe cumplirse inexorablemente, sobretexto de que se trata de vana disquisición, implica negar que aun la estructura más practica tiene una lógica interna cuya raíz se explica filosóficamente ¿por que se castiga?, ¿quien esta legitimado para hacerlo? y, más aun, ¿en que se basa la facultad punitiva?

Se trata de saber, como enfáticamente lo apunta Carrara, si ese hecho, repetido durante tanto siglos y en virtud del cual se despoja de los mas sagrados derechos a una criatura humana, contra su voluntad, en un abuso de la fuerza y el ejercicio irrecusable de un derecho.

Para contestar a estas interrogantes no basta con adoptar una postura cómoda y simplista que afirme que se castiga porque en el mundo fáctico se presenta un acontecimiento que altera un orden jurídico, que es el Estado quien debe salvaguardar ese equilibrio, y que es una ley

sancionada por una autoridad la que lo legitima; es necesario por contrapartida, buscar su fundamento verdadero, porque tal como lo decía Bernad Russell, el solo hecho de llegar a definir un concepto implica ya asumir una corriente filosófica.

Cuando el hombre apareció sobre la faz de la tierra, sintió la necesidad de comunicarse y convivir con sus semejantes, pero por su misma naturaleza, pronto descubrió que las diferencias en la manera de ser y de pensar de sus congéneres, le ocasionaba constantes enfrentamientos que lo obligaron a crear un orden armónico que rigiera pacíficamente su diario devenir.

"Por imperativo de vida, el Derecho a castigar también llamado *ius puniendi* o *ius gladii* (Maggiorei Papini), sigue a las sociedades humanas a lo largo de su historia. Considerado como un derecho individual o como un poder del Estado, la verdad es que la sanción a permanecido como un conjunto de sentimientos a los que Ferri llamó justicia penal".(2)

Joaquín Francisco Pacheco afirma que el derecho de castigar es uno de esos axiomas sentidos antes de ser justificados, y que se impone, sea cual fuere el grado de civilización de manera imperceptible.

"El fundamento de la potestad atribuida al poder social para reestablecer la normalidad jurídica mediante el castigo del delincuente antes que las leyes escritas, estaba grabado en el corazón del hombre, era percibido por su conciencia y su razón, lo presentaba al entendimiento como una norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva"(3)

Adviértase que esta atribución es inseparable de la vida misma, pero no en todas las épocas se ha justificado de igual manera, e incluso ha habido quienes no la han considerado como un derecho, sino como un deber.

Existe una variadísima gama de teorías que intentan dilucidar la génesis del ius punitiois que, en mi opinión, quedan reducidas a dos grandes grupos enarbolados por maestros italianos:- el primero, al fijar la atención en el aspecto objetivo de la pena, enseña que las posiciones adoptadas son absolutas y relativas, según esta tenga en sí misma su razón de ser o esté motivada por un hecho extrínseco; en cambio, el segundo, desde un punto de vista subjetivo, sostiene que el castigo no puede tener más que dos verdades, esto es, o bien procede del derecho del individuo, o bien de la sociedad.

Maggiore, exponente de la primera doctrina y citando la fórmula de Séneca, afirma que se castiga porque se ha pecado -punitur quia peccatum- (fin en sí mismo), o se castiga para que no se peque -punitur ne peccetur- (hecho ajeno), pero admite que como la pena nunca puede considerarse como un fin sino como un medio, filosóficamente es más correcto dividir las escuelas en naturalistas y espiritualistas (o idealistas), según incidan en el orden material o natural, o influyan en el ámbito ético y metafísico trascendente.

Es obvio que esa teoría, fundada en un precepto individualista, tiene franca aplicación pero sería grotesco, en el otro sentido, que el Estado estuviera en guerra contra los criminales, súbditos suyos y sobre los cuales ejerce plena soberanía. En puridad este castiga al delincuente, no porque tenga que defenderse de él, sino por que con su acción criminosa a lesionado las leyes expedidas para proteger al pueblo y han pasado por alto la autoridad que la sociedad le ha otorgado.

A mi parecer, sin mayor argumento Carrara crítica acérrimamente el carácter ético pedagógico de esta postura al escribir que "desnaturaliza la pena al confundir el derecho punitivo con la utilidad y al hacerlo derivar de un interés social". También desaprueba que quienes objetan estos conceptos digan que hay que castigar aunque se demuestre que la pena no ha corregido ni

a un sólo transgresor de la ley, ni ha impedido un solo delito. Creo que la función punitiva debe vincularse al propósito de rehabilitación.

Puede mencionarse también, como parte del espiritualismo, la llamada teoría de la retribución, cuyo postulado esencial establece que "al bien le sigue el bien, y al mal, el mal", en sus definiciones se descubren tres elementos:- a) Un ordenamiento de leyes (sea divino, moral o jurídico), b) Una acción que se adecúa a el o lo transgrede y, c) Una sanción que afirma de nuevo el orden violado, retribuyendo con el bien, el valor del cumplimiento, y con el mal el disvalor de la transgresión. Por ser eminentemente jurídica, será objeto de estudio en la sección correspondiente.

La otra gran división teórica a que ya me referí la constituyen las posturas que tratan de explicar el origen del ius gladii atendiendo al sujeto del que procede; de este modo, las ideas individualistas de Locke se contraponen a las de Puffendorf, a quien durante largos años se le debió la creencia de que este derecho nace de la asociación de sujetos que forman la población del Estado.

El filósofo inglés afirma que todo derecho debe satisfacer, como contenido necesario, la facultad de su propia defensa, porque de otro modo no tendría en sí mismo la facultad de garantizar su eficacia, por otra parte, en virtud de que el hombre esta investido de inteligencia y voluntad y, por lo tanto de dignidad, su naturaleza le da poder para hacer valer sus derechos.

"Para conocer el derecho a castigar, es necesario investigar previamente en que condiciones han sido colocados los hombres por la naturaleza. Y después de establecer cuales son estas condiciones y que otras, las de la libertad y la igualdad perfectas, reguladas por la ley de la razón prohíben a los hombres dañarse, observa que para los casos en que dicha ley fuese violada, la misma naturaleza provee a cada individuo el derecho a castigar al autor de la violación... en efecto, cada uno posee un poder sobre sus semejantes; poder no absoluto ni arbitrario, sino guiado por la razón" (4)

Como corolario, se proclama que ante el transgresor de la ley surgen dos derechos: - el de exigir la reparación del mal sufrido y el de suprimir el delito e impedir que se cometan otros; este último compete al poder civil, y constituye el verdadero y propio ius puniendi.

Nótese que para esta posición, el origen del derecho esta en el individuo mismo, y la sociedad lo ejerce sólo como representante suyo, ya que a este, al igual que a los demás asociados, aunque no hayan sido afectados directamente, les interesa la tutela del ofendido, para que de ella surga la defensa de todos y cada uno contra futuras agresiones similares.

Exactamente de forma opuesta, el jurista alemán Puffendorff indica que ius pinitioni tiene su origen en la sociedad como un hecho espontáneo, producido por la asociación misma. Este autor explica que, descartando las teorías que dan relevancia a la voluntad divina o aquellas que identifican el derecho de castigar como un poder meramente natural, el problema en dilucidar de que modo el fundamento penal se constituye de acuerdo con un contrato social, porque le surgió la duda de si se trataba de transferir al poder social alguno de los derechos originarios del Estado de naturaleza, o más bien de un derecho nuevo o diverso de aquellos que emanaba después de la formación del agregado político. Enfáticamente concluye diciendo que "en el mundo moral un cuerpo colectivo puede poseer, en virtud de la unión de todos los miembros que los componen, alguna facultad de que se encuentren desprovistos los miembros singulares".

Tal como lo descubre Carrara "la autoridad social ejerce el ius puniendi, porque los hace con mayor fuerza, seguridad y eficacia que la que podría emplear el individuo aislado; pero la suma de los derechos de cada asociado, que hace más poderoso su ejercicio no cambia la naturaleza del derecho originario por que sigue siendo siempre el mismo ius gladii que preexistía en el sujeto". (5)

Para quien se ubica frente a estos fenómenos en una perspectiva humanista y democrática (que trae de suyo una posición crítica y comprometida), para quien acepta que el orden de la sociedad surga sobre todo el consenso y que el desarrollo del individuo sea producta de la libertad, conciliada con la justicia (esto es, para quien mantiene el crédito en la esperanza en el llamado derecho penal liberal) el orden jurídico punitivo es apenas la última expresión jamás la primera, del control social.

Por su carácter drástico irresistible y por no haber más allá de él otras herramientas jurídicas de control, pues integra la frontera difusa entre la justicia y la violencia, la pretensión punitiva debe plantearse tardía y escasamente; ha de tener siempre una aparición rezagada. Decimos tardíamente, porque accede al final de otras instancias jurídicas y sociales a las que no quieren ni debe anticiparse. Y agregamos, escasamente, porque debe advertir sólo cuando sea inevitable en cuanto a los individuos y en la medida estrictamente indispensable, en cuanto a la calidad y cantidad de las medidas. Estas pretensiones en cambio, aparecen contradichas bajo un sistema autoritario, que apela apresuradamente, densamente, a la represión; aquí está anticipada como intensa.

"La intimidad política del sistema penal que le confiere su apariencia más dramática y preocupante para el iuspenalista, ha sido advertida universalmente. Para hablar del primero entre los clásicos -más un político y un humanista que un hombre de leyes-, recordemos que Beccaria sostuvo que, "si hubiese una escala universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y de libertad, del fondo de humanidad o de mandar de las distintas naciones". Y nuestro Mariano Otero, que laboriosamente refirió la situación del régimen penal en México, pudo dentro de la misma línea de indagaciones sostener que la legislación criminal es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales... En esto consiste la sanción de las leyes; de ellos depende la realidad de la legislación, y en esto se prueba más que en alguna otra parte la combinación de talentos el progreso de la ciencia".(6)

En el corazón de estos apremios y de estas controversias, surge y se rescata la polémica sobre las penas. Foucault observa que la ejecución de estas desde el gran espectáculo público de la pena de muerte, que agitar e involucrar a toda la sociedad hasta el máximo silencio y el retraimiento característicos de las primeras prisiones del denominado, tal vez incesante período humanitario, que aspiraba a formar excelentes prisioneros, a costa de reducir, estrechar, destruir, inclusive cualquier aproximación a la libertad.

Parece evolucionar -diríamos desde el orgullo de pensar hasta la vergüenza y el ocultamiento de la pena. La prisión que en nuestros días sigue siendo impugnada y envejecida la pena cuantitativa y cualitativamente más importante, es la sede precisa de este extraño movimiento, de este aparente escrúpulo social:- ocultar los presos al mundo y el mundo a los presos.

La cárcel, como microciudad que recibe, refleja y extrema los hechos de la vida exterior -autoritarismo o democracia, violencia o justicia, humanismo o transpersonalismo-, es una expresión radical de la existencia y del régimen prevalecientes fuera de ella. por eso tuvo razón sobrada Angela Davis al afirmar que "según un principio consagrado por el tiempo, en nivel de progreso general o del retroceso de cualquier sociedad nos esta dado por sus prisiones".

Es evidente que el sistema penitenciario, como marco en el que se agita, en última instancia el hecho de la represión, y las cárceles y las penitenciarías, que la concretan agudamente, surge bajo determinados puestos, dinámicos todos ellos, que ahora conviene recordar:- el delito y sus transformaciones, los conceptos mudables acerca del delincuente, los cambios formales o sustantivos de la pena.

Sociológicamente el delito entraña un fenómeno de contradicción que se documenta en la ley penal entre la conducta individual (y social, eventualmente) y el valor comunmente aceptado (o el supuestamente admitido por la mayoría); es decir, entre el bienestar de uno, con todo lo

que reprochable o aún patológico pueda tener y el real o hipotético bienestar de todos, con cuanto de justo o injusto pueda poseer.

En una consideración rápida y mecánica se concluye que si el delito afecta la integridad biológica, social, moral o patrimonial de la sociedad, incluso su vida, es preciso actuar por contrapartida o en revancha, contra la integridad y también la vida del delincuente. De esta suerte, la mutilación opera sobre la integridad biológica, el destierro y la prisión sobre la integridad social; la infamia y el estigma sobre la integridad moral; la multa, el decomiso y la confiscación, sobre la integridad patrimonial; y finalmente de una sola vez la pena capital cercena la vida

B.- EL DERECHO PENAL COMO CONTROL SOCIAL

El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señaló en principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables.

"De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación del cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia, su efecto inhibitor."(7)

La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo concreto.

Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad.

"El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contraenfáticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No hay alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social". (8)

Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho Penal completamente desconectado de las demás instancias de control social.

Es más, un derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídico-penal, el derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea

consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e interrealización de determinadas pautas de comportamiento.

Las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal y otro sistema de control social son más bien de tipo cuantitativo: - el Derecho Penal constituye un plus adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige.

Por todo aquello, se puede decir que el derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del "iceberg" que representa los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único ni el más importante. Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa la sociedad.

De nada serviría ni la conminación penal contenida en las mismas ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. La conciencia moral, el "súper yo", la "ética social" se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas, y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales.

Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal. Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna la norma penal al inhibir estos comportamientos, sino va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios.

De aquí se deduce que la norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras.

Esta claro pues, que la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Un Derecho Penal sin esa base social previa sería tan ineficaz, como insoportable y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un derecho penal puramente represivo, que solo tendría eficacia como instrumento de terror. Pero también, la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz sino fuera confirmada y asegurada en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho Penal.

Y es presumible que la renuncia del derecho penal en las actuales circunstancias no suponga ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, si no más bien lo contrario:- que las tareas reservadas tradicionalmente al derecho penal sean asumidas por otras instancias de control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas, consiguiendo con ellas, no eliminar el derecho penal, sino algo peor que el derecho penal mismo, o que se cambien las palabras, pero no la realidad.

De todo ello deduce actualmente un importante sector doctrinal que la meta preventiva general del Derecho Penal no es la motivación intimidatoria de los ciudadanos, sino la motivación integradora del consenso a través de la confirmación y el aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social.

Con ello llegamos a la causa última que sirve de fundamento a la pena y a los sistemas de control social que regulan la convivencia de la sociedad... la razón del Estado.

La imposición de una sanción, como ya hemos visto se lleva a cabo primariamente a nivel social, en el seno de la familia o de grupos sociales más o menos amplios, en cualquier tipo de sociedad, por primitiva que sea, se da una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo, segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc. los ataques a la convivencia tal como la concibe ese grupo social. Estas normas sociales forman al orden social. Pero ese orden social no es ni mucho menos idílico, sino conflictivo.

La lucha por la posesión de los objetos que median en las relaciones intrapersonales; la contraposición entre el principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todos sus instintos, y el principio de la realidad, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta los de los demás, demuestran que ese orden social, al par que conflictivo, necesita de un orden más coactivo, más preciso y vigoroso que le garantice un cierto grado de respeto y acatamiento a sus normas.

"Históricamente, el orden social se ha mostrado como incapaz e insuficiente para conseguir por sí solo el grado de coacción necesario para que los ciudadanos respeten sus normas. En algún momento histórico, el grupo social recurre a un medio de coacción más preciso y vigoroso que es el orden jurídico. Titular de ese orden jurídico es el Estado que se presenta como el producto de una correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado. El orden jurídico y el Estado no son más que el reflejo o su preestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de asegurar el sistema económico de producción que la correlación de fuerzas sociales necesita en ese momento histórico determinado". (9)

La tesis del Derecho Penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre.

"Mientras haya derecho penal, y en las actuales circunstancias parece que habrá (Derecho Penal para rato) es necesario que haya alguien que se encargue de estudiarlo y analizarlo racionalmente para convertirlo en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, deduciendo además sus contradicciones y las del sistema económico que lo condiciona. Tan absurdo es aceptar globalmente de un modelo acritico el Derecho Penal, como rechazarlo también globalmente calificándolo despectivamente de (brazo armado de la clase dominante). En todo caso, una actitud de esa clase no se puede adoptar como actitud a priori ante el derecho penal, cualquiera que sea el modelo de la sociedad a la que sirva o la razón de Estado a la que obedezca, pues ello conllevaría una contradicción con el propio punto de partida aceptado como hipótesis, el carácter superestructura del Derecho, y una infrautilización peligrosa del instrumento más radical de que dispone el Estado para imponer sus razones o las razones que representa"(10)

En todo caso, si la técnica de interpretación y sistematización del derecho penal permite poner de relieve las graves injustas y desigualdades que le son inherentes, ello incita a plantearnos la necesidad de modificar lo más intensa y radicalmente posible el sistema económico que lo condiciona, lo que ya de por sí sería altamente positivo y una consecuencia progresiva del planteamiento puramente técnico o dogmático.

C.-LA PRISION COMO PROBLEMA

La pena privativa de libertad, la prisión, constituye, por consiguiente, la sanción más característica, lo que no quiere decir que sea estadísticamente la más importante, de todo el sistema jurídico-penal, ostentando además una serie de connotaciones específicamente penales que la distinguen del resto de las sanciones previstas en el Ordenamiento Jurídico.

Cuando la pena privativa de libertad aparece como pena ordinaria en el catálogo de sanciones aplicables a los que habían cometido un delito, nadie pensaba entonces que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, y del modo más duro posible, a los que alguna vez habían quebrantado las normas fundamentales vigentes en la sociedad. En la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionistas de control social, se estaba todavía en la fase más burda de castigar el cuerpo, sin pensar en controlar el alma.

"La impresión de los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del Derecho Penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un derecho penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de los delincuentes. Por otro lado, el progreso de las ciencias de la conducta y, por tanto, de las técnicas de manipulación del comportamiento humano tampoco fue ajeno a esta evolución que se ha traducido en sistemas penitenciarios y de control social más sutiles y sofisticados que los penales tradicionales pero no por ello menos eficaces"(11)

La legislación penitenciaria mexicana se incorpora tarde, a esta evolución pero cuando lo hizo, lo hizo acogiendo con entusiasmo, un tanto acético, los dos principios cardinales del moderno derecho penitenciario:- el tratamiento y la reinserción social del delincuente.

El sistema penitenciario mexicano habría optado claramente por lo segundo y sería el tratamiento del recluso el instrumento ideal que debería culminar todo un sistema pensado para su resocialización. Con ello el sistema penitenciario actual habría llegado a un punto en el que la idea del sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otras más humanas de recuperación del delincuente para la sociedad.

Hasta aquí, el planteamiento ideal o teórico de la cuestión. No constituye, sin embargo, ninguna novedad decir ya en este momento que las cosas no son tan fáciles e idílicas como a primera vista pudiera parecer y que la praxis del sistema penitenciario, por lo menos la praxis del sistema penitenciario mexicano y de los establecimientos penitenciarios nacionales, aquí y ahora está muy lejos de alcanzar esa meta ideal que la propia Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad para el Estado de Guanajuato, propone. A ello contribuyen varias razones, entre las que se encuentran, no en último lugar, el concepto mismo de resocialización que sirve de eje a todo el moderno sistema penitenciario.

"Reeducación (reinserción social), llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos; en una palabra:- resocialización del delincuente. De un modo u otro, todas estas expresiones coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad una misma función primordial: una función reeducadora y correctora del delincuente. Una función que ya desde los tiempos de Von Litz y de los correccionistas españoles, se considera por un sector de los penalistas como la función más elevada y principal que se puede atribuir a todo sistema penitenciario moderno".(12)

Y sin embargo, por loable que parezca en un principio, no está exenta de crítica. Precisamente en estos momentos se alzan voces por todas partes contra la idea de resocialización, de reeducación, de reinserción social del delincuente. Se habla del mito de la resocialización, de que es una utopía o un eufemismo, un espejismo engañoso al que nunca se podrá llegar.

"Pavarini dice que la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su muerte abolición y su resurrección como aparato de terror represivo. E incluso es sorprendente que un jurista y criminólogo tan prestigioso en esta materia como el alemán Karl Peters, que tanto ha luchado por una configuración resocializadora del

sistema penitenciario, diga ahora en su más reciente trabajo sobre el tema que no es motivo de satisfacción la acogida de la idea de resocialización en la Ley Penitenciaria porque, se dice, que se han operado tales cambios éticos y espirituales en la sociedad de nuestros días que ya no es posible hablar de un fundamento común que pueda servir de base al concepto de resocialización. (13)

Ciertamente no se puede negar que el optimismo en la resocialización ha sido excesivamente acrítico y exagerado y que, a pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado. Y es esta misma indeterminación y vaguedad la que probablemente da la clave de su éxito. porque todo el mundo puede aceptar el término, aunque después cada uno le atribuya un contenido y finalidad distintas de acuerdo con su personal ideología. Esa misma indeterminación es, sin embargo, al mismo tiempo, su principal defecto porque no permite ni un control racional, ni un análisis serio de su contenido. El término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien qué es lo que se quiere decir con él.

La resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. El individuo no puede, en efecto, determinar unilateralmente un proceso de interacción social, porque la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso interactivo sin contar con la voluntad del individuo afectado por ese proceso, porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables.

En otras palabras:- resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente

aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido.

En toda sociedad, por hermética y monolítica que sea, hasta en la sociedad más conservadora y autoritaria, coexisten diversos conjuntos normativos, distintos sistemas de valores y distintas concepciones del mundo. Y esta diversidad aún más evidente en una sociedad pluralista y democrática, produce inevitablemente conflictos cuando se contraponen los distintos sistemas.

La tarea democrática consiste precisamente en conseguir un sistema de convivencia en el que puedan coexistir pacíficamente sistemas de valores y distintas concepciones del mundo, un sistema de convivencia en el que se de una cierta identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios. La resocialización, por tanto, sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de resocializarlo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos y otros y una lesión grave de la libre autonomía individual.

Es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición, más o menos encubierta, de un tratamiento. Y en tercer lugar, por falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz.

D.- EL COSTO ECONOMICO Y SOCIAL DE LA PRISION.

Son penas privativas de libertad cuando la facultad deambulatoria desaparece completamente; restrictivas de libertad, si limitan de forma parcial la libertad física del reo,

especialmente en lo relativo a elección de residencia; privativas o restrictivas de derechos públicos o de familia y, finalmente, las pecuniarias que gravan la fortuna del condenado. Si el honor del sujeto se ve afectado con la ejecución de una sentencia condenatoria, se llamarán penas infamantes.

Antes de iniciar el estudio de la pena privativa de libertad, conviene establecer algunas bases preeliminares de indole terminológico, porque en la práctica es indiscriminada la sinonimia que se emplea para ilustrar lo que es una cárcel, una prisión, un presidio y una penitenciaría.

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia considera que la cárcel es "la casa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos", atendiendo a su raíz etimológica, algunos encuentran su origen en la voz latina "coercendo", que significa restringir o coartar; y en la palabra hebrea "carcar", que denota la acción de "meter una cosa".

Penológicamente, este término está bien definido por la máxima clásica de Ulpiano, que recuerda "cárcel ad continendos homines non ad puniendos haberi debet" (la cárcel se estableció para guardar los presos, no para castigarlos) y su contenido, apenas modificado, se traslado a las Siete Partidas de Alfonso El Sabio, para quedar: "la cárcel debe ser guardar a los presos y no para hacerlo sus enemigos, ni es otro mal...no solamente en ellas estarán, hasta que sean juzgados".

"Para Elías Neuman, la cárcel - vocablo e instituto- precede al presidio, a la prisión y a la penitenciaría, que designan específicamente diversos modos de cumplimiento y lugares de ejecución de la sanción privativa de libertad. De allí que resulte incontestable que con la voz cárcel se designe histórica y técnicamente al local o edificio en que se alojan los procesados o encausados, y (que con) presidio, prisión o penitenciaría (se) indique en cambio el destinado a los sentenciados, o sea, los condenados en justicia. En realidad, cuando se expresa el término cárcel, se está invocando una sanción privativa de libertad que la identifica con la pena".(14)

"Por otra parte, prisión deriva del latín prehensionem, que supone "detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad". Tras larga evolución del concepto, llegó finalmente a entenderse como cualquier cosa que ata o detiene físicamente, y en un sentido vulgar, se utiliza para designar el edificio de seguridad que sirve comúnmente para instrumentar la pena de cárcel".

(15)

Las antiguas guarniciones de soldados construidas para protección de las ciudades se conocieron con el nombre de presidios, los cuales con el transcurso del tiempo sirvieron para aplicar correcciones disciplinarias castrenses. Fue quizá este uso el que generalizó en la gente la idea de que en estos sitios los delincuentes compurgaban sus faltas, de esta manera, actualmente sería un arcaísmo de la esta expresión en su significado original.

Durante los primeros dieciocho siglos de la era cristiana no existió la pena privativa de libertad como tal, sino que era como un lapso en el que el acusado esperaba ser juzgado; por eso se pensó en darle la oportunidad de expiar sus culpas a través del arrepentimiento, como un medio para conciliarse con Dios por las faltas cometidas. Al remordimiento de la conciencia debía seguir un régimen de sacrificio o penitencia, por lo que en el medio religioso estas singulares celdas se conocieron como penitenciarías.

Cabe señalar que, en Roma la penitenciaría fue un tribunal eclesiástico, integrado por varios jueces y un cardenal presidente, que sirvió para acordar y despachar las bulas y gracias de dispensa correspondientes a la materia de la condena.

No obstante que el vínculo delito-pena ha sido modificado para considerar la relación delincuente-sanción, gran parte de las administraciones penitenciarias del mundo han incurrido en el extremo de conservar al reo solamente en su existencia física, por lo que se aloja, dignidad e higiene, pero se ha descuidado, al grado de acabar con ellas, en su vida actual y moral.

Se le despoja de su personalidad, puesto que pasan a ser una cifra más de una estadística, una pieza del engranaje automático de una máquina sin vida, que le impele al cumplimiento inexorable de un reglamento y a la sumisión de un director.

"En la medida en que se compliquen las modernas técnicas de las prisiones tradicionales, más cruel será la ironía, porque se pretende educar para la libertad en un ambiente de tensiones agobiantes. Mientras no se cambie el concepto de que estos sitios son de depósito y contención, aun la mejor terapia será inútil, porque se estará aplicando a una orfa de reclusos frustrada física y psicológicamente" (16)

Este es el estado que prevalece en los cautiverios. Sin embargo durante los últimos años ha sido más insistente el afán de destronar la que para muchos es la reina de las penas, por lo que es menester detener un instante el estudio para conocer los argumentos de quienes defienden apasionadamente la reclusión, para mostrar después la oposición que se sustentará.

"La doctrina partidista de la prisión esgrime los siguientes postulados:-

1.- Es el medio más efectivo para la rehabilitación social. (Cuello Calón la considera como la forma más frecuente de defensa contra el delito, aunque reconoce que cada día pierde importancia).

2.- Representa un poder intimidante. (sin embargo, parece contradictorio que los índices de criminalidad no se vean disminuidos por este hecho y, en cambio, aumenten los porcentajes de reincidencia).

3.- Tiene un fin de prevención general, entendida ésta como la amenaza penal que supone todos conocen y con base en la cual los sujetos se abstienen de cometer delitos.

4.- Permanece debido a la necesidad ineludible de defender a la sociedad.

5.- Es una sanción insustituible". (17)

Una vez expuesto el punto de vista a favor, conviene saber qué finalidad atribuyen estos autores a la pena privativa de libertad, ya que sólo así podrán explicarse sus opiniones. Según se comentó en el capítulo precedente los códigos penales observan dos corrientes antagónicas: la retributiva y la defensiva, y en algunos casos, se advierte una posición ecléctica.

La política criminal ha señalado los gravísimos inconvenientes de la prisión y la necesidad de transformarla o suprimirla, para dar paso a otro tipo de medidas que procuren la protección efectiva de los intereses sociales, en torno al problema se pueden hacer las siguientes observaciones.

a).- No se obtienen los fines de rehabilitación o readaptación social, y lo que menos favorece es la actividad que hacia las cárceles tienen los internos, porque la consideran una institución temida y generadora de odios y rencor.

b).- No disminuye la reincidencia. Aunque no hay investigaciones suficientes y las variables que han de considerarse son muy numerosas, lo cierto es que la casi totalidad de las estadísticas en diversos Estados demuestran un alto índice de criminalidad postcautiverio; es lógico suponer que no siempre son los presidios los que ocasionan estos comportamientos, pero sí constituyen un factor determinante que al parecer no es eficaz para disuadirlos de la comisión de nuevos ilícitos.

c).- Provoca aislamiento social. ¿Cómo es posible que se pretenda preparar al cautivo para una vida normal "afuera", mediante el encierro en una celda junto con otros "anormales" como él?. Si es que se quiere lograr la superación del trauma del encarcelamiento, debe comenzarse por mejorar el ambiente físico y psicológico que rodea al recluso.

d).- Es una institución "anormal". Con este calificativo se describe lo que se observa al llegar a una prisión, un medio artificial, en el que deambulan extraños individuos con un semblante hostil, poco agradable; miradas que bien pueden ser de envidia, desconfianza, ironía o rencor; caminantes que perdidos van de aquí hacia allá, cual autómatas ejecutores de una rutina aplastante; en pocas palabras, sujetos que al sucumbir a la monotonía hacen de su modus vivendi una trágica e interminable agonía que los atormenta con el peso del remordimiento y la frustración.

e).- Es un factor criminógeno. Al respecto, el estudioso francés Locard apunta que "no existen verdaderos profesionales del crimen, sino después de su paso por los establecimientos penales; el criminal de ocasión se convierte en experto cuando ha estado en los presidios". No es raro que con frecuencia salgan de las prisiones personas más pervertidas de lo que hayan estado en el momento de su ingreso, porque es un hecho que tarde o temprano los internos se rinden y caen bajo la influencia del medio penitenciario.

f).- Provoca perturbaciones psicológicas. La reclusión ocasiona una profunda afectación en la vida espiritual del preso que suele manifestarse en descargas de actos violentos, que a veces se vuelven contra ellos mismos.

Se advierten psicosis carcelarias, depresiones, angustias y un alto grado de ansiedad, puesto que los sujetos se encuentran bajo presión psicológica. La excitabilidad y suprasensibilidad se convierten en patológicas, por lo que tienden a romper esa resistencia mediante intentos de evasión, riñas y motines.

g).- Su duración es arbitraria. Corresponde a los jueces tener en cuenta las distintas motivaciones que llevaron al procesado a delinquir, pero queda a su prudente arbitrio la determinación de la sanción entre un mínimo y un máximo.

h).- Es una institución muy costosa. No sólo la construcción de los establecimientos, sino su mantenimiento, gravan notablemente los presupuestos de los gobiernos, y por ello constituyen una de las partidas más onerosas.

i).- Afecta a la familia. Para muchos, la pena privativa de libertad es trascendente, puesto que atenta indirectamente contra el núcleo social primario del delincuente al dejarlo, en la mayoría de los casos, sin sostenimiento económico, con una imagen deteriorada, la unidad quebrantada y sin la posibilidad de una relación laboral que les permita el acceso a otras fuentes de trabajo.

j).- Es estigmatizante. Marginado de la comunidad, cuando el ex convicto intenta reintegrarse a ella se enfrenta al rechazo, a la crítica y a la desconfianza. La prisión "marca" para siempre los destinos de quienes estuvieron en ella, y les cierra las puertas que quizá podrían ofrecerles alguna oportunidad.

A pesar de los logros hay mucho que superar y corregir; creo que la iniciativa privada tiene una función preponderante en este rubro, dada la imposibilidad en que se halla el gobierno en tiempos de crisis.

k).- Provoca el proceso de "prisonalización". Donald Clemer definió este fenómeno como "la adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la penitenciaría.

Como es lógico, la convivencia entre individuos de distintas educaciones y hábitos crea en el penal una subcultura que de forma generalizada se propaga en estos medios: es un modo de identificarse entre sí y de sentirse -en muchos casos- orgullosos de su "status". Diversos investigadores han intentado desentrañar la naturaleza de este singular hecho, y lo han atribuido al

tiempo de reclusión, pero contrariamente a lo que se cree, tal aseveración no siempre procede puesto que hay quienes después de mucho tiempo conservan intacta su manera de vivir antes del ingreso al cautiverio, y otros que inmediatamente transforman su actitud; inclusive para algunos internos la cercanía con individuos agresivos y peligrosos es un verdadero tormento.

De forma natural, los seres humanos reciben las influencias del ambiente que les rodea, de manera que la "prisonalización" es enriquecida por el cúmulo de creencias, odios y maneras de ser y de pensar que los reclusos tenían antes de cometer ilícitos. En esta universidad del crimen no sólo se aprende a delinquir, sino también a organizar un modus vivendi al cabo de la sanción que, casi seguramente, prepara la reincidencia.

Hasta aquí, en mi concepto, lo que actualmente representa el costo económico social del presidio como una institución necesaria.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO I

- 1).-Pág.15 Cuello Calón, Eugenio "La Moderna Penología", 1a. Edición Edt.Bosch, Barcelona, 1958,
- 2).-Pág.16 Huajuca Betancourt Sergio "La Desaparición de Prisión Preventiva" Edit... trillas México 1989
- 3).-Pág. 49 Sánchez Cortes, Alberto "Ensayo Sobre el Derecho a Castigar", 1940
- 4).-Pág. 89. Costa, Fausto "El Delito y la Pena", UTEHA, México, 1953,
- 5).-Pág.50 Carrara, Francisco "Programa de Derecho Criminal", Temis Bogotá. 1973, Vol. II,
- 6).-Pág. 4 García Ramírez, Sergio "La Justicia Penal" Edt. Porrúa México1982
- 7).-Pág. 95 Gimbernat, André "Estudio de Derecho Penal", segunda edición Madrid, 1981
- 8).-Pág. 23, Bergalli, Roberto "Crítica a la Criminología", tercera edición, Bogotá, 1980,
- 9).-Pág. 9, Zaffaroní, Raúl Eugenio. "La Norma Jurídica Penal" 2a. Reimpresión, Cardenás Editores México, D.F. 1992
- 10).-Pág. 16 Aniyar.Maracaibo "Entre el Temor y la Esperanza" Homenaje a Mónica Granados Chaverri. 1a. Edición, Cardenás, Editor. México, D.F. 1990
- 11).- Pág. 76. Foucault, Michel. "Vigilar y Castigar" 1a. Edición, Siglo XXI Editores.Aurelio Garzón del Camino. México, D.F. 1991
- 12).-Pág. 93 Muñoz Conde, Francisco "Derecho Penal y Control Social" 7a. Edición Boshc, Editores, Barcelona España 1991
- 13).- Pág. 94 Opcit. Muñoz Conde, Francisco
- 14).-Pág. 30-31 Opcit. Huajuca Betancourt Sergio,
- 15).- Pág. 31 Idem.
- 16).- Pág. 33 Idem.
- 17).- pág. 649. Marco de Pont, Luis, "Derecho Penitenciario", 12a. Edición, Cárdenas Editores México, D.F. 1982.

CAPITULO II LA MODERNA PENOLOGIA.

SUMARIO: *A) Los principios de la pena. B) Los fines de la pena. C) La pena privativa de libertad. D) Culpabilidad de autor y culpabilidad de acto.*

A.- LOS PRINCIPIOS DE LA PENA.

Es incuestionable que la importancia del Derecho Penal radica en el binomio delito-pena, pero ésta, adquiere y representa mayor importancia, puesto que a través de ella se pretende combatir la comisión del primero. Sin embargo llama la atención el hecho de que ambos surgen a la par y que hasta el momento la pena haya sido marginada del interés y estudio de los conocedores o tratadistas del "Jus puniendi", cuando en realidad, la misma tiene un fundamento filosófico muy profundo.

El poco afecto hacia el estudio de las penas, ha provocado que se manejen ciertos aspectos o ideas confusas con relación a la misma, lo cual hace más complejo entender su filosofía, pues los diversos penalistas nos confunden cuando usan indistintamente conceptos como: objetivo, finalidad, funciones, características, principios y elementos de la pena; es por ello que voy a tratar de aclarar y poner orden de toda esta maraña de conceptos :

Consultando el Diccionario Larrouse señala lo siguiente :

Objetivo: relativo al objeto, objeto: fin o intento (intención), tener por objeto una cosa, designio, fin o finalidad.

Finalidad: fin con que se hace una cosa.

En consecuencia se puede decir que para efectos de la pena; objetivo y finalidad es lo mismo, en lo sucesivo me referiré a los fines de la pena.

Principio:- base, fundamento sobre el cual se apoya una cosa. Explicaré en este punto de este capítulo los principios de la pena .

Características: Lo que da carácter distintivo, particularidad de una persona o cosa. Veremos que la pena tiene características muy propias.

Elemento: objeto que concurre a la formación de un todo fundamento, móvil o parte integrante de una cosa, más adelante analizaré los elementos de la pena.

Los principios de la pena están constituidos por otros principios los cuales son; a) el principio de necesidad; b) el principio de justicia (debe ser justa); c) el principio de prontitud, y d) el principio de utilidad. Antes de explicar cada uno de ellos, es conveniente hacer referencia a las teorías que han dado interpretaciones diferentes del fundamento del derecho de penar; tradicionalmente se han considerado las siguientes: teorías absolutas, teorías relativas y teorías mixtas o de la unión.

Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no es un objetivo trascendente. Se castiga, que quia peccatur esto, por que se ha delinquido.

La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse: La sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito. Entre las teorías absolutas se pueden citar: la teoría de la retribución divina, la teoría de la retribución ética, la teoría de la retribución jurídica, y la teoría de la expiación .

En síntesis se puede decir, que para estas teorías, el fin de la pena es la retribución o expiación del delito cometido.

Las teorías relativas en cambio, atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga, utnepeccetur, para que no se siga pecando, y la pena se impone por que es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

Las teorías relativas pueden clasificarse en dos grupos: el más considerado es el que se asigna a la pena el fin previsor de delitos futuros (teorías preventivas); el otro está formado por la doctrina que comprende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado (teoría reparatorias).

La teoría preventivas se dividen a su vez según que pretenda la prevención general o la especial. Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad; la pena debe tratar de impedir que los individuos, considerados en su conjunto, caigan en el delito mediante la intimidación contempladas en las leyes.

Las teorías que pretenden el orden de la prevención especial emplean la pena como única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo.

Las teorías relativas más modernas, que enseguida enuncio, señalan varios fines a la pena: Teorías de la intimidación, Teoría de la coacción psíquica, Teoría de la advertencia, Teorías de la prevención (general y/o especial), Teoría de la legítima defensa del Estado, y de la corrección (no se pierda de vista esta última, pues a la pena de prisión se le ha impuesto esta teoría en las últimas décadas).

Las teorías mixtas "tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil y el concepto de retribución con el fin utilitario"(18).

Todas estas teorías corresponden más o menos a la evolución general de la concepción de la pena, desafortunadamente vemos que en la realidad únicamente se enfocan a la pena capital y a la prisión por ser más graves y sobre las cuales gira toda la idea punitiva de los dogmáticos.

"Principio de necesidad. El Estado debe estar plenamente seguro de que la pena debe ser necesaria para los fines que se propone pues si no lo es, no debe aplicarse: "no creo deberme persuadir una verdad tan notoria, que sólo podría ignorarla quien careciese de la luz de la razón natural. Los derechos sagrados de la justicia se convertirán en una detestable y cruel tiranía, si hubiese algún hombre sobre la tierra que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias". (19)

Este es uno de los principios más importantes que desafortunadamente jueces y magistrados no lo entienden así y por consecuencia los problemas que generan con su acto y criterio punitivo es fatal para la sociedad.

Principio de Justicia. La pena debe ser justa en cuanto a su proporción en dos aspectos: primero, en relación a la fijación hecha por el legislador, puesto que este debe ser justo al establecer la proporción entre el delito y la pena; y segundo en lo referente a la persona del que juzga, porque al imponerla deberá hacerlo con el más recto criterio de que la pena impuesta al delincuente es la más justa y es la que merece.

Principio de Prontitud. La pena debe ser pronta y esto significa, que cuando se debe imponer una pena se haga lo más pronto posible pues la incertidumbre del procesado se convierte en un tormento psíquico durante el tiempo que dure dicha etapa.

Este principio lo tenemos regulado en el artículo 20 fracc. VIII de nuestra Constitución que textualmente señala "serán juzgados antes de cuatro meses si se trataran de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión; y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo".

Con mucha razón un dicho en nuestro país: "justicia retardada no es justicia". La pena será tanto más justa y útil cuanto sea más pronta y más vecina al delito cometido. Dijo más justa, porque ahorra al reo los tormentos inútiles y fieros de la incertidumbre que crece con el rigor de la imaginación y el sentimiento de la debilidad propia, dijo más justa, porque siendo la privación de la libertad una pena, no puede proceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide"... "Todo el proceso debe acabarse con la mayor brevedad posible".

Principio de Utilidad. La utilidad de la pena se obtiene, cuando con su aplicación, tanto el Estado como la sociedad, logran un beneficio; es decir, que esa utilidad en bien de la comunidad, sea muy superior al castigo que recibe o recibió en lo individual el delincuente. En mucho la utilidad de la pena viene asociada a sus fines, los cuales son. 1) La intimidación y, 2) La retribución los cuales explicare en el siguiente punto de este trabajo de tesis.

B.-LOS FINES DE LA PENA.

Varios Jus-penalistas coinciden en señalar que a pesar de la importancia que tiene el aclarar o especificar con toda la precisión los fines de la pena, es preocupante que se haga caso omiso al tema. La razón de saber y conocer qué es lo que persigue el Estado con su aplicación, todavía no ha sido definido pese a ser tan antigua la existencia de la misma; y la superficialidad con que se ha tratado, da la impresión de que se está olvidando toda la profundidad y trascendencia que le dio nacimiento hace siglos.

Por lo anterior se ha dicho que el problema del concepto y fin de la pena, pertenece a la gran problemática de la historia, "Pues todas las ramas de la cultura, aún las ciencias naturales llevan clavada, en su entraña la inquietante interrogación del dolor y del mal de la pena". (20)

Uno de los errores más ingenuos en que han incurrido jus-penalistas respecto al tema de la pena, es que pretenden atribuirle un fin "genérico", es decir, válido para las diversas penas existentes, lo cual es contrario a la razón. Pues remontándonos en la historia de la pena, recordemos cómo surgen para castigar al responsable del delito a través del sufrimiento -se castiga para que no se siga pecando-.

La forma de penar en ese entonces era cruel e inhumano, pues el objetivo era hacer sufrir al condenado para que le sirviera de escarmiento; sin embargo, al paso del tiempo van cambiando las ideas y las mentalidades hacia esos castigos y empiezan a tornarse más benignas, suavizando así ese castigo o haciéndolo menos cruel a tal grado que en un momento dado se pretende transformar el jus-puniendi por un "derecho de defensa social" o "derecho protector de los criminales" (sic), al mismo tiempo que van surgiendo otro tipo de pena, cada una de ellas con un fin diferente, esto es lo que no han querido asimilar los penalistas dogmáticos, y por consecuencia, siguen refiriéndose a un fin "genérico" de la pena, cuando que lo más correcto sería hablar de los fines de las penas, para lo cual se debe revisar cada una de ellas, interpretar y descubrir el fin específico de las mismas.

En consecuencia y para poder desempeñar lo anterior, debemos hacer una clasificación de las penas atendiendo a sus fines de la siguiente manera:

En cuanto al tipo de delito y su pena.

No se necesita mucho esfuerzo mental para revisar y comprender el contenido de los Códigos Penales respecto a la pena fijada a cada una de la figuras típicas, pues se observará que no existe congruencia entre lo que se tutela y como se castiga cuando se viola dicho precepto. Si el legislador al menos aplicase un mínimo de su sentido común, buscaría la forma de adecuar la pena al fin que se persiga con ella en cada uno de los delitos. Pues es definitivo, no debe continuarse cometiendo el error de fijar sólo la prisión, como único medio para combatir la comisión de

delitos como lo fue antiguamente la pena capital. A manera de ejemplo: No es posible concebir que se castigue igual con pena de prisión una injuria o una vagancia que un homicidio calificado cometido por retribución dada o prometida, es obvio que los fines que se persiguen deben ser diferentes entre una y otra forma de sancionar estas conductas.

En cuanto al tiempo o época en que se dio nacimiento a la figura típica.

Los fines que se pudieron perseguir con la imposición de la pena para quién incurría en un delito hace doscientos años no pueden ser los mismos en la actualidad, pues la sociedad va evolucionando y por consecuencia, todo lo que gira en su contorno debe evolucionar a la par; de lo contrario, se queda rezagado e inadecuado a la realidad social que se vive; así por ejemplo los fines que se perseguían antiguamente al tutelar el "honor" y castigar su ofensa como se hacía en aquellos tiempos no pueden ser los mismos que se persiguen en la actualidad.

El concepto o idea de lo que significa en estos días el "honor" es muy diferente y por consecuencia, no se puede seguir castigando igual o con la misma pena un determinado delito, al respecto, ilustrémonos con el siguiente comentario:- El delito de adulterio que después de ser una conducta severamente castigada cuando surgió como delito (lapidación para la mujer adúltera), en la actualidad tiende a desaparecer de los códigos penales por inoperante para los fines perseguidos por ser intrascendente su comisión en una sociedad totalmente diferente a la de hace un siglo atrás.

En cuanto al tipo de delincuente.

Tanto el legislador como el juzgador, deben estar concientes de que conocen con exactitud, qué es lo que se persigue al señalar y al imponer una pena determinada, pues es obvio que cada sujeto es muy diferente en lo individual y por consecuencia los efectos y los resultados de la pena no pueden ser los mismos en todo individuo sentenciado. Ejemplificaré este craso error:- se

afirma en la actualidad que la prisión tiene como objetivo o finalidad lograr la readaptación o rehabilitación del sentenciado a esta pena y nada falso que esto. Pues para definir el fin que se persigue con la pena, hay que estar muy pendiente del destinatario de la misma (más adelante abordaré el tema utópico de la Readaptación).

En cuando al tipo de víctima.

Quizá parezca raro y absurdo el hecho de que para establecer o definir los fines que persigue la pena, se deba tomar en cuenta a la víctima del delito, pero meditemos un poco y veremos que hay razón para ello. En primer lugar si recordamos el viejo y clásico concepto de justicia que nos dejó Ulpiano, que dice: "Justicia es dar a cada quien lo que le corresponde", y en la realidad vemos que el legislador al señalar la pena, nunca toma en cuenta la posición de la víctima, ni tampoco el juzgador al momento de imponerla.

Un buen ejemplo al respecto, lo tenemos en el caso de los delitos patrimoniales, en los que el legislador insiste en amenazar con la pena de prisión y el juzgador con imponerla, cuando que en realidad de pensarse un poco más en la víctima sería más lógico que se le obligara al responsable -delincuente- de ese delito al pago de la reparación del daño, esto sería hacerle justicia al ofendido, pues la prisión impuesta a quien le dañó su patrimonio en nada le beneficia a él.

En segundo lugar recuérdese que el estudio de la víctima en lo individual es de reciente preocupación, pues durante muchos años había sido marginada del drama del derecho penal, enfocándose toda esa problemática hacia la sociedad en general como la recibía todo el daño por la comisión del delito, lo cual era absurdo.

Establecido así mi punto de vista particular sobre los fines de la pena, corresponde ahora señalar cuál es la idea generalizada por los jus-penalistas, quienes han cometido el

error de atribuir los fines, en orden a la pena de mayor aplicación; así cuando la principal pena a imponer fue la pena de muerte se establecían unos fines, ahora que es la prisión, se fijan los fines en base a ésta y los generalizan para todas las penas existentes que figuran en los códigos penales.

"Afirma Beristain al respecto: "Tanto el problema de la pena de muerte como el de las penas cortas privativas de la libertad, etc., no pueden ser solucionadas seriamente si antes no se ha meditado bien acerca del fin que se pretende con la punición. Así el juez firmará sentencias a veces totalmente opuestas, según que vea en la prisión una medida de seguridad o una justa "vendetta". El gobernante encontrará en las respuestas a esta oposición la frontera de su facultad punitiva y la justa medida de la sanción con que debe proteger sus ordenaciones legales". (21)

Ahora bien; debo hacer referencia a lo que los penalistas tradicionales, salvo raras excepciones, siguen aferrados a ideas del pasado sobre el fin de la pena y repiten categóricamente, sin meditar por supuesto, en el hecho de que los fines de la pena son: la intimidación, la excepción, el castigo y la retribución. Denis Szabó, de una manera similar señala que los objetivos de la pena son: La intimidación o disuasión, la eliminación o neutralización y la enmienda o punición.

4 C.- LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Debido a que en la actualidad en la mayoría de los países del mundo, el sistema punitivo descansa en el corrido y caduco pilar de la privación de la libertad (prisión); es por lo que dedico este punto especial a este tipo de penas, separándolas del resto que ya fueron comentadas en el capítulo anterior.

Las penas privativas de la libertad, como su nombre lo indica, consisten en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar o institución especialmente para ello y

sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio, según las últimas teorías penitenciarias.

Surgen estas penas como un paliativo, supuestamente, contra el exceso, abuso y nulo efecto de la pena de muerte a fines del siglo pasado, cuando la humanidad al darse cuenta que la eliminación del delincuente mediante la tortura y el tormento (moral y físico) no eran ya de los adecuados para redimir al condenado ni para causar temor en la población, pues los espectáculos públicos de ejecución de condenados se había convertido en verdaderas romerías familiares, más que actos de dolor y sentimiento para los espectadores. Pero además este tipo de penas ya no eran acordes a los tiempos en que el Derecho Penal se proyectaba como un derecho que respetaba la dignidad del ser humano y que recibía la denominación de "Derecho Penal Liberal".

Sin embargo, tanto las penas eliminatorias (muerte) como las privativas de la libertad, están íntimamente relacionadas; pues la cárcel surgió primero como una forma intimidante para guardar al condenado mientras se eliminaba o ejecutaba, por ello se decía que para castigar al culpable del delito, era necesario aprehenderlo físicamente y evitar su fuga mientras aguardaba el juicio, después se convertirá como medio para ejecutar determinadas penas cortas de privación de libertad hasta ser desplazadas por las penitenciarías o prisiones como lo veremos en párrafos siguientes, Michel Foucault diría al respecto: "Primero son brazos humanos que sujetan al malhechor, luego un árbol o un poste. Con el correr del tiempo, los procesos se complican y se dilatan, entonces se utilizan fortalezas para que los condenados esperen su sentencia que será seguramente la muerte".

Este tipo de penas han recibido diferentes denominaciones a través del tiempo y por consecuencia no ha sido uniforme el criterio seguido sobre las mismas, así se hace mención de: Arresto, Reclusión, Presidio, Cárcel y Prisión. Se supone que deben existir diferencias fundamentales entre ellas, sin embargo hasta el momento no han sido claros los tratadistas, por lo que intentaremos hacer una explicación breve a cada una de estas penas.

El arresto consiste en una prisión privativa de libertad por muy breve tiempo e incluso se ha usado más como una medida de carácter administrativo que como pena. Por lo regular el tiempo máximo que se ha fijado para la misma es hasta de tres días, salvo algunas excepciones se llegó a establecer como pena hasta por dieciocho meses. Lo grave de esta medida, es que nunca se construyeron los lugares especiales para su ejecución y por consecuencia quienes eran sentenciados a ella, quedaban reclusos en los mismos establecimientos para la prisión.

En los últimos años y gracias a la insistencia de los efectos negativos de las penas cortas de privación de la libertad y que dio origen a la aparición e incorporación de los substitutivos para este tipo de penas, se ha dejado de considerar como pena al arresto, quedando reducida a una mera sanción administrativa.

La Reclusión, se deriva del latín "recludare" que significa recluir y se empleaba o emplea todavía en algunos países para privar de la libertad a una persona, parece ser que la diferencia con la prisión es únicamente en razón del tiempo, al menos así lo manifiesta el Código Español, sin embargo en nuestro país se atendía más a la persona o delincuente para la aplicación de esta pena; así en el Código Penal de San Luis Potosí de 1944 se señalaba que la Reclusión se aplicaría a los mayores de 16 y menores de 18 años que hubiesen cometido el delito con discernimiento (sic), bajo la denominación de "reclusión en establecimiento de corrección penal". En cambio para los reos de delitos políticos se les imponía bajo la denominación de "reclusión simple", haciéndose la observación en el artículo respectivo que por ningún motivo se admitiría reo alguno sentenciado por otro delito. La verdad es que; al menos en nuestro país, la reclusión ha desaparecido de los códigos penales al incorporarse al ámbito ejecutivo penal, el utópico régimen progresivo-técnico para la pena de prisión.

El presidio, corresponde más bien al establecimiento en que se cumple o ejecuta la pena de prisión e incluso en el ámbito castrense denomina con ello a la guarnición de soldados

en una plaza fuerte. Sin que sea uniforme el criterio, al presidio se le asigno siempre en ser una institución en donde se imponía trabajos forzados.

En el Estado de San Luis Potosí a fines del siglo pasado, se publicaron algunos decretos en los que se hacía referencia al presidio como pena; decreto No. 41 del dos de septiembre de 1829. "Todos los reos sentenciados a presidio por los tribunales del Estado, serán destinados a la California".

Así vemos que la privación de libertad puede durar desde tres días hasta determinado número máximo de años que pueden ser hasta cuarenta o cincuenta años, o bien indefinidamente como sería el caso de la llamada "sentencia indeterminada" que explicaré más adelante, o de por vida como sería el caso de la denominada "cadena perpetua" que consiste en mantener privado de la libertad a una persona por el resto de su existencia. En nuestro país se empleo una modalidad de privación de libertad conocida como "prisión extraordinaria" y se aplicaban como sustitutiva a la pena de muerte en determinados casos; ejemplo de ello era el hecho de que a las mujeres no se les podía eliminar y quienes eran sentenciadas a dicha pena, por mandato de la ley se le debería sustituir por prisión "extraordinaria" que consistía en privarlas de su libertad hasta por veinticinco años y sin derecho a la libertad preparatoria.

Actualmente en nuestro país, solamente ha quedado contemplada como única pena privativa de la libertad, la prisión cuyo antecedente más directo es la cárcel.

D.-CULPABILIDAD DE AUTOR Y CULPABILIDAD DE ACTO.

Ciertamente, la culpabilidad constituye un juicio de disvalor del autor. La antijuricidad, por su parte, valora el hecho cometido. Culpabilidad y Antijuricidad son pilares básicos de la teoría del delito e íntima es la relación que guardan entre sí ambos conceptos. Del análisis previo de uno (el hecho antijurídico), depende la existencia del otro (la atribuibilidad del hecho a su autor). Sólo existe culpabilidad por el hecho antijurídico cometido.

Queda claro hasta que una cosa es enjuiciar el hecho realizado, y otra muy distinta evaluar al autor del hecho. Independientemente de la sistemática adoptada, el problema de emitir un juicio de disvalor sobre el autor del delito entraña asimismo una ponderación del hecho que aquél cometió.

Bien sabido es que uno de los conceptos jurídicos-penales que más han llamado la atención de los penalistas es el de culpabilidad. Probablemente la razón de esto sea la función determinante que tiene en la teoría del delito, esto es: fundamentar la aplicación del castigo estatal. El número de explicaciones teóricas en torno a la culpabilidad en basto, aunque llaman la atención las tesis psicológica y normativa, a la postre adoptadas por múltiples legislaciones.

Dentro de ese amplio universo de formulaciones, la interrogantes ¿culpabilidad por el hecho individual? o ¿culpabilidad de autor o por la conducta de la vida? han rondado la mesa del jurista. Las argumentaciones a favor y en contra de cada una de estas ideas son interesantes, luego la adopción de tal o cual planeamiento cobra importancia en atención a las probables consecuencias que pueda tener para el individuo.

Como principio rector del derecho penal contemporáneo se menciona el de responsabilidad por el hecho, que se oponen definitivamente a la posibilidad de castigar el modo de ser o el carácter del autor del delito. Frente a este principio, indiscutible a estas alturas, se opuso el de un derecho penal de autor utilizado ampliamente por los juristas nacionalsocialistas.

Mientras el **Derecho penal de hecho** propone la exigencia de tipicidad de los delitos, el **Derecho penal de autor** valora altamente los tipos de autor. Luego, unos castigan el homicidio, el robo, el fraude (tipos de conducta), y los otros castigan al "homicida", al "ladrón", al "defraudador" (tipos de autor).

Si la pena como consecuencia jurídica por la comisión del delito reclama, para su aplicación, la existencia de una culpabilidad cabalmente integrada por los elementos mencionados, el que nos ocupemos aunque sea brevemente del tópico que analiza la pertinencia de adoptar una culpabilidad de autor o una por el hecho cometido, justifica la elaboración de estas notas.

¿CULPABILIDAD POR EL HECHO O CULPABILIDAD DE AUTOR?

Tales son las disyuntivas que durante mucho tiempo han mantenido ocupados a los penalistas. Es lógica la preocupación que despierta el aceptar una u otra propuesta dadas las consecuencias que cada una de ellas se derivan y que tienen repercusión, no sólo para la construcción dogmática del Derecho Penal, sino también para la aplicación de éste a los miembros de un grupo social que han infringido la norma jurídica.

Dos son las diferencias básicas que existen entre la culpabilidad por el hecho individual y la culpabilidad de autor (también denominada tendencial, caracteriológica, por la conducta de la vida): en la primera, el reproche de culpabilidad se hace por la comisión de un hecho determinado prohibido por el Derecho. En la segunda, el juicio valorativo se refiere a la personalidad propia del sujeto que realiza el hecho y su desarrollo.

Independientemente de las diferencias que guardan entre sí, estos dos conceptos comparten el hecho de que el juicio de culpabilidad se extiende a la total personalidad del autor y a su desarrollo, ese hecho o acontecimiento aislado y particular deja de ser los que conforma

fundamentalmente la determinación de la pena, estimándose como decisivo el "ser así" del autor y el "haberse convertido en lo que es".

En la culpabilidad por el hecho lo que se reprocha al individuo en su acto, en la medida que pudo autodeterminarse en el caso concreto. Pero no se trata de cualquier hecho, sino de aquél que reúne ciertas características, a saber: que sea típico o contrario a la específica norma jurídico-penal, y antijurídico o contrario al total ordenamiento legal. Con ausencia de estas características no puede hablarse de la existencia del juicio de reproche.

Por otro lado, este juicio de reproche se constriñe exclusivamente los hechos propios, esto significa que se trata de un juicio personal de reproche y de ello se desprende una garantía para el individuo, sobre todo si lo relacionamos con la problemática propia de la autoría y la participación.

En la culpabilidad por conducción de la vida, de personalidad de carácter, por otro lado, lo que se reprocha al individuo no es lo que hizo sino lo que él es, es decir, su personalidad misma que presenta varias modalidades:

a) Para la culpabilidad de carácter se trata, precisamente, de un defecto del carácter, o como lo explica Eberhard Schmidt: la culpabilidad "es tanto más grave cuanto más peligroso es el autor y cuanto más antisocial nos parece su carácter". Lo anterior conduce, opina acertadamente Moreno Hernández, a una confusión entre culpabilidad y peligrosidad, más aún si se incluye el principio de la prevención especial".(22)

b) Para la culpabilidad por la conducción de la vida, se responsabiliza al hombre por su proclividad al delito, al que se considera como "el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida, y la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida del individuo".

La teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida sobrepasa la pura responsabilidad del hecho concreto y abarca el reproche sobre la decisión de la vida, es decir, sobre la demostrada posición del autor mediante el hecho frente a las exigencias sociales. Aquí la culpabilidad debe verse como "el juicio de desvalor ético-social que alcanza a la total personalidad del autor"; y además, " en el concepto de culpabilidad de carácter, por tanto, la peligrosidad del autor se caracteriza como su culpabilidad sin tener en cuenta de qué causas proviene y sin preocuparse de si puede formularse al autor el menor reproche por su propio carácter".

No obstante lo discutible de la propuesta, quizá pueda decirse en favor de la culpabilidad por la conducción de la vida que, en reiteradas ocasiones, el actuar humano no es conducido mediante reflexiones conscientes "sino por impulsos procedentes del ámbito de carácter adquirido que actúan automáticamente", como ha puntualizado certeramente Jescheck.

Puede darse también, y eso ocurre con cierta frecuencia, que la entidad real de la culpabilidad por el hecho provenga, precisamente, de las personales características del autor. Es necesario señalar que una importante tarea reconocida internacionalmente por las modernas administraciones de justicia, consiste en investigar la personalidad del delincuente, por lo que podemos afirmar no caben las críticas sobre la imposibilidad procesal o jurisdiccional de investigar dicho aspecto, siendo esto posible siempre y cuando se respete integralmente la dignidad de los ciudadanos.

Estas son algunas de las favorables argumentaciones invocadas por quienes se allanan a un concepto de culpabilidad para la conducción de la vida. Pero también esgrimen como razón de peso la posibilidad real de que en algunos supuestos se estará en condiciones de "poder aprehender al hombre tal como en realidad es". Con Jescheck, también Mezger, Engisch, Lange y Bockelmann, pueden ser reconocidos en esta opinión.

Dentro de las importantes críticas que se han opuesto a la culpabilidad por la conducción de la vida o de autor, podemos mencionar, por ejemplo, la hecha por Jiménez de Asúa. según el conocido catedrático español, la aparente novedad de esta teoría sólo es rescatable a partir de los fundamentos filosóficos que la sustentan: la fenomenología y el existencialismo. Por lo demás, en su opinión esta teoría exhibía una orientación bastante marcada hacia el nacional-socialismo. Bockelmen, defensor del concepto que analizamos, decía que "no es el hombre en cuanto actúa sino es, en cuanto se presenta de un determinado modo", razonamiento éste que sirve de apoyo a Jiménez de Asúa para disvalorar la propuesta.

A pesar de que la culpabilidad por el hecho individual es la que se ha aceptado por buena parte de la doctrina, tanto más si el derecho penal contemporáneo es un derecho penal de hecho, luego, no han faltado las consideraciones respecto a una concepción que vincule ambas teorías; es decir, una teoría de la unión de la culpabilidad del hecho con la conducción de la vida. Tal es la posición de Jescheck para quien el núcleo de este concepto unitario de la culpabilidad radicaría en la culpabilidad por el hecho aunque, eventualmente, el derecho penal tendría que contar con la culpabilidad de autor.

Todo lo anterior encontraría su base, entre otras consideraciones, en "el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición y en la justificación de la agravación de la pena en los casos de delincuentes habituales peligrosos". Oponiéndose a esto, entendemos con De Vicente que la culpabilidad debe entenderse como culpabilidad en referencia al hecho aislado, lo que significa una culpabilidad en el sentido de que el objeto de relación debe ser solamente el hecho antijurídico concreto.

Evidentemente, aquellos factores que no tengan vinculación con el hecho tampoco podrán ocupar lugar alguno en un concepto jurídico-penal de culpabilidad quedando, pues, excluidos los conceptos de culpabilidad de autor ya que sobrepasan la culpabilidad de autor relacionada

con el hecho concreto, y en esto la doctrina se manifiesta críticamente: "los conceptos comprendidos en la culpabilidad de autor desde un punto de vista caracteriológico (culpabilidad de carácter y de la personalidad), disposicional (culpabilidad de disposición o tendencia) y psicológico (culpabilidad por la conducción o decisión de la vida), son extraños al derecho penal".(23)

"No sobra razón al dicho crítico de Bustos Ramírez ya que, es bien cierto que quien acoge una culpabilidad por la conducción de la vida está, en cierto modo, situándose bastante cerca de los enunciados peligrosistas, defendidos en su momento por el positivismo, consistentes en partir de una supuesta tendencia del autor a la comisión de delitos en vez de considerar el hecho cometido. En otras palabras, al unir culpabilidad de voluntad con culpabilidad, esto es, de responder por algo determinado, por el hecho cometido, y no por la conducción de la vida".(24)

Estamos de acuerdo en que explicarse la conducción de la vida del autor del delito, en un momento dado, serviría para explicar un hecho, eximir o atenuar responsabilidades, o determinar de la mejor manera el tratamiento adecuado al sujeto en razón de sus personales características pero, sin embargo no servirá nunca de fundamento de su culpabilidad.

Ahora bien, suponer que un Estado de Derecho puede tener al alcance de su mano la posibilidad de indagar en la interioridad o personalidad de los ciudadanos prácticamente equivale a decir que no se trata de un Estado de Derecho sino, un Estado policial o autoritario.

Pero, ¿en qué medida esta problemática de si la culpabilidad debe ser por el hecho o por la conducción de la vida o una mezcla de ambas, no encierra en sí misma un problema que tiene que ver con una culpabilidad de orden moral y otra jurídica?

¿Que es, si no, la culpabilidad por la conducción de la vida que una culpabilidad moral?. Sin duda ambas nociones, culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, son

conceptualizaciones diametralmente opuestas que, si bien pueden coincidir, el prisma mediante el que analizan el proceder humano es diferente en cada caso. Incluso podemos decir que la culpabilidad jurídica es sólo "una culpabilidad moral apreciada con criterios jurídicos". Sin embargo, esto es garantía que una culpabilidad por la conducción de la vida pueda ser considerado como criterio jurídico-penal legítimo, y ello por la sencilla razón de que el reproche moral hecho al autor se basa en su decisión, indemostrable empíricamente, o por un modo de vida que se opone a la axiología social imperante; así por la realización de un acto antijurídico frente al que se oponga una pena, procurando con ésta evitar la repetición del hecho. Consideramos que no puede, en ningún caso, fundamentarse este reproche estatal en algo tan difícil demostración como es la facultad de autodeterminación

Aún aceptando que la culpabilidad por la conducción de la vida sea una especie de culpabilidad moral, no es aceptable desde nuestra perspectiva jurídica. Al mundo del Derecho Penal interesa exclusivamente la culpabilidad jurídica, la culpabilidad por el hecho aislado. El juicio que sobre la persona hace cualquiera de las culpabilidades de autor trasciende los límites de lo estrictamente jurídico para **"invadir peligrosamente el ámbito de la moral, concediendo al Estado una temible arma que convierte a la Justicia en un auténtico terror penal"**.(25)

Estamos convencidos de que en ningún momento y bajo ninguna justificación puede el Estado incursionar, con o sin limitación, es decir, de ninguna forma, en la personalidad de los ciudadanos por muy grave que haya sido garantías y derechos constitucionales, además de una elemental falta de respeto a la dignidad humana.

Desgraciadamente, la historia universal acusa vergonzosos y marciales compases en la época del nacional-socialismo, régimen bajo el cual se atribuyó el Estado el derecho a penetrar en la intimidad de la personalidad humana. Cabe decir entonces que, a no ser que se trate de un sistema político autoritario, una culpabilidad de autor no es compatible con un sistema constitucional de

un Estado de Derecho en la medida que contraviene los principios fundamentales que de dicho sistema se desprenden.

Queda señalada ya la vocación moralista que no jurídica de la culpabilidad por la conducción de la vida, pero no sobra recordar ahora que la culpabilidad que incumbe al Derecho en general, y al penal en particular, es solamente la orden jurídico. Para el reproche de culpabilidad sólo son decisivas las representaciones de valor del Derecho y no las de la moral. En consecuencia, "en el veredicto de la pena criminal sólo debe verse la desaprobación, declarada en nombre de la comunidad jurídica, de la conducta culpable en la forma de censura jurídica".

El campo de la moral, y una culpabilidad en tal sentido, es exclusiva para los moralistas. Los juristas debemos atenernos a conceptos jurídicos cuya racional verificación empírica sea una posibilidad.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO II

- 18).- Pág. 27 Ramírez Delgado Juan Manuel. "Penología" 1a. Edición, Porrúa, S.A. México 1995
- 19).- Pág. 41 Opcit. Ramírez Delgado, Juan Manuel
- 20).- Pág. 49 Idem.
- 21).-Pág. 56 Beristain, Antonio. "La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas". 1a. Edición. Colección "Criminología Contemporánea" No.2 Madrid España. 1992
- 22).-Pág. 201 Vela Treviño, Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad" 1a. Reimpresión Editorial Trillas. México, D.F. 1991
- 23).-Pág. Vidaurri Arrechiga Manuel. "Culpabilidad de hecho, culpabilidad de autor". Boletín de Investigaciones Jurídicas No. 53 Facultad de Derecho Universidad de Guanajuato. 1994
- 24).-Pág. 43 Opcit. Vidaurri Arrechiga, Manuel.
- 25).-Pág. 44 Idem.

CAPITULO III LA PRUEBA DEL PARENTESCO EN MATERIA PENAL

SUMARIO: A) *Concepto, objeto, órganos y fin de la prueba* B) *Principios de la prueba penal*. C) *La prueba del parentesco en la teoría del proceso*. D) *El parentesco en materia penal*.

A) Concepto, objeto, órganos y fin de la prueba.

La frecuente confusión entre las nociones de objeto, órganos, fines, necesidad, tema y carga de la prueba, conducen a desvirtuar la noción misma de la prueba judicial e impiden un adecuado entendimiento. De ahí que nos parece indispensable separarlas y explicarlas en sus lineamientos particulares. Sobre todo porque prueba es simplemente la apreciación que el juzgador, respecto a todo el material recabado forma en su psique, mientras que; material de prueba son sin duda aquellas probanzas como los testimonios, los peritajes, los careos etc..

De esta manera conviene precisar los conceptos que a continuación enlistaré:-

a) Por *objeto* de la prueba debe entenderse lo que se *puede* probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente *objetiva y abstracta*, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual, por lo que no es un concepto privativo del derecho penal.

b) Por *necesidad* o tema de la prueba (*Thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre

los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción *objetiva*, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de algunos de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero *concreta* porque recae sobre hechos determinados.

c) La *carga de la prueba* determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada una que aparezca probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez como debe fallar en caso de que esas pruebas falten.

Se trata, por lo tanto, de una noción que es subjetiva, por que contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba (aunque esta puede ser suministrada por la parte contraria o en algunos casos por el juez oficiosamente).

Estas dos nociones tienen necesariamente una misma amplitud, ya que no se concibe la prueba sin el objeto materia de ella. Si se tiene en cuenta esta verdad elemental, resulta obvia la conclusión de que jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, sino que, por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo es susceptible de comprobación; y con la misma evidencia aparece que, desde un punto de vista estrictamente procesal por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es posible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para efectos procesales (en general, no de cada proceso e particular).

Para Chiovenda, "objeto de la prueba son los hechos no admitidos y notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse *sine tergiversatione* no exigen prueba" (26)

Entendida la prueba como todo medio que sirve para conocer cualquier hecho o como la actividad de comprobación de los hechos en el proceso, requiere siempre la intervención de un sujeto y frecuentemente de varios de ellos.

Mientras que, quien la solicita y quien la decreta o admite (que puede ser uno solo o si es que el juez la ordena de oficio, pero a veces son dos diferentes cuando hay petición de parte) son diferentes de aquel a quien está destinada y debe admitirla, que siempre es el juez; de quien la practica, que es también el juez, en ocasiones también con la colaboración de terceros, como en los casos de intérpretes y peritos o testigos, actuarios en inspecciones judiciales; quien la toma y recibe, que sólo puede ser el juez; de quien la contradice, que es la contraparte de quien la pide o aduce y el ocasional oponente en los procesos de jurisdicción voluntaria; en fin, de quien la valora o aprecia, función decisoria que corresponde al juez. Esto no es más que la adopción del principio del contradictorio que más adelante habrá de verse.

Algunos autores hablan de órganos de la actividad probatoria, unas veces para referirse a sus sujetos y otras para comprender únicamente a los colaboradores del juez en la actividad probatoria, como peritos e intérpretes, y en general, las personas por cuya actividad se adquiere en el proceso el conocimiento del objeto de prueba, lo cual incluye a los testigos comunes y a los actuarios que acompañan al juez en las inspecciones judiciales para dar fe de lo relatado en el acta. En el segundo significado se excluye al juez, que no puede ser entonces órgano de la prueba.

Jorge A. Claria Olmedo les da a los órganos de prueba el segundo sentido, y lo define como el "conjunto de auxiliares del proceso, sin perjuicio de encontrar otras personas que se asuman a ellos por el similar destino de su colaboración". Respecto al juez, dice que cuando éste no entra directamente en contacto con el objeto de la prueba, sino a través de la relación oral o escrita de terceros intermediarios, estos son, propiamente, los órganos de la prueba, "concepto que sin dificultad

puede extenderse al tercero que interviene para proporcionar certeza sobre el objeto en forma inmediata" (27).

En este sentido -afirma el ilustre autor argentino-, "el juez no puede ser órgano de prueba, dada su condición de receptor del conocimiento del objeto, en forma directa o transmitida; debe tratarse de personas extrañas a él, pues cuando actúa inmediatamente sobre el objeto, lo asume como receptor y no como órgano transmitente" (28).

Además, para Claria Olmedo existen órganos de prueba no presentes en el proceso, como el autor del documento que allí se lleva, porque es un medio indirecto para transmitir el testimonio de su autor, igualmente pueden serlo una parte o un tercero, siempre que sirvan de transmisores del conocimiento sobre el objeto de prueba, sean personas físicas o jurídicas. e inclusive. un funcionario público cuando expide copias o certificados.

Se trata de una evidente colaboración probatoria, cualquiera que sea el grado de modalidad de su actuación. En unos casos suministran el conocimiento del objeto de prueba directamente, mediante el testimonio o el dictamen de perito o el informe de funcionario; en otros proporcionan la inteligibilidad del medio probatorio directo, interpretándolo o traduciéndolo; en fin, proveen a la seguridad y legitimidad del órgano o del medio de prueba por vía del reconocimiento del documento o del dictamen sobre su autenticidad en caso de tacha o sobre la capacidad intelectual o psíquica de testigos, etc.

O sea que, con arreglo al citado autor, los órganos de prueba pueden colaborar con el juez de dos maneras:- llevando al proceso el elemento probatorio en sí, o limitándose a proporcionar datos de certeza sobre el medio o el órgano por el cual se introduce ese elemento probatorio.

"En efecto, dice:- son sujetos de la recepción de la prueba los que, en presencia de los objetos u órganos de prueba, pueden procurar la efectiva utilización procesal de ellos o

colaborar o colaborar en ella; el órgano fundamental y soberano en la recepción es el juez. Y al tratar de los sujetos de la actividad probatoria dice que lo son los sujetos procesales principales y secundarios, el juez y las partes, el ministerio público, los órganos de la policía judicial y los terceros, como el denunciante, el perito y cualquier ciudadano. Es decir, Florian identifica en definitiva los sujetos de la actividad probatoria y los órganos de la prueba."(29)

Creemos que es más técnico y que se presta a un mejor entendimiento de la materia el concepto de Claria Olmedo, por lo cual preferimos distinguir las dos nociones de sujetos y órganos de la actividad probatoria.

Por *sujetos* entendemos las personas que desempeñan algunas de las actividades procesales probatorias, de presentación o solicitud, admisión o decreto, práctica, recepción o asunción, contradicción o discusión y valoración o apreciación de la prueba; esto es, el juez y las partes principales y secundarias del proceso.

Órganos son las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como peritos y testigos de las inspecciones judiciales, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como testigos comunes, interpretes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía, que expiden copias o certificados y que rinden informes con destino al proceso, lo mismo que las partes cuando declaran en absolución de posiciones o careos, o son las autoras de documentos allegados al proceso, y aún los detectives y funcionarios de policía o de laboratorios forenses que investigan los hechos para suministrar indicios, huellas digitales, pruebas de otro orden y cualesquiera otros experimentos científicos que tengan algún valor probatorio; por lo tanto, los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes sólo cuando son autoras del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez.

El caso del perito que rinde dictamen sin haber examinado antes con el juez los hechos sobre los cuales da su concepto, por haberse pedido la prueba sin previa

inspección judicial, se presta a dudas, porque aparentemente es quien práctica la prueba (examina las cosas o hechos, estudia y conceptúa, sin intervención del juez) y, en consecuencia, parece tener la condición de sujeto, no simplemente de órgano o colaborador.

En realidad es un comisionado o delegado del juez para esa actividad probatoria, cuya misión es transmitirle el conocimiento técnico de los hechos que adquiera, función análoga a la del testigo, de la cual se distingue sólo por la naturaleza de la relación (éste se limita a informar sobre lo que ha visto, oído o apreciado por otro medio sensorial).

El perito, como el testigo, le lleva al juez indirectamente el conocimiento de los hechos sobre los cuales debe decidir. Creo, por ello, que aun en esta hipótesis se trata de un simple colaborador u órgano, y no del sujeto de la actividad probatoria.

El fin de la prueba es la comprobación de los hechos, que será real o formal, según el sistema que lo rija; pero una y otra se consigue cuando el juez adquiere el convencimiento de ellos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si, a pesar de los medios allegados al proceso, no puede el juez adquirir el convencimiento sobre los hechos, el resultado de la prueba será negativo, no se habrá conseguido, por ende, el fin que en abstracto le corresponde, no obstante que la actividad valorativa haya cumplido plenamente su función.

Por consiguiente son diferentes el fin de la prueba y el fin de su valoración. Aquél es siempre el convencimiento o la certeza del juez. El fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella puede tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtiene, o, por el contrario, negativo si no se logra. Por ello, gracias a la valoración podrá conocer el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde (30).

En cambio, el resultado de la apreciación de la prueba es el mismo resultado de la prueba para cada proceso, en unos casos el convencimiento del juez, y en otros la ausencia de tal convencimiento. Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

Sin embargo, para que haya decisión interlocutoria o sentencia, no es necesario el convencimiento del juez, y, por lo tanto, que el resultado de la prueba y de su apreciación corresponda al fin abstracto de aquella.

En efecto, el juez tiene el deber procesal de decidir, pese a la deficiencia o ausencia total de los medios de prueba; en lo penal, esa situación se traduce en la absolución del indiciado; en lo civil en la aplicación de la regla sobre carga de la prueba, según la cual deberá decidir en contra de la parte gravada con ella. Esta regla sustituye la prueba o su deficiencia, pero no la actividad de valoración pues, precisamente, y gracias a ésta llega el juez a la conclusión de que debe recurrir a aquélla, ante la ausencia de convencimiento sobre los hechos que sirven de fundamento a la norma sustancial que regula el caso, aunque se haya aportado pruebas para tratar de establecerlos.

B.- PRINCIPIOS DE LA PRUEBA PENAL

En el proceso penal, se habla de investigación y averiguación como potestad ilimitada otorgada al juzgador para llevar los medios de probar que estimen necesarios a juicio, sin necesidad de excitación de las partes, por considerarse que el derecho sustantivo penal, así como la relación de derecho criminal que se establece entre el Estado -poseedor del ius puniendi y el hipotético infractor de la ley penal, son eminentemente públicos.

Debemos admitir que en proceso penal, de corte inquisitivo, se consigue una mayor facultad para el juez de lo criminal, que aquella que tiene el juez civil no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar; es decir; en la etapa de juicio ambos jueces tienen la misma atribución

para estimar la aplicación del derecho sustantivo a los hechos, no así, en cambio, por lo que hace a la investigación y conocimiento de los hechos, para lo cual ciertamente, el juez penal dispone de mayores libertades. En principio, sin embargo, no es absoluto, ya que, normalmente, al juez civil le está autorizado, prescindiendo de la instancia de parte, ordenada bajo ciertas condiciones el desahogo de pruebas para mejor proveer.

En todo caso, al igual que en el proceso civil, es en el proceso penal, y precisamente en la segunda etapa de la instrucción, donde la prueba y el procedimiento probatorio alcanzan toda su plenitud. Ciertamente, desde la averiguación previa se realizan actos de prueba bajo la dirección al Ministerio Público, sólo que estos se hacen de manera parcial, es decir, solo se evacúan pruebas que tiendan a demostrar los elementos del delito y la presunta responsabilidad del inculcado o inculpados más no se admiten aquellas que se pudieran exculpar o beneficiar a éste.

Por otra parte, si bien la primera etapa de la instrucción esta permitido el desahogo de pruebas, ello también es relativo por cuestiones de tiempo ya que dentro de las setenta y dos horas que, como máximo puede durar esta, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del juzgador, es prácticamente imposible despachar todas las pruebas que se promuevan. Concientemente, es hasta la segunda fase de la instrucción donde encuentra su normal realidad el procedimiento probatorio.

La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

Pero es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de prueba adquiere un sentido preciso y especial que en sustancia es el mismo que tiene el derecho. A este

respecto dice Carnelutti " El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia" (31).

En efecto el historiador, el paleontólogo, el arqueólogo, el ingeniero, el cronista, el periodista, recurren a la prueba para convencerse a sí mismos de la verdad de los hechos ocurridos en un pasado inmediato o lejano, pero también para convencer a sus lectores y al público de esa verdad.

En Derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros (a los jueces, funcionarios de policía o administrativos, cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares, como sucede en asuntos de estado civil o en titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y de garantía, frente a los demás, de los propios derechos), pero también para tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos lo cual equivale a convencerse a sí mismos de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos.

De consiguiente, no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad o naturaleza diferentes de las que le corresponde en cualquier ciencia reconstructiva y mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizás tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales.

Dellepiane, explica admirablemente este aspecto, de la ciencia probatoria, que forma parte, tanto de la metodología de las ciencias reconstructivas, como de la filosofía y de la lógica aplicada en especial, y de la sociología, particularmente la judicial, si agregamos suyas esas palabras:- "Crítica histórica, metodología de la historia, teoría de la prueba judicial, crítica del testimonio, prueba indiciaria, métodos comparativos o de las series en arqueología, en lingüística, etc., todo esta destinado a fundirse y a buscar su verdadera colocación y lugar respectivo, su científica

significación y valor, en una teoría más amplia, rigurosamente lógica y exacta: la que bajo el título de método reconstructivo o metodología de las ciencias reconstructivas, me propongo elaborar" (32).

Sin duda se trata de actividades análogas, que deben servirse de métodos similares, aunque no siempre iguales, como es obvio. En el mismo sentido advierte Lessona, que estudiar la prueba en sí "es propio de la lógica, que es en derecho igual que en toda otra ciencia" (33).

El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, etc. lo hacen sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros.

La diferencia está, en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido, las del juez o legislador son imperativas, vinculares, en sus distintas condiciones de concretas o abstractas; las del historiador y de quienes adelantan actividades análogas, son afirmativas o polémicas, de libre aceptación. Pero aquéllas y éstos recurren a investigaciones similares y realizan análogas operaciones mentales para valorarlas y obtener conclusiones.

Las causas judiciales pertenecen, en definitiva, a la historia contemporánea, y el juez es, en cuanto a la parte investigativa, un historiador de casos concretos. Como observa Vishinski, las pruebas judiciales recaen sobre hechos ordinarios, sobre fenómenos que ocurren en la vida, sobre las mismas cosas, los mismos hombres y las acciones realizadas por éstos. Su distinta calidad depende del empleo que de ellas se haga: adquieren la categoría de *judiciales*, porque ingresan al proceso, o son simplemente históricas o geológicas, etc., si permanecen en el respectivo campo de investigaciones extraprocesales.

La prueba procesal no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas.

La prueba como se ha dicho por cierto sector de la doctrina, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida.

Entendida de esta forma la prueba podemos definirla como "el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso" (34).

No obstante las diferencias que existen entre los procesos civil y penal y la distinta regulación que legislativamente suele darse a ambos, la institución de la prueba judicial conserva su unidad en lo referente a los delineamientos y principios generales.

Esto lo comprobaremos al estudiar cuáles son los principios rectores de una teoría general de la prueba judicial. Algunos de ellos concuerdan más con el proceso inquisitivo, oral y de libre apreciación del elemento probatorio; razón por la cual, en los países que conservan el indeseable y caduco sistema del proceso civil dispositivo y prisionero de la tarifa legal, con atenuaciones más o menos importantes, dichos principios no tienen cabal aplicación, aunque teóricamente, e inclusive desde el punto de vista de una mejor política legislativa, no puede decirse que son ajenos a él.

Sobre los principios inquisitivo o dispositivo y de la tarifa legal o libertad de apreciación de las pruebas, vimos con suficiente amplitud cómo se justifica la diferencia que respecto a su efectiva aplicación existe aún en algunos países; pero, en verdad, es improbable que exista todavía algún proceso civil rigurosamente dispositivo y sin atenuaciones a la tarifa legal.

Sin que pretendamos agotar la lista, consideramos que en una teoría de la prueba judicial penal no es posible desconocer los siguientes principios:

1.) *Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez los hechos.* Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suprirlos con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

2.) *Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.* Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o la pretensión voluntaria, o la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.

3.) *Principio de la unidad de la prueba.* Generalmente la prueba que se aporta a los proceso es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios y documentos); a

veces hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.) Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar la concordancia o discordancia y concluir el convencimiento que de ellas globalmente se forme. La importancia de este principio se pondrá de presente al tratar de la apreciación de las pruebas.

4.) *Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición.* Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la indujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho.

5.) *Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.* Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de incidir al juez al engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que prevenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

6.) *Principio de la contradicción de la prueba.* Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como al civil y demás. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y

audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gozen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso, que estudiamos en otro lugar.

7.) *Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.* Se relaciona íntimamente con el anterior, pero no se identifica con él. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, que expusimos en otro lugar, según el cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa y se rechazan los procedimientos privilegiados; es, además, consecuencia del principio, también aplicable al proceso en general, que obliga a oír a la persona contra quien va a pedirse la decisión.

8.) *Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba.* Puede decirse que éste representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que si mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o idóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse al testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mérito porque nada le consta al declarante o no suministre razón alguna de su dicho.

Tampoco puede identificarse la idoneidad del medio con el valor de convicción de éste, para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta ésta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el juez no resulte convencido por la prueba (el testimonio puede ser idóneo o conducente para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguno en las varias recibidas).

9.) *Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.* La igualdad de oportunidades en materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor, o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad, o porque es una negación indefinida.

De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Por otra parte, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes de su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.

No se trata de simples lucubraciones, porque es a la luz de estos principios como el juez y el abogado podrán orientar su criterio para la producción, recepción y valoración de la

prueba; gracias a ellos, podrán despejar muchas dudas y resolver muchos de los problemas que esta complicada materia les presenta, en el diario desempeño de sus funciones.

C.- LA PRUEBA DE PARENTESCO EN LA TEORIA DEL PROCESO

El principio *iura novit iuria*, ciertamente hace mención a que el juez, como órgano del Estado, tiene el deber de conocer la ley con lo cual se trata de garantizar la correcta aplicación de esta a los casos concretos.

De esta manera, pues, la prueba no es otra cosa que la operación mental que realice el juzgador con objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieren llevado al proceso. Tal valoración tiende a verificar la concordancia entre el resultado del probar, y la hipótesis o hechos sometidos a demostración en la instancia.

De acuerdo con esta actividad el órgano jurisdiccional, según se lo autorice la ley, otorga a lo probado las consecuencias y efectos que a su entender y conciencia le dicten en relación con los hechos, condicionados con la prueba, para su aceptación sobre el fallo

De esta manera se debe distinguir la noción de prueba, en sentido riguroso, de la noción de medios de prueba. En sentido estricto, "la prueba se entiende como las razones o motivos que sirven para llevarle al juez las certezas sobre los hechos; y por medios de prueba los elementos o instrumentos, utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos" (35)

En sentido general, por prueba se entiende, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; luego, una definición que pretenda dar un concepto amplio de la prueba debe incluir ambos puntos de vista. Por lo que no debe limitarse la noción procesal de

probar a los hechos controvertidos, sino a todos los que deben servir de fundamento de la decisión del juez, ni se le debe vincular al sistema de valoración, libre o tasada, que rija en el proceso.

De lo anterior, desde un punto de vista rigurosamente procesal se entiende que:-

El objeto de probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales se debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza.

La forma como se verifica este contacto es decisiva, puesto que las diversas maneras en que se patentiza son de extrema importancia para la función de la prueba, para su destinación y eficacia.

En nuestro sistema jurídico es regla general el principio de que la Ley deja completa libertad al juez en lo referente al medio de prueba que ha de emplearse en el caso concreto, y de que también lo deja en libertad, en relación con el objeto especial, de no someterse a ningún medio peculiar de prueba.

Este principio no se encuentra formulado de manera expresa, pero surge del sistema del proceso y especialmente del conjunto de normas sobre la actividad del juez sobre el campo de las pruebas.

Naturalmente, el empleo de los medios de prueba en relación con cada uno de los distintos objetos de prueba se refleja en la motivación, y, por lo tanto está sometido al control de esta, razón por la cual el juez en realidad debe valerse de medios de prueba físicos, adecuados y concluyentes.

Ahora bien, numerosas excepciones se refieren a los vínculos de familia, por cuanto para la respectiva comprobación tienen valor las reglas de prueba propias en derecho civil. Los vínculos de parentesco que se relacionan con la apreciación de los hechos, con la imputabilidad o con la aplicación de la pena, se comprueban allegando al proceso las copias de las actas del estado civil, y si estas no existen con otros medios. Porque el derecho penal no exige en extremo formalidades.

La Ley menciona por ejemplo, la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión es admisible para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la Ley autoriza, pero la testimonial no es admisible sino hubiere un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión (artículo 397 del CC Gto.). (36)

El artículo 194 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato menciona que se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracc. V de la Constitución, todos aquellos que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho o la moral a juicio del juez o del tribunal cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer la autenticidad del objeto de la misma.

Es así pues que en materia penal se habrá un espacio amplio para la comprobación del parentesco, de esta manera la legislación adjetiva estatal establece como medios de prueba la confesional, testimonial, documental, etc. para probar un hecho cualquiera que este sea.

Para tal efecto, sólo explicare aquellos medios cuyo efecto jurídico es la comprobación del parentesco, en materia penal. Es indudable que la prueba más fehaciente es la partida del registro civil pero es este caso no es la única como expondré enseguida.

Así pues, se ha considerado a la prueba confesional como la reina de las pruebas habida su expresión como sentencia en contra de la parte que la hubiera producido, pero ello no significa que se desconozca del derecho alegado por el adversario; consecuentemente la confesión no traerá aparejada necesariamente una sentencia contra el confesante.

Considerándose a la confesión como medio de prueba, en tanto se produce en contra de su autor, ello no desembocará en la conclusión de establecer la culpabilidad del imputado, porque, como ocurre frecuentemente, puede suceder que no obstante de aceptar la participación en los hechos delictivos, llegan a existir excluyentes de responsabilidad penal, sin excluir posibilidades en que por diversos motivos se admiten acciones en el delito que no cometió el confesante.

La palabra confesión proviene del latín *Confessio* que significa declaración que hace una persona de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otra.

Sin embargo la función de esta prueba y participación del acusado en el proceso penal, como factor de prueba sigue una evolución sobre el objeto de prueba por ser reconocida después como objeto en toda plenitud; es decir, dejando atrás las participaciones dentro del proceso penal moderno que parte de lo que confiesa el acusado, para dirigirse luego al estudio y exploración de su individualidad.

Por lo tanto surgen diversas disposiciones abstractas acerca de su naturaleza tanto en el Derecho Procesal Civil como en el Derecho Procesal Penal como son las siguientes:-

- a) La Confesión como una especie de la prueba testimonial.
- b) La Confesión como indicio.
- c) La Confesión como acto de disposición de derechos.
- d) La Confesión como negocio jurídico.

La finalidad de este medio probatorio es el esclarecer los hechos del delito que se investiga a fin de conocer la verdad de la responsabilidad del inculpado, aunque hay hipótesis que la confesión sirve para probar el cuerpo del delito o ahora llamados elementos del tipo penal.

La prueba Testimonial en el proceso penal no ha perdido relevancia, por este medio de prueba es importante proteger el testimonio, de todas las garantías posibles. Como lo establece el artículo 228 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

Este medio probatorio tiene como objetivo no sólo el hecho (s) sino también, las personas, cosas o lugares que el testigo describe relacionadas con la causa criminal, en el más amplio sentido, y sin considerar las barreras artificiales que se han pretendido imponerle para acortarlo.

En este caso la finalidad de este medio probatorio es esclarecer por testimonios el vínculo parental entre la víctima y el victimario, aunque el código procesal nos indica que no están obligados a declarar los familiares, también nos indica que lo harán hacer si tuvieran voluntad de declarar, sólo que se hará constar esta circunstancia. (art. 231 del Código Procesal Penal local)

El medio probatorio más eficaz para nuestro caso es la Documental Pública, por la relevancia probatoria que representa. La preeminencia probatoria que representa la documental se encuentra enmarcada en el móvil jurídico de aquellos que participan en su producción;

por lo mismo, en el documento queda fijado los hechos que se quisieron expresar en el documento o retractaciones posteriores, por lo que se convierte en un medio confiable al proceso.

Estos instrumentos señalan ciertas características que son:-

a) Las llamadas preconstituidas, aquellas preparadas con anterioridad al juicio, por mandato de la ley o por voluntad de las partes, con objeto de constatar la creación, extinción o modificación de un derecho.

b) Que después de la confesión, la prueba instrumental es una de las más eficaz, por la seguridad que importa para la estabilidad de los derechos la exigencia por parte de la ley de formalidades determinadas de actos y de regulación por la fuerza probatoria, no sólo entre las partes, sino también en relación a terceros.

c) El documento puede estar vinculado a la existencia o solamente a la prueba del derecho.

Proviendo de la voz latina documentum que significa título o prueba escrita. Gramaticalmente, documento es toda escritura, o cualquier papel autorizado con que prueba, confirma o corrobora un acto.

Cuya finalidad del documento no es constitutiva, sino probatoria o respectiva, y para ello se señala al documento como un medio de prueba preconstituida, que es aquella que se crea con la idea de preservar su intención o contenido para el futuro, y así, librarlo de posibles contradicciones o desconocimientos.

Se ha considerado que existen criterios dentro de nuestra legislación procesal penal, para la valoración de los tipos de prueba, más sin embargo se especifica que todos los

medios de prueba o de investigación y la confesión, cuando sea la mencionada constituye un mero indicio.

D.- EL PARENTESCO EN MATERIA PENAL

Como apuntamos anteriormente, cuando se trata de acreditar el parentesco existen diferentes medios de prueba para lograr ese fin, tanto en materia civil como en materia penal, solo que la significación de este es muy diferente, estas dos ramas tienen diversas consecuencias jurídicas que nacen del vínculo familiar; mientras que, en materia civil, se determinan del nacimiento derechos y obligaciones como la tutela, la patria potestad, etc., en materia penal, se advierten una serie de excusas absolutorias, como es el caso del robo entre parientes, evasión de presos, etc., con los fines y las preocupaciones propias del Derecho Penal, que se refieren a la tutela de los bienes jurídicos o de los intereses sociales en que se comprende tanto la vida, la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc. existe, pues, y da lugar a la excluyente, siempre que se plantea la urgencia de salvar cualquiera de estos bienes.

Tomada de los franceses, a través de los españoles, ha llegado hasta nosotros esta denominación de "excusas absolutorias" que en la doctrina alemana se substituye por la de "causas que excluyen la pena" lo mismo bajo una que la otra de estas designaciones, se hace referencia a caracteres y circunstancias de diferentes hechos por los cuales no obstante que existe y está plenamente integrado el delito la ley no impone sanción por razones particulares de justicia o de conveniencia, contra las cuales no puede ir la pena aún cuando no se admita que justicia y utilidad son su "ratio escendi", su fundamento y su fin.

Por eso en su oportunidad rechazamos el criterio que incluye entre los elementos constitutivos del delito la punibilidad pues si la existencia de algunos delitos se compagina

legalmente con su impunidad, es claro que la pena no es esencial, ni mucho menos factor en la criminalidad sino un medio solamente de intentar la represión.

Me parece también que la evolución en esta materia no puede llevar a confundir las excusas absolutorias con las causas que excluyen la responsabilidad como espera Jiménez de Asúa, pues que teniendo naturalezas diferentes unas y otras son y serán siempre irreductibles a una misma categoría sin perjuicio de que corrijan errores hasta hoy imperantes y se de su justa colocación y eximentes que actualmente se consideran como excusas y viceversa.

La conexión que existe entre las excusas absolutorias prefijadas en la ley para casos concretos cuya prevención se ha dicho ya que es necesariamente incompleta, y el perdón que los jueces pudieran conceder con apego a las realidades de cada caso, aunque con base en el criterio legal, nos fuerza a pensar que el camino verdadero de adelanto esta en la tipificación de esas causas que en lo sucesivo serian motivos de perdón clasificados por fundamentos bien limitados y determinados.

Existen preceptos redactados con tal extensión y vaguedad (como los relativos a delitos patrimoniales entre ascendientes y descendientes) que requieren ser interpretados en forma restrictivas y que, reducidos a sus justas proporciones, quedarían como faltas familiares y no como verdaderos delitos así debería considerarse el hecho de que un menor, viviendo a un lado de sus padres tomara cinco pesos para ir a una diversión, o de un padre que administra bienes del hijo que se hay bajo su patria potestad y dispone de una pequeña cantidad de aquellos bienes o de sus frutos ; es decir en último extremo un delito mínimo con falta de verdadera peligrosidad criminal.

En otro orden de ideas, en la materia penal no existe la institución propia del derecho privado como lo es la tacha de testigos, habida cuenta que será el juzgador el encargado de apreciar y valorar el testimonio de quienes acudan al proceso penal, luego, el hecho de que entre los protagonistas de un drama penal existe una relación de parentesco no es razón bastante para demeritar

su dicho, sino que el órgano judicial se ajustará a las disposiciones del artículo 277 de la Ley Procesal Penal.

Parece así, que un medio de prueba válido para acreditar el parentesco es necesariamente la partida de nacimiento, matrimonio, etc., probanza que por antonomasia acredita ese entroncamiento legal, sin embargo; en materia penal, las formalidades del derecho civil no son tan exigentes, por cuanto en algunos casos, como en el homicidio, la identidad de la víctima en ocasiones se determina con el simple testimonio de personas allegadas al ofendido, e inclusive con esa prueba es bastante para deducir el beneficiario de la reparación del daño.

En el caso de agravar la conducta del violador cuando mantiene una relación de parentesco con su víctima, estimo válido -no necesariamente aceptable- que esa relación civil, también pueda demostrarse por cualquier medio de prueba de los que enuncia el derecho procesal penal e inclusive con la confesión del acusado.

Sin embargo, esa sería la causa de excepción no la regla general, porque a mi juicio, ésta tendría que hacer referencia a la documental pública suscrita por el Oficial del Registro Civil o por una autoridad judicial para cuando se tratase del tutor o de quien tuviese a su cargo la custodia o potestad del pasivo, y, solo excepcionalmente por otra probanza.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO III

- 26).- Pág. 15 Devís Echondía, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial" 5a. Edición Tomo I. Victor P. de Zavalia, Editor. Buenos Aires, Argentina 1981
- 27).- Pág. 29 Opcit. Devís Echondía, Hernando

- 28).- Pág. 114 Idem.
- 29).- Pág. 73 Claria Olmedo, Jorge. "La prueba procesal" 1a. Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1963
- 30).- Pág. 169 Florian, Eugenio. "De las pruebas penales". Tomo I. 2a. Edición. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1976.
- 31).- Pág. 92 Díaz de León, Marco Antonio. "Tratado sobre las penas penales". 1a. Edición Porrúa, S.A. México 1982
- 32).- Pág. 4 Carnelutti, Francesco. "La prueba civil". 1a. Edición. Arayú, Ediciones Buenos Aires, Argentina 1955
- 33).- Pág. 10 Dellepiane, J. "Nueva teoría general de la prueba" 2a. Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1961
- 34).- Pág. 8 Lessona Giuseppe. "Teoría General de la prueba en derecho civil" 4a. Edición Editorial Reus. Madrid, España 1928, Reimpresión 1976
- 35).- Pág. 109 Opcit. Díaz de León Marco Antonio
- 36).- Código Civil del Estado de Guanajuato. No.1, Edición Porrúa S.A. México 1995

CAPITULO IV : CALIFICATIVAS Y AGRAVANTES COMO CUESTIONES POLITICO- CRIMINAL- PENALES

SUMARIO: *A) Política criminal y dogmática. B) El principio de culpabilidad como límite de la pena. C) Definición de calificativas y agravantes y su incidencia en la punición D) El ataque sexual por sujeto activo cualificado.*

A.- Política criminal y dogmática.

En la evolución última del derecho penal, las nuevas constituciones, los programas de reforma penal, han hecho renacer con gran fuerza los planteamientos de política criminal. Pero al mismo tiempo esta profundización político-criminal no sólo ha dado un nuevo impulso a las reformas, sino también a una nueva concepción del derecho penal vigente, en conformidad a los nuevos principios constitucionales y a los avances en las ciencias sociales

"Lo anterior puede resumirse en el planteamiento de Roxin respecto de la dogmática que *debe cumplir tres requisitos para que sea fructífera*: "claridad y ordenamiento conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales". En dirección parecida, Hruschka señala que a la dogmática penal se le han planteado *tres tareas*, la estructuración en general del sistema de normas penales, el estudio del problema "político-jurídico" de qué conducta humana es merecedora de pena, y en ese marco de cuál es el fundamento normativo de la pena, y, por último, la tercera tarea es la de elaborar y comentar el derecho penal vigente. En general, estas tareas y requisitos sólo se han cumplido parcialmente o sin ver la integración que ellos tienen dentro de la dogmática penal.(37).

Así, es evidente que por lo menos con mucha claridad, tanto en la dogmática causalista como en la finalista, hubo una búsqueda de la realidad y un recurso a las ciencias sociales. Es así como los conocimientos aportados por la ciencia positiva y en virtud de los planteamientos de Von Liszt en especial, forman la base de la llamada dogmática causalista. Por otra parte, no hay duda de que el finalismo, por medio de Welzel, recogió el conocimiento psicológico de su época expresado en Lersch, en relación a la estructura de la personalidad y el antropológico de Rothacker; además, su concepto de acción corre paralelo al planteado por aquella época en la sociología weberiana.

Por último, en la actualidad, la influencia de la criminología funcional, del etiquetamiento, innegable; por otra parte, hay esfuerzos mancomunados para mantener un diálogo entre las ciencias sociales y el derecho penal, como es, por ejemplo, la serie de publicaciones llevadas a cabo por Luderksen y Sack en Alemania, el uno penalista y el otro sociólogo y criminólogo. De todos modos, esto no basta y no es suficiente para las exigencias de una dogmática fructífera. A ello también se ha agregado el estudio normativo penal general, esto es, de carácter lógico y filósofo; así, en la época del causalismo al positivismo se le agregó la teoría de los valores del neokantismo, el Welzel se planteó fundamentalmente desde la fenomenología de Husserl y el realismo valorativo de Nicolai Hartmann.

Pero tampoco esto ha sido suficiente. En general, en cada caso se ha convertido la tendencia a crear un sistema cerrado, que se basta así mismo y que no permite modificaciones, a pesar de que aparezca con evidencia que se llega a resultados injustos, desproporcionados o irracionales en el comentario y elaboración del derecho penal vigente. A pesar entonces, de que se está provisto de todo este bagaje científico social y normativo general.

Ello, evidentemente, se debe muchas veces a no mantener la conexión adecuada con la realidad social y el pensamiento normativo. Sin embargo, justamente esa falta de conexión plantea la cuestión de que es necesario el mantenimiento de una nueva exigencia que permita tal conexión, y ella es la de introducir en el sistema penal la orientación de las finalidades político-criminales.

La incorporación a la dogmática penal de las finalidades político-criminales transforma la dogmática penal de un sistema cerrado a un sistema abierto y, por tanto, en continua renovación y creación. Sólo al abrir el sistema se puede llegar al reconocimiento que una solución aparentemente moderna y progresista es injusta, pues trata situaciones diferentes como iguales, y no da razón para explicar la extensión de la punibilidad. Evidentemente que ella va en contra de la

finalidad de la norma penal, que hay que ponerla en conformidad con la norma constitucional y los fines de un Estado social y democrático de derecho.

Desde esta perspectiva resulta totalmente explicable la evolución que ha experimentado el derecho penal en el último tiempo, que se refleja en sus diferentes aspectos teóricos.

"Es por eso que Mir Puig descarta una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia *ético-jurídica de retribución por el mal cometido*. Y que señale, por tanto, que el poder penal sólo puede ser concebido dentro de la exigencia de una "política social", es decir, que la pena ha de cumplir una misión (política) de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos, lo cual implica plantear la función de prevención como la propia del derecho penal; en lo cual coinciden, Muñoz Conde y Gimbernat en España, y Roxin, entre otros, en Alemania".(38)

Sin embargo, tal planteamiento no puede sustraerse a lo que sucede y ha sucedido en la realidad, y es por eso que el propio Mir Puig y también Muñoz Conde se hacen eco de la observación de Roxin de que la prevención general ha tendido al terror penal. Y es por eso que plantea una prevención sometida estrictamente a los principios de un Estado de derecho democrático, que implica su sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y dignidad de la persona humana.

Dentro de esta línea, Hassemer en Alemania ha ido más lejos en su recepción de la realidad. Sobre la base de las investigaciones en el ámbito de las ciencias sociales que no han demostrado la eficacia motivadora de la prevención general, afirma que ha de rechazarse la que él llama la teoría de prevención general o intimidante, como la formuló Feuerbach. Por eso, propicia una prevención general "amplia", que persiga sólo la "estabilidad de la conciencia jurídica".

Dentro de este orden de ideas, esto es, sobre la base de lo discutible, desde un punto de vista empírico, de la motivación de la pena, y por lo "peligroso" que significa reconocer a un Estado -que aunque sea democrático y social, es todavía en su evolución y desarrollo imperfecto- la posibilidad de motivar con un medio tan violento como es la pena, hemos llegado al límite de una tal concepción. Es por eso que hemos sostenido que la única finalidad de la pena es autoconstatación del Estado, es decir, señalamiento público de los límites máximos tolerables dentro del sistema elegido y demarcación, con ello, de la actuación de los ciudadanos.

Del mismo modo como se ha puesto reparos a la prevención general, también han surgido reparos a la prevención especial sobre la base de las investigaciones de las ciencias sociales. Es así como Barbero Santos ha señalado últimamente la crisis del pensamiento resocializador, ya que "apenas ofrece resultados apreciables en la prevención de la reincidencia". Lo que evidentemente es explicable a la prevención especial que participa de tal espíritu al querer actuar sobre el sujeto individual.(39)

Es por eso que Barbero Santos plantea que el fin de resocialización, esto es, que el sujeto "lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, que no haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar", y que Bricola señale que una pena reeducativa sólo ha de entenderse en el sentido "de dar o volver a dar al sujeto una sensibilidad para los valores constitucionales" (40).

En este orden de ideas, sobre la base de lo discutible que es empíricamente la realización tanto desde el punto de vista de la reincidencia como también porque siempre hay socialización, sólo que una diferente, y por el hecho, además, que dados los medios actuales y sobre todo aplicando la pena privativa de libertad, es imposible cualquier planteamiento serio de tratamiento, hemos señalado que la pena desde un punto de vista especial no puede ir más allá de los fines propios a cada individuo, que son lograr un grado mayor de dignidad propia, lo que en general significa posibilitarlo con su consentimiento, primer supuesto de la dignidad, a resolver mejor sus conflictos.

A partir de esta concepción de la pena, lejana, pues, a una concepción retribucionista, los aspectos fundamentales del delito resultan completamente diferentes. Es así, entonces, como el injusto ha de construirse conforme al fin de la norma penal, que no es otro que el de protección de bienes jurídicos.

Ahora el bien jurídico, para no ser una mera categoría formal que se identifique con la norma misma, por tanto, el fin de ella, y pierda así toda categoría real, es necesario que recoja la realidad social.

Es por eso que Mir Puig ha señalado que "bienes jurídicos son las *condiciones necesarias*, según la observación empírica, y que se traducen en *concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social, para el correcto *funcionamiento* de los sistemas sociales" (41)

En definitiva, el bien jurídico nos permite desentrañar la finalidad de la norma y su propia estructura, y con ello también indicar cuál es la conducta sobre la cual ella recae, una conducta de comunicación. esto es, llena de sentido y significación. Con razón ha señalado Angel Torío que el planteamiento del fin de la norma, conforme al objeto protegido, se hace cada vez más dominante en la doctrina, Sin embargo, como también se ha señalado, la mayoría de los resultados a que se llegó por la teoría de la acción finalista han sido aceptados por esta nueva dirección del derecho penal, pero no entonces sobre la base de contenido de una acción considerada como estructura lógico-objetiva, sino a partir del fin de la norma. De este modo se ha dado mayor flexibilidad al sistema y se ha logrado una mayor fecundidad de él introduciendo los criterios político-criminales.

Mas no sólo el injusto entra en revisión para un derecho penal que rechace el retribucionismo y ponga su acento en la función que cumple la pena en el cuerpo social, sino también el otro pilar de la teoría del delito que es la culpabilidad.

En otras palabras, la culpabilidad, al considerar al individuo como tal, tiene que considerarlo como sujeto que ha internalizado toda una red social compleja de valores y definiciones y que al mismo tiempo en un proceso interactivo es productor de valores y definiciones, como se ha señalado últimamente desde un punto de vista estrictamente ético.

"Por eso es que Mir Puig en forma más sencilla ha planteado que la culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las *posibilidades psicicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico* por parte de la norma penal; lo que Muñoz Conde llama "motividad". Y en dirección parecida he sostenido que culpabilidad es responsabilidad, en el sentido de la conciencia social lograda por el individuo en concreto" (42).

En general, se puede decir que si bien desde estas nuevas perspectivas integradas dentro de la dogmática se rechaza el fundamento tradicional de la culpabilidad, no se reniega de ésta como supuesto de la pena. Aun cuando su fundamento cambie radicalmente, de todos modos su función permanece la misma, servir de base a la pena y de principio garantizador de la dignidad del individuo en relación al penal del Estado.

Ello no quiere decir que no existan planteamientos destinados a una supresión o completa sustitución del principio de culpabilidad, mas ellos siempre tropiezan con el criterio político-criminal, que viene ya desde los iluministas, de que los supuestos de la pena han de servir, al mismo tiempo -si han de tener un sentido dentro de un Estado de derecho, y con mayor en uno social y democrático-, como garantías del individuo frente al Estado.

Es justamente este criterio político-criminal el que hace necesaria la elaboración de una categoría, de culpabilidad, cualquiera que sea el fundamento y alcance que se le dé, con el objeto de precisar claramente *a quién* en concreto se le va a imponer la pena *y por qué* ; de lo cual necesariamente tiene que dar cuenta el Estado a los ciudadanos y para lo cual no basta con los criterios que da el injusto, que no son lo suficientemente individualizadores en cuanto al sujeto y que darían, por tanto, una respuesta vaga y susceptible de la total arbitrariedad e indefensión en relación a los ciudadanos.

Por último, la dogmática no sólo ha de preocuparse en esta visión integradora del injusto y de la culpabilidad, sino también de la pena. Las penas mismas a aplicar no pueden ser las mismas que aquellas de un sentido retributivo de la pena. Es por eso que se ha hablado mucho últimamente de una crisis del sistema de penas, ya que las penas tradicionales no se adecúan con la nueva función que se le asigna a la pena, esto es, la de ser un agente activo de resolución de conflictos sociales.

Así, son conocidos ya, por los aportes de la criminología, los procesos de prisionización, de despersonalización, de la subcultura carcelaria, de la estigmatización, etc. Es cierto, por otra parte, que dado el actual estado de la ciencia, no es posible pensar en una total abolición de la pena privativa de la libertad. Por ello, se trata solamente de limitarla al máximo posible, de sustituirla por otro tipo de penas (multa, suspensión de derechos, arresto fin de semana, trabajo social, etc.) o de introducirle en su ejecución formas que morigeren sus efectos (establecimientos abiertos, semiabiertos, etc.). Al mismo tiempo, esta revisión de penas ha alcanzado también a la pena de multa, imponiéndose en general, en razón de un principio de igualdad, el sistema de días-multa, que permite una mejor graduación de ella y conforme a los ingresos del autor.

En fin, como era lógico, el replanteamiento de la función de la pena ha producido también un cuestionamiento de las diferencias entre pena y medida de seguridad, atribuyendo a la primera un carácter exclusivamente retributivo y a la segunda de resocialización o tratamiento.

Ello también suponía que la primera era un mal, y no así la segunda. La revisión del sistema dualista se ha dado en ambos aspectos. Las investigaciones al respecto han demostrado, sobre todo en el caso de las medidas de internamiento, que ellas constituyen también un mal y que privan al sujeto de determinados derechos, y más aún que conforme a ciertas concepciones pueden ser más graves que la pena, atentando contra el principio de legalidad, cuando se sostiene un carácter indeterminado.

Así las cosas, quiere decir que la imposición conjunta de pena y medida de seguridad resulta totalmente injusta, pues se está afectando al sujeto dos veces en razón de la misma finalidad.

De ahí, entonces, que hoy nuevamente se plantee un sistema unitario, no ya como antes en forma unilateral, esto es, como consecuencia de un planteamiento retributivo o peligrosista absoluto, sino porque considero el problema punitivo desde los fines político-criminales y los principios de un Estado democrático y social de derecho, aparece ya adecuado hacer diferenciaciones entre medidas y penas, y se trata más bien de un problema de la individualización de la sanción de aplicar al sujeto conforme a las características del hecho y personales y de la configuración también diferenciada de la ejecución.

"En definitiva, entonces, no se puede hablar realmente hoy de una crisis de la dogmática, sino más bien de una revisión de los aspectos que ella debe considerar en la elaboración de su contenido. Lo que ha llevado a superar el planteamiento dicotómico de dogmática y política criminal y a evitar caer en una concepción de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para

elevarse a un sistema abierto de conocimientos de continua profundización y reelaboración no sólo en razón de los cambios de legislación vigente, sino también en virtud de los cambios en la realidad social recogidos por las ciencias sociales, en especial la criminología, y además por una mayor precisión en los planteamientos ético-sociales-normativos y por una mayor claridad en las finalidades político-criminales" (43).

Ciertamente, se puede hablar en el sentido de añoranza de la seguridad que da trabajar con principios inmutables. Pero la actitud de modestia y de apertura a la discusión es consubstancial al quehacer científico y también a la labor político-criminal adecuada a un Estado social democrático de derecho. La dogmática ha dado, pues, con esto, en su corta evolución de más o menos un siglo, un gran paso adelante que permite llamarle ahora con razón dogmática creadora: de un sistema cerrado en verdades absolutas e inmutables se ha pasado a un sistema abierto, en continua rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental sólo puede ser la dignidad del ser humano.

B.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LIMITE DE LA PENA.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta" (44).

El principio de la culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional. Sin embargo, el concepto de culpabilidad ha sufrido una evolución que no ha logrado aclarar en forma mínimamente satisfactoria su significado.

Por *una parte*, el desarrollo de la teoría del delito ha ido separando y diferenciando del concepto originario de culpabilidad una serie de categorías que van vaciando aquella noción y relegándola a una función residual. Sin embargo, el lenguaje ordinario y también el legal siguen usando el término "culpabilidad" y sus variantes en su sentido originario. La propia doctrina emplea aquella palabra en un sentido amplio, más próximo al inicial que al de la teoría del delito, cuando se quiere fundar o limitar la medida de la pena o su propia legitimidad. Se sigue de todo esto una diversidad de sentidos de la palabra "culpabilidad" que oscurece su significado.

Por *otra parte*, el concepto de culpabilidad se ha cargado, en su interpretación jurídico-penal, de fuertes connotaciones metafísicas y moralizantes. Esto dificulta el manejo de aquel término por parte de una teoría del derecho penal que quiera acentarse sobre bases verificables o controlables.

También diluye la capacidad del principio de culpabilidad de fijar un límite racional al poder punitivo del Estado. Y, pese a todo, correctamente entendido tal límite, es necesario en un Estado social y democrático de derecho como el acogido en constituciones como la española y la alemana. Querría en estas páginas contribuir en alguna medida a delimitar y concretar el contenido limitador que puede y debe encontrarse en el principio de culpabilidad.

Empecemos por desarrollar los motivos indicados de la ambigüedad e incontrolabilidad del término "culpabilidad" que suele manejarse en la doctrina del derecho penal.

En sentido amplio, la culpabilidad llega a identificarse con la total gravedad del delito imputable a su autor. De ahí que se acuda a la naturaleza del hecho penalmente relevante para determinar hasta que grado interviene el autor con su culpabilidad.

También se utiliza este sentido cuando se pretende o se niega que la pena haya de retribuir o compensar la culpabilidad del sujeto. La expresión "principio de culpabilidad", que persigue fijar un límite general al derecho penal, se emplea a menudo en sentido amplio.

En cambio, en el contexto de la teoría del delito el término "culpabilidad" se usa *en otro sentido, más estricto*: se contrapone entonces a la antijuricidad. Así es desde que se impuso la distinción de antijuricidad y culpabilidad en el concepto clásico de delito de Von Liszt y Beling. La introducción de la categoría de antijuricidad dejó reducida la culpabilidad al conjunto de presupuestos del delito que no condicionaran aquélla. Como la antijuricidad nació referida sólo a la parte objetiva del delito, la culpabilidad pasó a comprender su parte subjetiva.

"El dolo y la culpa integraban el centro de la culpabilidad, que se concibió como una relación psicológica cuasicausal entre el hecho objetivo y la mente del autor. La incapacidad de esta "concepción psicológica de la culpabilidad" para cobijar la culpa inconsciente y explicar la existencia de causas que excluyen la culpabilidad pese a la subsistencia del dolo, motivó una nueva doctrina de la culpabilidad: la "concepción normativa", que le confirió otro significado". (45)

"De relación psicológica pasó a "reprochabilidad". Se abrió así la vía para una nueva reducción del contenido de la culpabilidad, vía que sería seguida por el finalismo. Al extraer de la culpabilidad y pasar al tipo de injusto el dolo y la base de la imprudencia, todo el hecho, tanto en su parte objetiva como subjetiva, pasó a ser objeto de la antijuricidad. La culpabilidad dejó de ser la parte subjetiva del delito y se consolidó como juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente cuando *podía haber obrado de otro modo*. Los presupuestos de la culpabilidad se redujeron a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento del injusto y la ausencia de causas de exculpación" (46)

Por esta vía se produce una progresiva restricción del sentido en que se usa el término "culpabilidad" en la teoría del delito, a la vez que va adoptando un significado moralizante.

La doctrina jurídico-penal ha ido, por otra parte, cargando el contenido metafísico y moralizante el concepto de culpabilidad. Hoy es frecuente entender que ésta supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico por haberlo cometido cuando *podía haber obrado de otro modo*. La culpabilidad supone, así concebida, la *libertad de voluntad o libre albedrío*.

Más esta interpretación metafísica del concepto de culpabilidad, que hunde sus raíces en la tradición religiosa y en la creencia en la existencia de un alma inmaterial no sujeta a las leyes casuales de la materia, no es la única posible. En el lenguaje ordinario y en el sentido amplio en que se utiliza como contrario a inocente, culpable de algo es simplemente aquel a quien puede *imputarse*. Ello ve en la culpabilidad sólo una *relación de atribución*. Tampoco el concepto psicológico de culpabilidad de la teoría positivista del delito implicaba más que la posibilidad de una conexión psicológica del sujeto con el hecho.

El Estado de derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, p. ej.; cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado.

Todo ello sirve de fundamento de diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestas de la posibilidad de considerar a alguien como *culpable*. Tales exigencias son:-

a) El *principio de personalidad de la pena*. Impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la *responsabilidad colectiva* que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las *personas jurídicas* -lo que afectaría a todos los socios con independencia de su intervención- o, alternativamente, los gestores de ellas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

b) El *principio de responsabilidad por el hecho*, exige un "derecho penal del hecho" y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser -directa o indirectamente-. Aunque el hombre contribuye a la formación de su personalidad, ésta escapa en buena parte a su control. Debe rechazarse la teoría de la "culpabilidad por la conducta de la vida" o la "culpabilidad por el carácter". Este principio entronca con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el "mandato" de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el "derecho penal del autor" y la teoría de los "tipos de autor" que propusieron los penalistas nacionalsocialistas, lo que manifiesta su significado político.

c) La *exigencia de imputación objetiva* del resultado lesivo a una conducta del sujeto. En los delitos de conducta positiva ello requiere la relación de casualidad entre el resultado y la acción del sujeto, pero además son precisas otras condiciones que exige la moderna teoría de la imputación objetiva y que giran en torno de la necesidad de *creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado*. En los delitos de comisión por omisión son precisos requisitos distintos, como la posibilidad de evitar el resultado y la posición de garante.

d) La *exigencia de dolo o culpa (imputación subjetiva)*. Considerada tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad, hace insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. Superada la concepción de la "responsabilidad objetiva", hoy se admite generalmente que la pena del

delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y que ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto no pudo prever el hecho, no debe imponer pena alguna.

e) La *necesidad de culpabilidad en sentido estricto*, que exige la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación -también de la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad, si éste no se incluye en el dolo-. Las exigencias enumeradas en las letras *a a d* son fácilmente fundamentables recurriendo a la idea ya expresada de amputación del hecho al sujeto como *obra suya*, no sólo objetiva, sino también subjetivamente. A su vez, esta idea encuentra cómodo engarce con la dignidad humana que debe respetar un Estado de derecho.

En un sentido o en otro, la culpabilidad no se entiende aquí como *demérito o retribuir* mediante la pena, sino como posibilidad de *atribuir* (imputar) la lesión puesta en peligro (sentido amplio), o el hecho antijurídico (sentido estricto), un hecho y un sujeto. La razón última de la pena no es esta relación, sino la voluntad de evitar lesiones de bienes jurídicos y, en consecuencia, aquellas conductas antijurídicas que las propician: *no se castiga la culpabilidad, sino el ataque antijurídico a un bien jurídico*. Lo que ocurre es que sólo puede castigarse al autor de este ataque si le es atribuible en ciertas condiciones que permiten afirmar su culpabilidad.

La concepción aquí mantenida no persigue, pues, fundamentar la posibilidad de "retribuir la culpabilidad". Se pretende al contrario, distanciar la culpabilidad de sus resonancias moralizante y retribucionistas. Quiere verse como límite de la función de prevención mediante la pena, un límite que impida buscar la protección de bienes jurídicos cuando ello suponga castigar lesiones que no quepa imputar al sujeto.

"Pero, ¿es necesario el límite del principio de culpabilidad tal como lo entendemos?. Los presupuesto de la culpabilidad en sentido amplio que son exigibles también para el injusto (como el dolo y la culpa), se derivarían ya de la antijuricidad. Sin embargo, no sucedería lo

mismo con otros aspectos del principio de culpabilidad, como el no por evidente menos fundamental del carácter personal de la pena, que impide castigar a un inocente por el hecho de otro. No basta que este hecho sea antijurídico, sino que es preciso que pueda atribuirse al sujeto. Por supuesto, el injusto tampoco bastaría para fundamentar la exigencia de culpabilidad en sentido estricto. Todo esto ya justificaría el mantenimiento del principio de culpabilidad, como exigencia de atribuibilidad del hecho al sujeto como obra suya racional. Parece conveniente, por otra parte, reforzar desde este prisma la exigencia de los demás presupuestos que, aun siendo ya requeridos por el injusto, condicionan *también* la pertenencia objetiva y subjetiva del hecho".(47)

La respuesta tradicional a esta pregunta es bien conocida: quien realiza el hecho antijurídico sin culpabilidad no puede responder penalmente porque actúa *sin libertad*, y el fundamento de la responsabilidad penal es el libre albedrío o libertad de voluntad. El libre albedrío supone el "poder actuar de otro modo", es decir, que en el momento en que actuó el delincuente pudiera haber dejado delinquir. El inculpaado, se dice, no tiene esta posibilidad. Así, el enfermo mental actuaría bajo el influjo determinante que supone su enfermedad y que impediría que su hecho antijurídico apareciese como obra de su libre voluntad. Este sería, con los matices correspondientes el fundamento común a todos los supuestos de ausencia de culpabilidad en sentido estricto

Desde el punto de vista, lo más razonable desde una perspectiva científica es pensar que la decisión humana se halla determinada por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que intervienen en el *proceso de motivación racional* con arreglo a sentido. La disposición hereditaria, por una parte, y el medio, por otra, dan origen, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional, y, en definitiva, no puede dejar de decidirse por el motivo que según *su* modo de ser -del que no es libre- *en el momento concreto e irrepitable* le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea.

Una tal decisión será, sin duda, *propia* del sujeto; pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó no *pudo* ser otra ante los concretos (e *irrepetibles*) factores concurrentes -incluido el punto de vista del sujeto en ese preciso momento-, por mucho que en un momento anterior o posterior o introduciendo alguna variante *hubiera podido* ser distinta. Si esto es así o por lo menos no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo.

"Desde una concepción de la pena como instrumento de prevención se ha propuesto otra posible fundamentación para las causas que excluyen la culpabilidad. Estas causas contemplarían aquellos casos en que, pese a ser antijurídico el hecho realizado, no existe *necesidad de pena* frente a su autor. La culpabilidad faltaría, pues, en aquellos sujetos frente a los que no hubiese necesidad de pena. Así, según Gimbernat, el castigo del enfermo mental no sería necesario ni para la colectividad ni para el enfermo. No sería necesario para la colectividad y faltaría, por tanto, la necesidad de prevención *general*, por que la sociedad no exige castigar al enfermo mental ni se escandaliza por su impunidad, impunidad que en consecuencia, no se opone a la eficacia de la prohibición general del hecho antijurídico cometido. Y la pena no sería necesaria tampoco frente al enfermo mental ni, por consiguiente, para la prevención *especial*, puesto que de concurrir peligrosidad en el sujeto cabe acudir a medidas de seguridad, como el tratamiento psiquiátrico mas apropiadas que la pena".(48)

Dos precisiones quiero añadir al planteamiento expuesto: En primer lugar, fundarle responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie, ni el culpable ni el inculpaible, *pudo* actuar de otro modo a como lo hizo -a la vista de *todos* los factores objetivos y subjetivos concurrentes en la *irrepetible* situación en la que se produjo- el hecho. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el inculpaible para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer expectativas muy distintas en ambos casos.

En segundo lugar, el hecho de que la culpabilidad constituya un *limite normativo* que se impone a la posibilidad de prevención no significa que cuando la culpabilidad falte no disminuya la culpabilidad de la pena. la colectividad no reclama el castigo del inculpable, por lo que este no es tan necesario a estos efectos de la prevención general puesto la impunidad de aquel no tiene los efectos criminógenos del escándalo social. Pero ello no agota todos los aspectos de la prevención general, que en primer lugar intentaría de suyo evitar *todo* posible hecho antijurídico, no sólo los de la colectividad que contempla la impunidad del inculpado sino también el hecho de este.

Además es preciso reconocer que la ausencia del escándalo social ante la exculpación se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político-criminal según el cual *no es licito* castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal. Por otra parte, es cierto que la peligrosidad que pueda encerrar el inculpable no precisa la pena, sino que ya puede afrontarse y mejor por medio de una medida, de seguridad. Sin embargo, algo parecido podría decirse de los sujetos culpables, por lo que la imposición o no de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial sino del límite normativo (político) representado por la culpabilidad.

C.- DEFINICION DE CALIFICATIVAS Y AGRAVANTES Y SU INCIDENCIA EN LA PUNICION.

"Las calificativas son aquellas circunstancia que caracterizaron a los protagonistas, o a los hechos, y que sin variar la esencia del delito, se toman en cuenta para aumentar la penalidad. La figura delictiva simple se califica por esas circunstancias que la agravan y el legislador fija marcos más altos para las penas" (49).

Puede ser que la figura delictiva calificada posea un marco propio de penalidad, como en el caso de homicidio. En otros casos, cuando una figura es calificada, tan sólo ve aumentada la penalidad en relación a su existencia como delito simple, como en el caso del robo.

Las circunstancias modificadas del delito son aquellas que introducen un nuevo elemento a su estructura, capaz de variar la penalidad ordinaria, sea agravándola, sea atenuándola, o bien, transformando su naturaleza, como en la riña, en caso de lesiones u homicidio.

En nuestro caso se trata de establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes. Ciertamente, la violación es un delito con una serie de elementos típicos, de modo que si falta alguno, dejará de tener existencia como tal; por tanto, sólo se podrá hablar de un delito de violación único; sin embargo, algunos rasgos hacen posible una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad.

Así, existen los siguientes tipos de violación:- a) **Violación propia o genérica**; b) **violación equiparada, impropia o ficta** por medio de instrumento distinto del miembro viril, o en persona menor de 12 años o que no pueda comprender a resistir la conducta criminal; c) **Violación agravada** Tumultuaria, entre parientes, por un funcionario o empleado público o profesional, por la persona que tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación. En menor de doce años o persona que no pueda comprender o resistir la conducta con violencia. como lo contempla el Código Penal del Estado de Guanajuato.

En este tipo de delitos no se presentan causas de justificación, algunos juristas consideran que no puede existir la violación entre cónyuges. Quienes sostienen este criterio, señalan que dicha hipótesis se presenta una causa de justificación: el ejercicio de un "derecho", el cual, en mi opinión no existe, por tanto lo que se configura es la antijuricidad del hecho.

En cuanto a este delito no existen circunstancias atenuantes, pero sí agravantes en cuatro casos, como expondré a continuación.

En caso de la violación tumultuaria, cuando fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas se aumentaran hasta en una mitad en su mínimo y su máximo. Dicha agravación en la penalidad obedece a que resulta más afrentosa la conducta, pues reviste mayor gravedad y menos posibilidad de defensa para el sujeto pasivo.

Aunque es común en otros países, tal forma de criminalidad comienza a imitarse en México. Actualmente se presentan casos de robos en casas-habitación o comercios e incluso otro tipo de establecimientos, como salas de belleza, academias de danza, restaurantes, etc. en los que las pandillas, se apoderan de dinero y diversos bienes, y a veces causan tanto lesiones como violaciones e incluso homicidio. Esta situación ha preocupado seriamente al legislador quien ha creado una nueva disposición que sanciona con mayor rigor tales comportamientos.

Así como la violación cometida entre parientes o sea la que se realiza por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del hijo en contra de su hijastro.

Esta violación cometida por quien tiene al pasivo bajo su custodia bajo su guarda o educación, por desgracia son frecuentes. Si por si misma es grave cualquier violación, más lo es cuando ocurre entre personas unidas por algún vínculo de parentesco.

La violación es uno de los delitos que mayor trascendencia social y jurídica adquieren, según determinadas circunstancias que conciben distintas magnitudes de gravedad, pero de ello hablaré más adelante. A continuación enunciare los tipos de violaciones que existen y las penalidades que el Código Penal del Estado establece en algunos casos especiales como:-

A) Genérica o propia: Se castiga con una penalidad de cinco a doce años de prisión y multa de hasta doscientas veces el salario mínimo. Si la persona ofendida fuere impúber la pena aumentará de seis a quince años de prisión

B) Equiparada (por instrumento distinto del miembro viril). En nuestro Estado no tiene penalidad dentro de los delitos que atentan en contra de la libertad sexual, pero si en cambio lo podemos encontrar en la figura llamada Abusos Deshonestos.

C) Equipara ficta o impropia. Menor de doce años o persona incapaz de comprender o resistir sin violencia. Se castiga con la misma penalidad de la violación genérica

D) Tumultuaria. Se castiga de ocho a quince años y multa de hasta doscientas veces el salario mínimo

E) Cometida por parientes. Nuestro Código del Estado no la contempla, de ahí que nazca mi inquietud en proponer un tipo regulado en lo que podría decirse es una laguna judicial.

F) Cometida en el aposento. Se castiga según el caso, pero esa forma de ejecución constituye una agravante de la conducta, dado que aprovechando la situación hacen que el acusado manifieste con mayor intensidad la dolosidad de su conducta.

El caso de nuestro Código Penal sólo establece la agravación de la pena en caso de la violación tumultuaria y en el caso de que se allane el aposento de la casa habitación o alguna de sus dependencias en las que se encuentre la persona ofendida dicha agravación se aumentara en un cincuenta por ciento de las sanciones señaladas en los puntos procedentes.

Es de notarse que nuestro Código no contempla ciertos tipos de violaciones y mucho menos las penalidades que estas puedan tener, así como la violación entre parientes, la realizada por otros medios que no necesariamente sea el miembro viril, o la realizada por algún funcionario, como lo establece el Código Penal federal.

En la violación se puede presentar, por ejemplo, con la misma conducta se pueden configurar los delitos de contagio venéreo, también puede producirse, la violación y las lesiones en los órganos genitales.

También puede presentarse, por ejemplo, con diversas conductas distintos resultados típicos, uno de los cuales es la violación. Tal es el caso del delito de violación y lesiones, también pueden configurarse la violación y el homicidio, o la violación y las amenazas, o la violación y el daño en propiedad ajena, o la violación y el allanamiento de morada, etc.

Dada la gravedad de tales hechos, el legislador de nuestro Estado, debe considerar conveniente señalar una pena mayor, dadas las características del delito y que hacen superlativo el dolo del autor.

Concretamente, en el delito de violación existen cuatro problemas fundamentales que plantean una situación especial, que es oportuno señalar. La primera con la violación y el abuso sexual, se configura el abuso sexual y luego la violación, o si se produce el primero simultáneamente con el segundo, este último absorberá al primero. Se hace hincapié en que el delito de abuso sexual exige la no realización, ni intención de copular, mientras que la violación es precisamente la conducta típica. Si primero se viola a la víctima y posteriormente se realiza el abuso sexual entonces surgirán ambos delitos.

El segundo se da con la violación y el estupro. Son delitos incompatibles entre sí, o sea uno excluye al otro, pues la violación exige como medio comisivo la violencia, en tanto que el estupro requiere el engaño; además, éste exige ciertas características de edad en el sujeto pasivo, mientras que en la violación, cualquiera puede ser sujeto activo o pasivo.

El tercero se da en la violación y el incesto. Tampoco puede coexistir; la violación es un delito unisubjetivo, mientras que el incesto es plurisubjetivo; a su vez, en el incesto la cópula es voluntaria por parte de los sujetos, ascendientes, descendientes, hermanos, etc. mientras que la violación solo existe voluntad por el sujeto activo.

El cuarto y último se da en la violación y privación de la libertad. No existe unidad de criterios al respecto; nosotros creemos que uno de estos delitos excluye al otro. En realidad, se trata de ilícitos diferentes, por lo cual no puede subsumirse uno al otro. De ocurrir ambas situaciones, existirá concurso real o material, mas no ideal.

En nuestro caso la violación entre parientes que nuestro Estado no se contempla. Erróneamente se cree que existe concurso de delitos cuando la violación se produce entre ascendiente y descendientes con el delito de incesto. Niego rotundamente esta falsa creencia, en virtud de lo siguiente el delito de incesto es un tipo bilateral o plurisubjetivo, o sea, requiere la voluntad de dos para que se produzca, como también lo es el adulterio; en cambio, la violación implica una voluntad y ausencia de ésta por parte del sujeto pasivo. En el incesto, tanto el ascendiente como el descendiente son sujetos activos, pues ambos otorgan su consentimiento de realizar el acto sexual, de manera que no pueden ocurrir simultáneamente los delitos, como esta situación. así en caso de producirse la cópula volenta entre parientes, se estar en presencia de una violación agravada, pero de no existir, la cópula entre ascendientes, realizada voluntariamente por ambos, se presentará el delito de incesto, pero nunca podrán ocurrir ambos, pues son incompatibles.

En la violación pueden configurarse los distintos grados de participación de personas. La violación se persigue de oficio; por tanto, no cabe el perdón del ofendido, como sucede en el estupro. También es falso que el matrimonio extinga la acción penal; dada la gravedad de la violación, no se deja a la voluntad del sujeto pasivo su denuncia; sin embargo, existe una elevada cifra

negra respecto a este delito, que actualmente, gracias a la acción de las autoridades y organismos privados, comienza a decrecer.

Es necesario que en nuestro Estado se haga un estudio pormenorizado de los tipos de violación que existen, se tengan en cuenta las condiciones que llevan a la comisión del ilícito para así determinar una pena adecuada. El legislador de nuestro Estado debe analizar este problema social tan grave.

Sería conveniente pensar, conjuntamente con criminólogos, sociólogos y psicólogos, en las causas y medidas preventivas, pues este problema ha alcanzado magnitudes preocupantes a la sociedad en general. por mi parte, insisto en considerar como el origen de todo problema del seno familiar, su estructura, la educación y principios que en ella se inculcan y, sobre todo, tanto la madurez como la responsabilidad de los padres para tener sólo hijos que pueden alimentar y educar.

D.-EL ATAQUE SEXUAL POR SUJETO ACTIVO CUALIFICADO.

Los Códigos Penales se ven influidos por el actuar del hombre. de ahí que pongan límites a su capacidad, a las formas de su obrar y omitir actos; las excusas absolutorias de ese obrar; el laberinto, en fin entre pena y culpabilidad; impunidad y su contrario, etc.

Se trata de calibrar y frecuentar las formas que pueden asumir las distintas conductas. Los criminólogos, a su vez, pretenden, no siempre con claridad, establecer las condiciones del estudio interdisciplinario a favor de nuevas técnicas y hallazgos científicos, concernientes al conocimiento del drama penal, sus actores, factores predisponentes de la sociedad post-industrial en sí, sin dejar de lado los datos estadísticos.

Entre penalistas y criminólogos se suelen producir tempestuosas controversias aunque en ciertos cenáculos están comenzando a convenir. Mientras ello ocurre, para enriquecer el ámbito de estudio, aparece la victimología con su proposición sobre la víctima. Intentar observar el nudo gordiano de la maraña delictual desde la óptica y perspectiva de la víctima, siempre en relación con el victimario.

"La victimología es el estudio científico de las víctimas del delito. Si bien este concepto, se ve influido actualmente, por otro más amplio que alude a toda víctima social - que hará evolucionar el campo nosológico de esta disciplina-, como introducción del presente estudio vale señalar que la víctima puede constituirse en el factor desencadenante en la etiología del crimen y asumir, en ciertos hechos y circunstancias, un rol de acompañamiento que integra al delito. Es preciso visuarla dejando de lado el preconceito de su "inocencia", sostenido a ultranza. El sujeto pasivo: muerto, vencido, humillado, patrimonial, física o moralmente, no es siempre -ni mucho menos- sinónimo de inocencia".(50)

Así como nadie está exento de culpa penal o, dicho de otra manera, así como cualquier individuo puede llegar al delito canalizando una tendencia inmanente o ante determinadas condiciones sociales, así también, aunque por diversos motivos, con igual o mayor facilidad, se puede llegar a ser víctima de un crimen.

No todas las personas en similar situación devienen santos. O llegan a víctimas. Tampoco delincuentes. Lo que aspira la victimología es visualizar que en la determinación delictiva en que siempre hay víctimas, es preciso perseguir y estudiar sus rasgos, características, comportamiento y conducta para relacionarlos directamente con el obrar delictuoso. Un estudio de la criminogénesis no puede ser relevante y serio si no se tiene en cuenta el papel jugado por la víctima y en qué medida ha contribuido, consciente o inconscientemente, el acto. Equivale a que en múltiples casos

habrá que estudiar ese correlato, esa conexidad conrecurrente para integrar debidamente el hecho que denominamos delictual.

El delincuente no deja de ser tal aunque la conducta de la víctima pueda ser de igual magnitud e importancia.

La descripción de un Código Penal con sus tipos muchas veces no alcanza por su propio vacío a ciertos hechos criminales de nuestro tiempo y ciertos delincuentes que por ineluctables razones no llegan al banquillo de los acusados.

No puede explicarse el fenómeno criminal sin la presencia de la víctima. Será preciso su análisis e investigación, que revelan, en múltiples delitos, la cada vez más tangible interacción con el delincuente, apunto tal que, sin ella, no puede comprenderse debidamente la conducta de éste.

La víctima -para evitar inútiles eufemismos- no está más allá del bien o del mal, sólo que las conclusiones pueden ser sorprendentes cuando irrumpe activamente incitando, provocando en sentido genérico, cooperando y aun rogando la conducta criminal que humana y penalmente la agrede.

El avance en su estudio repercutirá saludablemente para una mejor consideración y amparo de las víctimas. Sobre todo en cuanto a la indemnización privada o estatal, reconociéndoseles los derechos humanos inherentes a su propia dignidad, su incapacidad proveniente del delito, su sufrimiento y el de sus familiares.

"El papel de la víctima resulta en muchas oportunidades considerable y digno de tenerse en cuenta por la provocación e incitación que supone. La actitud

instintiva de coquetería y seducción suelen bastar en ciertos casos. La jovencita que sube a un taxímetro o hace auto-stop y comienza una conversación desprejuiciada con el conductor o vuelca una gana de actitudes de coquetería, ha servido, más de una vez, para que el volante salga de ruta y se dirija hacia el atajo... El riesgo de violación lo generó inconscientemente la propia víctima".(51)

Estos trabajos sobre la percepción previa del victimario y la conducta sexual de la víctima pueden ser útiles para posteriores investigaciones experimentales que lleven a una política de prevención victimal. Se sabe que muchos delitos de violación, estupro, incesto, abuso deshonesto, constituyen buena parte de la cifra negra de la criminalidad. Es difícil que una mujer haga denuncia de su violación, hecho que queda sellado en el seno de su hogar o de sus amistades.

Puede ocurrir el caso inverso. La mujer que se dice violentada sexualmente para chantajear a un hombre por dinero o por que quiere casarse con él; podrá finalmente hacer uso de esa opción que, al menos en nuestro derecho, se ofrece como excusa absolutoria el contraer matrimonio con la víctima, pero solo en los casos del estupro, en la violación esto es imposible.

Cuando se trata de una relación sin testigos y entre dos personas, las denuncias no fructifican por inexistencia de elementos corroborativos. El imputado advierte cómo al poco tiempo el expediente se cierra o el caso termina en absolución, mientras la joven ha sido sometida a interrogatorios judiciales escabrosos, tactos vaginales y otros estudios por parte de los médicos forenses.

Para fijar la responsabilidad de la víctima habrá que estudiar esa actitud consentidora que interesa legalmente cuando se trata de delitos que tienen como base esencial la ausencia del consentimiento. Habrá que verificar si ha sido prestado con voluntad y conciencia y si es válido.

Interesa a la victimología el prisma de la ley penal, el "corruptor" y el "corrompido". Subrayar la culpa de la víctima y, por ende, la irresponsabilidad penal del supuesto victimario. Pulsar si el consentimiento victimal destruye o debe destruir las figuras aplicables.

Los delitos que el Código Penal en el Estado incluye en el Título Tercero capítulo I del mismo clasificándolos genéricamente como sexuales, podemos enumerarlos como sigue:-

- A.- Atentados al pudor.
- B.- Violación.
- C.- Violación espuria.
- D.- Estupro.

En dichos tipos penales no es menester la presencia de cualidades específicas en el sujeto activo, dado que cualquier persona puede cometerlos.

Sin embargo, existe un tipo especial de ataque sexual, que el Ordenamiento Penal no contempla dentro de este rubro, pero que ubica dentro de los delitos en contra del orden familiar, como lo es el Incesto, toda vez que se considera la exogamia como el máximo y universal principio ético y jurídico que en materia sexual regula la comunidad humana, y su violación es contemplada unánimemente como el más vergonzoso agravio que puede sufrir la familia en su organización y orden.

En su sentido más restringido, que es el que corresponde a su acepción moderna, el incesto consiste en la relación carnal entre parientes tan cercanos que, por respeto al principio exogámico regulador moral y jurídico de las familias, les está absolutamente vedado el concubito y contraer nupcias. Para el derecho mexicano el delito de incesto se constituye por las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Puede observarse que la infracción está íntimamente ligada con los impedimentos civiles no dispensables para el matrimonio.

En mi opinión, la condena contra los actos incestuosos se explica racionalmente por la multimilenaria observación de que su práctica es fuente de intranquilidad, desorden y posible tragedia en las familias, y de que es también productora de frecuentes procesos hereditarios degenerativos en forma de variadas taras somáticas o psíquicas en los descendientes. Con independencia de las interceptaciones psicoanalíticas, se señalan como causas de la repugnante práctica del incesto la corrupción de costumbres o estados degenerativos en algunos individuos y, especialmente, las condiciones de miseria que obligan a las familias a convivir promiscuamente en una sola habitación o a tener un lecho común a padres e hijos, a hermanos y hermanas.

En la época contemporánea, además de la intensa reprobación moral contra el incesto, el derecho declara su prohibición a través de las normas civiles relativas al matrimonio y de la directa o indirecta represión penal.

Actualmente numerosas legislaciones penales, inspiradas en el Código Penal francés, no miran en el incesto una figura especial y autónoma de delito y se conforman en considerarlo, incidentalmente, como un motivo de agravación de la penalidad en otras infracciones de tipo sexual.

En este sentido Garraud, expresa: "Existen pocos problemas que hayan preocupado tanto a las legislaciones penales como la de saber si el incesto debe ser reprimido y en qué límites. El incesto es el comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse en razón de su parentesco de consanguinidad o de alianza. El hecho legislativo de impedir el matrimonio entre ciertas personas por esta causa está justificado por motivos fisiológicos, morales y sociales..., mas la sanción civil de nulidad del matrimonio la ha parecido siempre suficiente para garantizar esas prohibiciones.

Pero numerosas legislaciones modernas han abandonado este punto de vista. Consideran, con alguna razón, que ni el matrimonio incestuoso ni las relaciones incestuosas fuera del matrimonio, porque la nulidad, que es la consecuencia del impedimento dirimente, constituye sanción civil suficiente para restablecer el orden jurídico ofendido; no las relaciones sexuales, porque esos actos, examinados en sí mismos, no ofenden ningún derecho particular o general.

Castigarlos constituiría obstinación en poner luz, por investigaciones indiscretas, en vergüenzas o mancillas cuya revelación misma es una causa de escándalo en actos que la sociedad no tiene ningún interés en punir. Mas si el incesto debe desaparecer del catálogo de los delitos, es necesario tener en cuenta, en la represión del atentado al pudor, con o sin violencia, las relaciones de parentesco existentes entre el autor del atentado y su víctima, porque esas relaciones facilitan los medios de seducción, sea en razón de la autoridad que confieren, o sea por las sanciones de cercanía que crean."

En la legislación mexicana la creación del incesto como un delito típico tuvo lugar en el Código Penal de 1929. *"Los padres que tuvieran relaciones sexuales con sus hijos, perderán todos los derechos que sobre ellos ejercieran y se les aplicará segregación por más de dos años, según la temibilidad revelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección o regeneración. El incesto entre hermanos se sancionará con multa de quince días de utilidad y permanencia mínima de un año en establecimientos educativos o de corrección, si alguno o ambos fueren menores de edad. Al mayor de le aplicará segregación hasta por dos años"*. Llama la atención que en el efímero Código de 1929 se limitase a los padres la represión del incesto entre ascendientes y descendientes, sometiendo exclusivamente a los hijos a medidas tutelares, siendo así que estos hijos pueden ser mayores de edad plenamente responsables de sus actos e inductores del incesto. (52)

De este modo, solo podemos concluir que, la violación como delito agravado debe tomar en cuenta aquellas conductas que son ejecutadas por quien tiene con la

víctima una relación de parentesco, puesto que si los delitos sexuales suelen cometerse en ausencia de testigos, el hecho de existir ese vínculo parental entre los partícipes facilita, sin duda, la conducta delictiva del agresor, lo que a la postre debe considerarse como un modo que hace más relevante el dolo de autor, razón bastante para agravar su penalidad, pero a la vez formar un nuevo tipo penal en este apartado.

CITAS BIBLIOGRAFICAS IV CAPITULO

- 37).- Pág. 123 Bustos, Juan. "Política Criminal y Dogmática". 1a. Edición, de Palma, Editores Buenos Aires, Argentina 1985
- 38).- Pág. 365 Mir Puig, Santiago "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena". 1a. Edición, de Palma Editores. Buenos Aires, Argentina 1984
- 39).- Pág. 101 Barbero Santos, Marino "Pena capital y estado democrático" 1a. Edición, Bosch, Editores. Barcelona, España 1991
- 40).- Pág. 104 Opcit. Barbero Santo Marino
- 41).- Pág. 366 Opcit. Mir Puig, Santiago
- 42).- Pág. 368 Idem
- 43).- Pág. 385 Moreno Hernández, Moisés. "El poder Penal del Estado" Homenaje a Hilde Kaufmann. 1a. Edición. de Palma Editores, Buenos Aires, Argentina, 1985
- 44).- Pág. 337 Opcit. Vela Treviño, Sergio
- 45).- Pág. 390 Opcit. Moreno Hernández Moisés
- 46).- Pág. 401. Idem.
- 47).- Pág. 402. Ib. Idem.
- 48).- Pág. 403 Ib. Idem.
- 49).- Pág. 71 Jiménez Huerta Mariano. "Derecho penal mexicano" Tomo I. 4a. Edición, Porrúa, S.A. México 1984
- 50).- Pág. 63 Neuman, Elías. "Victimología" 2a. Edición. de Palma Editores. Buenos Aires, Argentina 1990
- 51).- Pág. 70 Opcit. Neuman,
- 52).- Pág. 223 Amuchastegi Irma "Derecho Penal" 1a. Edición Porrúa S.A. México 1994

C O N C L U S I O N E S

Como pudo observarse a través de la realización del presente trabajo, el análisis de la evolución de la pena al paso del tiempo, es un elemento importante para fundamentar la conclusión científica de que, en el momento actual, es preciso aceptar que el concepto de la sanción penal, combinada al delito, debe ser modificada.

Es urgente pues convencernos de que la pena no es una herencia de la venganza privada a una reparación del mal causado por el delito. A medida que la sociedad evoluciona, la pena se ve también en la necesidad de lograr objetivos superiores a los del castigo.

Así entonces, el paso de las distintas escuelas en que se ha forjado la idea de la defensa social y la noción de peligrosidad, que ahora, con la reciente reforma constitucional de 1993, la noción de "culpabilidad", ha transformado el ámbito del derecho penal.

A guisa de ser tradicional, habré de enunciar los puntos medulares a los que puede concluirse en la parte final de este trabajo:-

1.- La pena no tiene únicamente un carácter expiatorio, sino que se interesa también en la protección de la sociedad.

2.- La pena, además de ser ejemplar y retributiva tiene un propósito de mejoramiento y aún de resocialización y reeducación del delincuente.

3.- La justicia penal debe tener siempre presente a la persona humana además de las simples exigencias de la técnica procesal, con el fin de que el tratamiento penal sea siempre humano y digno para el sentenciado.

4.- Un nuevo concepto de la pena ve al delincuente en su entidad y dignidad personal y sólo le reprocha la ilicitud de su conducta. Esto significa que hemos avanzado de un concepto de derecho penal de autor a un concepto de derecho penal de acto.

5.- La pena como consecuencia del delito debe ser edulcorante o suavizar, de manera que permita aplicar un tratamiento personalizado para el sentenciado, habida cuenta que solo de esa manera puede lograrse el objetivo primordial de la sanción, esto es, la resocialización del actor.

6.- La pena en el delito de violación debe ser de tal manera ejemplarizante que desanime a delincuentes potenciales. Y de esa manera, mayor reprochabilidad merecerán aquellos que mantienen un vínculo parental con la víctima, pues en ellos se advierte el desprecio por esa relación afectiva o familiar.

7.- Las penas aplicables al autor de la violación cuando entre la víctima y agresor media una relación afectiva o familiar, debe verse incrementada en un tercio o más de aquella que correspondería una vez hecha la individualización judicial, toda vez que ese factor al inicio apuntado será visto como una modalidad del delito y más propiamente como una agravante.

8.- La clasificación legal de la conducta antes descrita debe encontrarse ubicada en el margen de los llamados delitos graves, de tal suerte que su ejecutor no alcance el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

9.- La relación afectiva, amistosa o parental, al menos en materia penal puede estar sujeta a un margen de comprobación mediante aquellas pruebas que el capítulo respectivo del código penal enliste.

10.- La pena privativa de libertad para el sentenciado debe ser cumplida bajo un tratamiento penitenciario especializado a cargo de un psicólogo, médico y un psiquiatra y debe ser determinante durante el tiempo de su reclusión.

Los sentenciados cumplirán un proceso reeducativo que les permita ser "educado" para vivir en libertad, el propósito es hacer que desaparezca el comportamiento anterior y hacer que asuma la responsabilidad de vivir libre en la sociedad, a la que habrá de ser devuelto, respetando los valores y las normas por ella establecidos.

En suma pues, la pena es actualmente un medio de reeducación del delincuente cuya personalidad fue deformada por consecuencia de múltiples factores, durante su reclusión debe administrarse un tratamiento con miras a su recuperación para vivir en sociedad.

Durante la ejecución de las penas privativas de libertad, el sentenciado recibirá la asistencia de personal especializado y se administrará un tratamiento adecuado en donde se subraya progresivamente su mejora individual.

Sólo pude llegar a esas conclusiones a partir del entendido de los conceptos y la problemática que encierre tanto el delito de violación como la importancia de una sanción ejemplar.

Nuestra legislación local sólo reconoce en tratándose del delito de violación, las conductas que enumera en los artículos 249, 250, 251 y 251 bis lo que conocemos como:- la violación genérica, espuria, agravada y cuando se cometa en aposentos, casa habitación etc.. Sin embargo, a lo largo de este trabajo de investigación llegué a la conclusión de conformar una nueva figura, de ahí que básicamente mi inquietud llega a culminar en la redacción que a continuación dejo a su anable crítica.

"ARTICULO 250 BIS:- Cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra áquel, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro de la víctima, además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, la sanción de prisión podrá aumentarse hasta en cinco años. El culpable perderá la patria potestad o la tutela, en su caso, así como el derecho de heredar al ofendido ".

No solo es la intención de formar una nueva conducta delictiva, sino prevenir y sancionar con mayor severidad aquellas que ya de suyo son alarmantes socialmente, porque en el caso, trascienden hasta la familia misma.

Hasta ahí queda la inquietud que por supuesto vaya a formar conciencia en el estudioso del derecho penal.

BIBLIOGRAFIA

- Amuchastegi Irma "Derecho Penal" 1a. Edición Porrúa S.A. México 1994
- Aniyar, Maracaibo "Entre el Temor y la Esperanza" Homenaje a Mónica Granados Chaverri. Cardenas, Editor. 1a. Edición, México D.F. 1990
- Barbero Santos, Marino "Pena capital y estado democratico" 1a. Edición, Bosch. Editores. Barcelona, España 1991
- Bergalli, Roberto "Critica a la Criminologia", tercera edición, Bogota. 1980,
- Beristain, Antonio. "La pena-retribucion y las actuales concepciones criminologicas". 1a. Edición. Colección "Criminologia Contemporanea" No.2 Madrid España. 1992
- Bustos, Juan. "Política Criminal y Dogmatica". 1a. Edición, de Palma, Editores Buenos Aires, Argentina 1985
- Carrara, Francisco "Programa de Derecho Criminal". Tennis Bogota. 1973, Vol. II,
- Carnelutti, Francesco. "La prueba civil". 1a. Edición. Arayu, Ediciones Buenos Aires, Argentina 1955
- Claria Olmedo, Jorge. "La prueba procesal" 1a. Edición. Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1963
- Costa, Fausto "El Delito y la Pena", UTEHA, México, 1953,
- Cuello Calón, Eugenio "La Moderna Penologia", 1a. Edición Edt. Bosch, Barcelona, 1958,
- Dellepiane, J. "Nueva teoria general de la prueba" 2a. Edición. Editorial Temis. Bogotá , Colombia. 1961
- Devis Echondia, Hernando. "Teoria General de la Prueba Judicial" 5a. Edición Tomo I. Victor P. Zavalia, Editor. Buenos Aires, Argentina 1981
- Díaz de León, Marco Antonio. "Tratado sobre las penas penales". 1a. Edición Porrúa, S.A. México 1982
- Florian, Eugenio. "De las pruebas penales". Tomo I. 2a. Edición. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1976.

Foucault, Michel. "Vigilar y Castigar" 1a. Edición, Siglo XXI Editores. Aurelio Garzon del Camino. México, D.F. 1991

García Ramírez, Sergio "La Justicia Penal" Edt. Porrúa México 1982

Gimbernat, André "Estudio de Derecho Penal". segunda edición Madrid. 1981

Huajuca Betancourt Sergio "La Desaparición de Prisión Preventiva" Edit... trillas México 1989

Jiménez Huerta Mariano. "Derecho penal mexicano" Tomo I. 4a. Edición, Porrúa, S.A. México 1984

Lessona Giuseppe. "Teoría General de la prueba en derecho civil" 4a. Edición Editorial Reus. Madrid, España 1928, Reimpresión 1976

Marco de Pont, Luis, "Derecho Penitenciario", 12a. Edición, Cardenas Editores México.

Mir Puig, Santiago "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena". 1a. Edición, de Palma Editores. Buenos Aires, Argentina 1984

Moreno Hernández, Moisés. "El poder Penal del Estado" Homenaje a Hilde Kaufmann. 1a. Edición. de Palma Editores, Buenos Aires, Argentina, 1985

Muñoz Conde, Francisco "Derecho Penal y Control Social" 7a. Edición Bosch, Editores, Barcelona España 1991

Neuman, Elías. "Victimología" 2a. Edición. de Palma Editores. Buenos Aires, Argentina 1990

Ramírez Delgado Juan Manuel. "Penología" 1a. Edición, Porrúa, S.A. México 1995

Sánchez Cortes, Alberto "Ensayo Sobre el Derecho a Castigar", 1940

Vela Treviño, Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad" 1a. Reimpresión Editorial Trillas. México, D.F. 1991

Vidaurre Arrechiga Manuel. "Culpabilidad de hecho, culpabilidad de autor". Boletín de Investigaciones Jurídicas No. 53 Facultad de Derecho Universidad de Guanajuato. 1994

Zaffaroni, Raúl Eugenio. "La Norma Jurídica Penal" 2a. Reimpresión, Cardenas Editores México, D.F. 1992

LEYES

Código Civil del Estado de Guanajuato. No.1, Edición, Porrúa S.A. México 1995

Código Penal del Estado de Guanajuato. Editorial Porrúa S.A. México 1995

OTRAS FUENTES

Diccionario Jurídico. Tomo II. U.N.A.M.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana, Espasa. Calpe, S.A. Tomo XXXI 1981

Revista de Investigaciones Jurídicas No. 53 Mayo Universidad de Guanajuato. Facultad de Derecho.
Guanajuato Gto. 1985