



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

***“LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO OBJETIVO SUPERIOR
DE LA PENA EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO”***

T E S I S

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

P R E S E N T A

VICTOR PABLO JUÁREZ NAVARRETE

ASESOR

LIC. NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA. D.F.

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRACEDIMIENTOS Y DEDICATORIAS

A MIS PADRES POR SU CARIÑO, COMPRENSIÓN, Y APOYO INCONDICIONAL, MI TRIUNFO ES EL DE USTEDES.

A MIS PADRINOS ANTONIO SANDOVAL Y SOLEDAD NAVARRETE,
POR QUE HAN SIDO Y SERÁN MIS SEGUNDOS PADRES.

PARA MIS ABUELOS VILLA (Q.E.P.D), JUAN JOSÉ (Q.E.P.D),
EVA Y FLORA POR TODO LO QUE ME HAN BRINDADO.

A MI HERMANA MARISOL, MIS PRIMOS VICTORIA Y
JUAN Y MI AHIJADO EMILIANO; POR ESTAR CONMIGO Y
APOYARME SIEMPRE, LOS QUIERO MUCHO.

MI ETERNO AGRADECIMIENTO A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO, POR PERMITIRME ESTAR EN UNA DE
LAS MEJORES UNIVERSIDADES DEL MUNDO.

A MI QUERIDA FACULTAD DE DERECHO, PORQUE CADA
MOMENTO QUE PASE EN SUS AULAS, ADQUIRÍ LOS
CONOCIMIENTOS Y VALORES NECESARIOS PARA SERVIR A MI PAÍS.

CON GRAN AGRADECIMIENTO AL LICENCIADO NIMROD MIHAEL
CHAMPO SÁNCHEZ, POR SU TIEMPO Y ACERTADA ORIENTACIÓN,
CONSEJOS, APOYO Y GUÍA EN EL DESARROLLO DE ESTA INVESTIGACIÓN.

CON ETERNA GRATITUD A MIS MAESTROS POR SU DEDICACIÓN
Y ESFUERZO, POR CADA UNA DE LAS ENSEÑANZAS HAN AYUDADO
TANTO EN MI FORMACIÓN ACADÉMICA COMO PERSONAL.

AL LICENCIADO JORGE ACOSTA, POR LAS
ENSEÑANZAS, CONSEJOS Y APOYO QUE ME HA DADO
A EFECTO DE PODER SER UN MEJOR PROFESIONISTA.

DE MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS, ALEJANDRA TEPALE,
RODRIGO SARASUA, CHRISTOPHER PASTRANA,
FABIÁN GARRIDO, MAURICIO PLATAS, RODRIGO SOLÍS,
DENISE RAMOS, POR SU AMISTAD DESINTERESADA,
PALABRAS DE ALIENTO Y EL APOYO QUE ME BRINDARON
EN LA CARRERA Y AUN DESPUÉS DE ELLA.

A MIS AMIGOS JORGE, DONOVAN, DHARINKA,
DANIEL, ISAAC, JUAN Y RAÚL, POR SU AMISTAD
Y CADA MOMENTO QUE HE PASADO A SU LADO.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO OBJETIVO SUPERIOR DE LA PENA EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO

INTRODUCCIÓN I

CAPITULO I

EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES Y DE LAS PENAS	1
1.1 VENGANZA PRIVADA	2
1.2 VENGANZA DIVINA	6
1.3 VENGANZA PÚBLICA	9
1.4 LA HUMANIZACIÓN DE LA PENA	14
1.5 ETAPA CIENTÍFICA	21

CAPITULO II

CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA	32
2.1 CONCEPTO DE PENA	33
2.2 TIPOS DE PENA	37
2.3 JUSTIFICACIÓN DE LA PENA	39
2.4 TEORÍAS SOBRE LA PENA	45
2.5 MARCO JURÍDICO DE LA PENA	85
2.5.1 LA PENA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL	86
2.5.2 LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL	89
2.5.3 LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	93
2.5.4 CATÁLOGO DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	95
2.5.5 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA PENA	96

CAPITULO III

DELITO DE HOMICIDIO	104
3.1 NOCIÓN GENERAL DE HOMICIDIO	104
3.2 ANÁLISIS DEL TIPO PENAL	108
3.2.1 CONDUCTA	109
3.2.2. TIPICIDAD	112
3.2.2.1 EL DOLO	137
3.2.2.2 LA CULPA	148
3.2.2.3 TIPOS DE CULPA	160
3.2.3 ANTIJURIDICIDAD	162

3.2.4 CULPABILIDAD	172
3.2.5 PUNIBILIDAD	188
3.3 LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA EL HOMICIDIO CULPOSO	189
3.4 COMPARATIVOS DE LAS PENAS PARA EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO ESTABLECIDAS EN ALGUNAS ENTIDADES FEDERATIVAS CON LAS ESTABLECIDAS POR EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	191

CAPITULO IV

REPARACIÓN DEL DAÑO	196
4.1 CONCEPTO DE DAÑO	196
4.1.1 DAÑO	197
4.1.2 DAÑO MORAL	199
4.1.3 DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL	205
4.2 CONCEPTO Y TIPOS DE RESPONSABILIDAD	205
4.3 CONCEPTO DE REPARACIÓN	207
4.4 FORMAS DE REPARACIÓN	213
4.5 LA REPARACIÓN DEL DAÑO PREVISTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	214
4.6 LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO PREVISTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	220
4.7 LA FINALIDAD DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL HOMICIDIO CULPOSO	224
CONCLUSIONES	230
PROPUESTA	240
BIBLIOGRAFÍA	245
LEGISLACIÓN	252

INTRODUCCIÓN

Decidir el tema del presente trabajo recepcional no resultó tarea fácil, fue durante dicha búsqueda, encontré un punto importante en diversos artículos jurídicos, los cuales hacían referencia a la necesidad de encontrar nuevas salidas a la pena impuesta por homicidio culposo, derivado de que la sociedad actual por el ritmo y forma de vida que lleva, expone más a la población en su actuar diario a que pudiesen cometer un homicidio culposo; y que en la actualidad como se encuentra legislado la pena sería privativa de la libertad.

Junto a esta circunstancia desde las primeras enseñanzas de Derecho Penal, se me enseñó que una de las aspiraciones más importantes de la pena es la resocialización; pero también se señaló muchas veces que en la realidad penitenciaria eso es prácticamente imposible, derivado de que es de conocimiento general el estado de las mismas, en donde se somete a los reos a una vida llena de maltratos, abusos, insalubridad, que en lugar de readaptar, en muchos desocializan.

Siendo que en la actualidad las cárceles mexicanas carecen de una verdadera clasificación de reos, por lo que que un secuestrador o un violador, comparten ambiente con una persona que derivado de un descuido o negligencia, comete homicidio doloso, afectando de dicha forma al condenado por homicidio culposo al desocializarlo, cuando muchas ocasiones el mismo no necesita ser resocializado, por desempeñar su rol social de manera adecuada.

Por lo que uno de los puntos que me llamó la atención derivado de lo anterior es respecto de la funcionalidad de las penas de acuerdo a la necesidad de las mismas, encontrando que la pena de prisión es el estandarte para el combate actual de la delincuencia, dejando de lado otro tipo de penas. Haciendo de esta forma uso de la pena de prisión el medio para combatir a la delincuencia, dándole mayor duración de la misma, situación que es poco deseable ya que desde mi

concepción el Derecho Penal y en especial la pena de prisión deben de ser el último medio del estado para el control social.

Por lo que considero que existen delitos que vulneran bienes jurídicos preponderantes, pero los mismos no constituyen un ataque directo a la estabilidad social, como sí lo hacen el secuestro, genocidio, tráfico de drogas, lenocinio; delitos que deben de ser atacados enérgicamente, pero en delitos que no significan un peligro para la sociedad se debe de evitar que las sanciones sean elevadas, incluso dejando de lado a la pena de prisión evitando que dichos sujetos entraran en contacto con los centros de “rehabilitación social” y sus reos, por las situaciones brevemente enumeradas anteriormente.

Este el caso del homicidio culposo, en el que el delincuente no tiene el dolo de quitarle la vida al sujeto pasivo, que se origina la mayoría de las veces por imprudencia o circunstancia ajenas del sujeto activo del delito; en el que no se priva de la vida con dolo; y por lo mismo considero que no son un atentado directo contra la sociedad o el Estado; y si bien es cierto que al privar de la vida a alguien, sin la voluntad, se vulnera el más importante de los bienes jurídicos tutelados, es decir la vida; no es menos cierto que dicha conducta no puede ser sancionada por el sistema punitivo de forma igual de rígida, por la ausencia de el deseo o finalidad de privar de la vida; es decir de no generar una conducta con el deseo de violentar las normas; por lo que al no ser realmente un peligro para la sociedad no se debería de permitir que dichos sujetos activos del delito, entren en contacto con los centros penitenciarios.

Por lo que el presente trabajo se ha desarrollado en cuatro capítulos, en el primero de ellos se sientan las bases de la evolución del Derecho Penal y del surgimiento de la pena y su evolución, para tener una mejor concepción del tema de investigación.

El segundo de ellos tiende a completar el estudio de la evolución de la pena, y fijar sus bases respecto del fin que debe de tener la misma; siendo en donde entra en estudio las teorías de la pena y se fija la postura personal de la

dicho fin, lo que sirve de sustento para entender a la reparación del daño como una pena que puede cumplir con dicho fin.

El tercer capítulo trata del homicidio, realizando un análisis de los elementos del tipo penal, así como en especial un análisis del homicidio doloso y culposo a efecto de fijar su diferencia y entender la diversa dañosidad social existente entre ambos, perfilando de manera especial los elementos del homicidio culposo y su fundamento.

El último capítulo abarca lo referente a la reparación del daño, y en especial a la reparación del daño en el homicidio culposo, como actualmente se encuentra legislada, a efecto de completar lo necesario para la propuesta que se realiza.

Siendo que dichos capítulos dan el sustento teórico y factico, considero suficiente, a efecto de que en el delito de homicidio culposo prepondere la pena de reparación del daño sobre la privativa de libertad.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES Y DE LAS PENAS.

La historia como ciencia se encarga del estudio del hombre a través del tiempo, ha sido inculcada como una crónica de lo que ha pasado; por lo que la misma ha sido tachada de inservible cuestión que es equivocada ya que en lo que se enseña no es historia, sino sólo uno de sus elementos, la crónica. Por lo que la historia no sólo tiene como fin memorizar eventos, nombres y circunstancias del pasado; sino de acuerdo a Turner citado por Juan Brom la “historia bien entendida es la memoria social, merced a la cual se hace inteligible la vida presente”¹. Ahora bien, dicho autor establece no se puede negar la importancia de la ciencia de la historia para permitir al hombre que actué con eficacia para lograr lo que considera conveniente²; de esta manera la perspectiva histórica permite mayor amplitud de horizontes, ya que si se saben aprovechar las experiencias surgidas para un aprendizaje, es decir que previo al conocimiento de los hechos pretéritos, debe de existir la convicción de evitar que se repitan hechos desafortunados o equívocos; e insistir en los aconteceres positivos y acertados, convirtiéndose así la historia en más que un bonito relato en una ciencia eminentemente activa y utilitarista.³

En este primer capítulo de la presente investigación, se intenta realizar un pequeño esbozo sobre la evolución de las ideas penales y de las penas; se delimita el campo de estudio primeramente a un tema en específico que es el de la pena que se ve íntimamente relacionado con la evolución de las ideas penales que rigieron en determinados momentos y fueron cambiando hasta tener el desarrollo científico penal que actualmente se tiene. Así en lo que respecta a la

¹ BROM, Juan. **Para comprender la historia**. Editorial Nuestro Tiempo S.A. México 1998. p 34.

² Ídem. p 35.

³ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003. p 3.

evolución de las ideas penales se puede establecer que casi de manera unánime los autores las agrupan en cuatro periodos.

1. Venganza privada.
2. Venganza divina.
3. Venganza pública.
4. La humanización de la pena.
5. La etapa científica.

Es importante manifestar que entre dichas etapas no existe una sustitución íntegra, es decir que con el nacimiento de una de ellas no desaparece la anterior; sino con el nacimiento y evolución de una se va haciendo de lado la anterior de manera gradual, pero no necesariamente todos los pueblos pasaron por estos periodos, algunos pudieron evitar uno de ellos o bien no se comportaron de manera igual; pero se puede hablar de dicha evolución como la forma de desenvolvimiento en términos generales. Siendo las coincidencias existentes en la evolución de los pueblos en general las que han permitido a los estudiosos establecer la existencia de las cuatro etapas de las ideas penales.

Con respecto de la evolución del derecho penal mundial, y en nuestro país, intentaré establecer cada una de las civilizaciones de la antigüedad, en que parte de la evolución de las ideas penales se desarrollaron o bien que rasgos característicos atravesaron.

1.1. VENGANZA PRIVADA

Con el surgimiento del hombre también nace la primera forma de organización del mismo, la comunidad primitiva; esta se originó debido a la necesidad de los hombres de obtener los medios físicamente indispensables para la vida y sus subsistencia. La característica esencial es la recolección por lo que fue necesaria una organización social para dicho fin. En esta forma de

organización existía un reparto igualitario, pero dicho reparto no excluía los conflictos individuales, pero a pesar de esto el interés y la fuerza de la colectividad fueron superiores a los de los individuos. Por lo que no existen grupos opuestos entre sí en el seno del núcleo, sino oposición de tribus o clanes, ante otros, así como entre individuos; siendo los intereses de la comunidad únicos.⁴

En esta sociedad surge la idea penal más antigua, la venganza que fue conocida como venganza de sangre; denominada de dicha manera en virtud de tener su origen en el delito de homicidio y lesiones; delitos que eran denominados de sangre.⁵

Establece el Maestro Ignacio Villalobos que *“Es el primer periodo de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza, la ratio essendi de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por si mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituye una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos más del conocimiento de la naturaleza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales”*.⁶

Se considera que a este tipo de venganza no puede considerársele como una etapa de evolución del Derecho Penal como tal, sin embargo es importante considerarla ya que es un antecedente de protección, de defensa y de venganza a las conductas no toleradas entre los individuos.

⁴ BROM. Óp. Cit. Nota 1. p 68, 69.

⁵ CASTELLANOS TENA Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Editorial Porrúa. Cuadragésima Cuarta Edición México. 2003. p 32.

⁶ VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. Parte general. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 1990. p 24.

Por lo que el antecedente de la pena es aquella venganza que fuese el equivalente a la pena actual, es decir aquella que contaba con el apoyo de la colectividad, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a llevarla a cabo.

El Maestro Jiménez de Asúa establece que en la venganza privada surgen dos tipos de reacciones:

- a) El castigo de un miembro de la tribu, que en el seno de la misma ha cometido infracción en contra de la misma tribu o bien de algún individuo dentro de ella. En este caso se convierte en una privación de la paz o persecución, expulsando al individuo de dicha comunidad.
- b) Castigo de un individuo no perteneciente a la tribu, que comete infracción en contra de ella o de alguno de sus individuos. En este caso se presenta un venganza de sangre que ejerce tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de una de las partes contendientes.

De tal forma que la expulsión de la comunidad de la paz, así como la venganza de sangre son una reacción no del individuo, sino de la tribu, como mandataria del orden y de la paz; y las reacciones originadas aparecen como un atentado contra los intereses de la tribu debido a la perturbación originada.⁷

Este periodo como lo establece Cuello Calón: *“La venganza dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias. Como los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaba al ofensor o a su familia todo el mal posible”*.⁸

De lo anterior y con el paso del tiempo nace la primera limitación a esta venganza; se utilizó el principio contenido en la Ley del Talión, que refiere al *“ojo por ojo, diente por diente”*, mediante la cual la comunidad reconocía al ofendido el

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Introducción al Derecho Penal**. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2003. p 84.

⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Novena Edición. Editorial Nacional. 1961. p 56-57.

derecho de causar un daño de la misma magnitud al inferido. Este sistema del Talión supone ya la existencia de un límite moderador, lo que significa, un desarrollo considerable en la evolución de las ideas penales; ya que dicha idea da a la venganza una medida y un objeto.

Existen civilizaciones en la antigüedad que toman esta primera etapa evolutiva del derecho penal como lo son:

China

Los autores hablan de la existencia de un libro denominado de las Cinco Penas, en cuyos rasgos primordiales se encontraba la aplicación de la Ley del Talión, dando la facultad que se ejerce contra el acusante de un daño, de recibir un castigo en la misma proporción del cometido. El Maestro Jiménez de Asúa refiere: *“En el primitivo derecho de China, contenido en el libro de las Cinco penas, en tiempos del mítico emperador Seine, predominaba la venganza y el talión, y cuando éste no era aplicable se recurría a formas de talión simbólicas, así al ladrón se le amputaban las piernas, por que en chino una misma palabra significa ladrón y huir. La pena de muerte se imponía en público, con el fin de escarmiento y de purificación, y se ejecutaba por decapitación, horca, descuartizamiento y entierro en vida. Las otras clases de pena eran rutilantes o de marca, ésta última para los delitos de menos gravedad”*⁹.

Babilonia

Como antes se mencionó el código más antiguo de Oriente del que se tiene conocimiento es el del rey Hammurabi. Este código fue esculpido en un bloque de diorita, en caracteres cuneiformes, y parece que fue mandado a esculpir para el templo de Sippar. Lo dio a conocer Winckler descifrándolo y traduciéndolo.¹⁰

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 90.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Teoría del Delito. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2003. p 106.

Se puede afirmar que sus regulaciones evitan la extralimitación de la venganza; la venganza es desconocida en dicho código. En cambio se halla un talión muy desarrollado; incluso distingue de los delitos voluntariosos de los causados por negligencia y los derivados del caso fortuito. Reconociendo como atenuante al arrebató y obcecación, incluso la riña.¹¹

1.2. VENGANZA DIVINA

Junto con la evolución de la sociedad, evolucionan necesariamente todas aquellas ideas y conceptos que la rodean por lo que es inminente la evolución de las ideas penales; dentro de dicha evolución se encuentra que las sociedades primitivas se transforman con el paso del tiempo en civilizaciones teocráticas.

Es natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. De esta forma surge en el terreno de las ideas penales, el periodo denominado de la *venganza divina*.¹²

De esta forma, evoluciona la venganza privada a la venganza divina, a este respecto el maestro Ignacio Villalobos establece que: *“Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo”*.¹³

Por lo que de acuerdo a dicha concepción al cometer un delito se cometía no una falta terrenal, ni un mal a la víctima o su entorno; sino se ofendía y atacaba

¹¹ ídem.

¹² CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 33.

¹³ VILLALOBOS. Óp. Cit. Nota 6. p 25.

directamente a Dios, quien era representado en la vida terrenal, por los sacerdotes, quienes al aplicar la pena se justificaban en su nombre. Así *“este periodo constituye un avance en la función represiva; la comisión de un delito significo una ofensa a la divinidad y la pena se encaminaba a complacerla mediante la expiación, no obstante, eran frecuentes la crueldad y los excesos”*.¹⁴

Algunas civilizaciones que adquirieron esta idea dentro de su sistema penal fueron los siguientes:

Israel

Con respecto de esta civilización cabe mencionar el surgimiento de la idea religiosa en la práctica penal con la legislación de Moisés misma que data del siglo XVI antes de la era vulgar, las fuentes se encuentran en los primeros cinco libros de la Biblia siendo que las ideas penales se encuentran principalmente en el Éxodo, Levítico y Deuteronomio. Teniendo como característica principal reglas muy rigurosas en cuanto a las ideas penales, siendo hasta la integración del Talamud que dicha legislación empezó a aminorar el rigor que contenía.¹⁵

Es evidente en esta civilización el predominio del espíritu religioso en su sistema penal, así el derecho de castigar es delegación divina, ya que el delito es una ofensa a Dios, la pena no tiene otro objetivo que la intimidación y la expiación del pecado cometido. Se permite como ejemplo la pena de muerte, que se mide por el Talión, mismo Talión que en los casos de homicidio es absoluto: vida por vida. El reo se purificaba mediante ejercicios expiatorios y el suelo del delito quedaba contaminado, debiendo los sacerdotes impetrar el perdón de Dios.¹⁶

En el sistema jurídico hebreo la venganza personal constituyó un derecho y la venganza de sangre, un deber; esto debido a que la Ley Judía esta íntimamente emparentada con la babilónica. Las penas tenían una clasificación: las aflictivas y las pecuniarias. Este conjunto de normas es considerado importante ya que tiene

¹⁴ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 36.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 107.

¹⁶ Ídem.

un sentido muy superior a otras leyes en cuanto al sentido humanitario de las penas. En cuanto a este punto cabe destacar que los creadores del Talmud intentaron suprimir la pena de muerte o “muerte legal”. Además de que en la ley penal hebrea existe una absoluta igualdad, ya que no toma en consideración la clase social, el status político o la religión.¹⁷

*“En cuanto a las normas procesales, la Biblia establecía reglas como la de que el crimen debida ser debidamente comprobado; que existan testigos oculares y que estos reúnan determinadas condiciones de honestidad e imparcialidad; que el delito haya sido cometido; que el culpable haya sabido conscientemente que cometía un hecho punido por la ley”.*¹⁸

Egipto

Sus normas jurídicas más antiguas se atribuyen a la revelación que de ellas hicieron los dioses al rey Mevis. Los preceptos legales se hallaban en libros antiguos de los cuales en la actualidad solo quedan fragmentos de sus contenidos. Su derecho estaba impregnado de un sentido eminentemente religioso, al igual que en las civilizaciones que se encuentran en estas etapas de evolución, constituía un ataque y ofensa a los dioses, y las penas más crueles las imponían los sacerdotes, como delegación divina, siendo que la pena servía para aplicar el enojo de la divinidad.¹⁹

En dicha civilización los delitos más graves eran aquellos en los que se afectaban a animales deidades, como el buey y los cocodrilos; así como los sagrados como el ibis, el gato y el halcón, esto en virtud de que sus dioses mitológicos se relacionaban con los animales antes mencionados. Otros delitos considerados como graves en dicha civilización eran lo que atentaban contra los faraones; ofensas al faraón y a su familia; la desobediencia a las órdenes reales,

¹⁷ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 8.

¹⁸ Idem.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 107.

el perjurio y el homicidio. Se sabe que se aplicaba el talión simbólico, y existían como penas los trabajos públicos y la esclavitud.²⁰

1.3. VENGANZA PÚBLICA

A medida que continua la evolución de la humanidad se dan cambios de diversas índoles, entre los que cabe destacar a los sociales, culturales e intelectuales; cambios que evidentemente se reflejan en el Derecho; este lento pero continuo cambio en el pensamiento penal conlleva el surgimiento de la venganza pública. Esta evolución se alcanza cuando los Estados adquieren una mayor fuerza y solidez, diferenciando los delitos de acuerdo si lesiona de manera directa los intereses de los particulares o al orden público; diferenciando de esta forma a los delitos privados y públicos.

En Roma, esta evolución abarca los tres periodos históricos; surgiendo desde la República en donde se precisa cuáles son los delitos privados (donde se afirma el principio del Talión y surge la composición); pero a la vez se mantienen los delitos públicos. Posteriormente en esta misma etapa las disposiciones dictadas por los Gracos contenidas en las leyes Cornelia y Julia, donde se disminuyen los delitos privados y se incrementan los públicos.²¹

De lo que se desprende claramente el inicio de una evolución de un Derecho Penal privado a uno público; pero este eslabón es uno de los primeros en la multicitada evolución penal; terminando dicha evolución en el Imperio con la creación de los tribunales de justicia penal.

Ahora bien uno de los aciertos del Derecho Penal Romano en palabras del maestro Sebastián Soler citado por Betancourt lo constituye *“La afirmación del carácter publico y social del Derecho Penal, no obstante la diferencia mantenida*

²⁰ Ídem.

²¹ LÓPEZ BETANCOURT Óp. Cit. Nota 3. p 12.

*siempre entre los delitos privados y público, pues la ilicitud privada no se equiparaba a una acción civil, y no daba lugar a un mero resarcimiento, sino a una verdadera pena”.*²²

Pero para llegar a esta etapa penal se debió pasar por una larga evolución, hasta que el poder del Estado consigue acabar con las guerras entre familias. Iniciando con el sistema de composición que apacigua las represalias, así como el extrañamiento voluntario y los lugares de asilo templan la crueldad de las reacciones; concluyendo dicho proceso con la responsabilidad personal que sustituye a la colectiva.²³

El Estado en un primer momento terminó con las guerras familiares facilitando su composición, para posteriormente obligar al culpable de la conducta a entregar dinero en composición por el delito cometido; terminando por prohibir ambas y establece un nuevo sistema represivo, castigando y penando el mismo los delitos con penas aflictivas, intimidantes y ejemplares; siendo así la finalización de dicho proceso siendo que el Estado se encuentra en plena posesión del derecho de penar. Surgiendo de esta forma las penas, propiamente dichas y el derecho subjetivo a castigar.

Me parece adecuado señalar la aportación del maestro Jiménez de Asúa quien comenta de forma clara y precisa que a pesar de estar íntimamente relacionadas la venganza y la pena no son iguales, ya que si bien es cierto que en la venganza privada o de sangre están comprendidos todos los males de la pena, pudiendo afirmar que dicha venganza privada ha sido la madre de todas las penas, no es menos cierto que tanto la pena como la venganza son fenómenos sociales que poseen propias genealogías, sin embargo no se niega ni se excluye que la venganza y la pena se influyeran recíprocamente. La diferencia más importante entre ambas es su fundamento, mientras que la venganza se funda en

²² Ídem.

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 10. p 90.

la naturaleza intrínseca del ser humano; la pena lo hace en el pacto social y en la voluntad de mantener una formación social.²⁴

Los tratadistas están en consenso que de esta manera nace la etapa llamada “*venganza pública*” o también conocida como “*concepción política*”, lo anterior en virtud de que si el derecho es la política del poder, el derecho público para castigar es el poder penal público judicialmente limitado; situación bastante discutible ya que en esta etapa como se vera a continuación el poder público se llevó a cabo de manera ilimitada.

De tal manera la infracción, por encima del perjuicio que pudiera producir eventualmente, y de la regla que se viola, lesiona el Derecho de aquel que invoca la ley; por tanto en esta época se pensaba que incluso cuando no haya injuria ni daño al individuo, se ha cometido algo que la ley prohíbe y por lo tanto es un delito que exige reparación, porque fue violado el Derecho del superior y porque se injuria con ello la dignidad del soberano. Así el delito además de su víctima inmediata, ataca al soberano; lo ataca personalmente ya que la ley vale por la voluntad del soberano; lo ataca físicamente ya que la fuerza de la ley vale por la voluntad del soberano y la fuerza de la ley es la fuerza del rey; y para que una ley esté en vigor en ese momento histórico era necesario que emanara directamente del soberano, o al menos que la confirmara con su sello de autoridad.²⁵

Los gobernantes consideraban que cuando un delito es cometido, se ofende al individuo y a la divinidad en su caso; pero sobre todo se ataca al Estado y, éste en su calidad de representante de los individuos, de acuerdo al pacto social (contrato social), solo él tiene la facultad de castigar, es decir el monopolio penal. Con esta convicción y conforme los gobiernos se convirtieron en laicos van logrando mayor solidez, quedando la impartición de justicia en sus manos. Definitivamente dicha situación era la correcta ya que el Estado debe de actuar en

²⁴ ídem.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar**. Trigésima Cuarta edición en español. Editorial Siglo Veintiuno Editores. México. 2005. p.53

materia de administración de justicia, el lado negativo en este momento fue que al aplicar las sanciones penales para la supuesta salvaguarda del estado se aplicaron penas cada vez más crueles e inhumanas, abusando de esta potestad de los Estados atribuyéndose facultades omnímodas.²⁶

En esta época los delitos fueron severamente sancionados, para muestra Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar* ilustra una pena de las que se aplicaron: *“Damiens fue condenado el 2 de marzo de 1757 a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de Paris, a donde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo solo en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano, después en dicha carreta a la plaza de Greve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos, pantorrillas, y a su mano derecha, en la cual se encuentra asido el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá polvo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiendo, cera y azufre fundíos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus seis miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento”*.²⁷

La pena fue ocupada por la autoridad pública, para conservar el poder que detentaban, se persiguió a los súbditos con crueldad y de una manera totalmente arbitraria; durante los procesos penales para confesar a los *“culpables”* se utilizan la tortura y los suplicios; se inventaron los calabozos, la argolla de cuello y pies, descuartizamiento, hoguera marcas infames y los trabajos forzados.²⁸

Así en casi todos los procedimientos penales Europeos, a excepción de Inglaterra, el proceso penal se mantenía en secreto; no solo para el público sino también para el acusado; desarrollándose algunas veces sin él y otras sin que

²⁶ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 37.

²⁷ FOUCAULT. Óp. Cit. Nota 25.p 1.

²⁸ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 37.

podiese conocer la acusación, los cargos, las pruebas, resultando imposible para el acusado conocer la identidad de los denunciados, careciendo del derecho a un abogado; ya fuese para comprobar la regularidad del procedimiento o para participar en la defensa; por otro lado el juez tenía el derecho de ocultar al acusado la índole de la causa, de interrogarlo de manera capciosa, permitiéndose el uso insinuaciones.²⁹

Por lo que la forma en que estaba diseñado para constituir y elaborar probanzas; convertían a la instrucción penal en una perfecta maquinaria, que en muchas ocasiones producía verdades judiciales en ausencia del mismo acusado; constituyendo la confesión del delito un elemento importante ya que, primeramente la misma era obtenida a través de suplicios y tormentos, y a través de dichos medios se conseguían declaraciones de culpabilidad y se podía condenar al reo sin la necesidad de añadir otras pruebas y mucho menos combinarla con indicios; obteniendo con dicha prueba una victoria sobre el acusado.

En relación a lo anterior el autor Carrancá y Trujillo refiere que durante esta etapa se inventaron los suplicios como medio preparatorio en la instrucción y una cuestión previa anterior a la ejecución de las penas, con la finalidad de obtener revelaciones y confesiones.³⁰

A manera de conclusión de esta etapa penal se cita al maestro Cuello Calón quien menciona que *“Ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de la justicia la mas irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían penas más suaves y eran objeto de una protección penal mas eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban castigos más duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia”*. Por último dominaba las más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la

²⁹ FOUCAULT. Óp. Cit. Nota 25. p 41.

³⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. p 60.

facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando, Este espíritu inspiró el derecho penal europeo hasta las vísperas de siglo XIX.³¹

1.4. LA HUMANIZACIÓN DE LA PENA.

Existe una ley física que establece que a toda acción surge una reacción, por lo que en reacción a los abusos referidos con anterioridad se origina el nacimiento de la humanización Derecho Penal y por consiguiente de la pena. Siendo que los primeros indicios del surgimiento de dicha etapa se da en el pueblo, ya que el mismo era quien presenciaba tan atroces momentos en donde se ejecutaba la sentencia, que llegaban a excesos como los ya referidos, por lo que en un inicio fueron repudiando dicho acontecer; aunado a la imparcialidad de la justicia tratándose de nobles y gente poderosa, quien rara vez era juzgada. Así al ver dichas situaciones el pueblo empezó a defender a sus iguales de injusticias impidiendo en muchas ocasiones la ejecución de las sentencias.

Este tipo de manifestaciones llamó la atención de personas letradas en especial de filósofos y juristas; quienes empezaron a gestar un cambio en la forma de pensar y abriendo el telón a la etapa humanista del Derecho Penal.

Siendo así donde inician las críticas de los pensadores de dicha época a los abusos en los regímenes de los reyes absolutistas iniciándose el cuestionamiento del origen divino del poder de los reyes y se inicia el planteamiento de que el poder no radica en los reyes sino en el pueblo, derivado del contrato social, en el

³¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Óp. Cit. Nota 8. p 56,57.

que el Estado debe de existir una equidad en los poderes que salvaguarden a los ciudadanos de los abusos de las autoridades.³²

De esta forma el pacto social reconoció que todo poder proviene del pueblo y se debe de ejercer en beneficio de éste siendo la ley la máxima expresión de voluntad popular, la cual se emite a través del legislativo. En consecuencia los jueces debían de respetar la voluntad del pueblo y sustentar sus resoluciones exclusivamente en lo dispuesto por la ley, naciendo el principio de legalidad.³³

Uno de los primeros autores en criticar el sistema penal es Voltaire quien en 1752 inicia una labor crítica del sistema penal que acompaña de constructivas aportaciones, entre las que destacan la idea de que los jueces deben ser esclavos de la ley, se deben de aplicar las penas conforme a la personalidad del delincuente, se muestra partidario de la privación de la libertad y los trabajos perpetuos: se pronunció en contra de la tortura y del procedimiento secreto.³⁴

En términos generales los autores que criticaron el ordenamiento jurídico penal, atacan el exceso de poder que tenían los jueces, mismos que hacían ejecutar sentencias arbitrarias, en donde la parte acusatoria tenía, sin límite, elementos y medios para perseguir y construir culpables; donde no importaba si las pruebas son totalmente inculpatorias ya que mientras sean legales se podían interpretar; y a demás de eso disponían de una libertad bastante grande en cuanto a la elección de las penas; lo cual lleva a jueces a mostrarse algunas veces muy severos. Pero no sólo la crítica es hacia los jueces es un exceso de poder en los jueces; dicho exceso se origina en el Rey, ya que él puede en cualquier momento suspender la justicia, anular o modificar sus decisiones, declarar incompetentes a los magistrados, destituirlos, y nombrar otros en su lugar; así la justicia se encontraba mal distribuida y demasiado concentrada en muy pocas manos.

³² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal. Parte General**. Editorial Porrúa. México. 1999. p 42.

³³ DÍAZ ARANDA, Enrique. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Porrúa. México. 2003. p 95.

³⁴ Ídem.

Así las protestas contra las penas y procesos inhumanos, se encontraban por doquier en la segunda mitad del siglo XVIII; entre filósofos, filántropos, juristas, curiales y parlamentarios; teniendo como fundamento terminar con penas tan atroces, lo cual no significaba otra cosa que dar un límite legal al castigo; es decir dar una frontera al derecho legítimo del Estado para castigar. Terminando las ideas de todas aquellas personas que propugnan por dicha reforma a que en la justicia penal no exista venganza, que se castigue y se busque el castigo.

Estas tendencias humanistas tienen afluencia en pensadores de dicha época como lo son Montesquieu, D'Alber, Voltaire, Rousseau; pero las ideas de humanización del Derecho Penal no tomarían cuerpo hasta la mitad del siglo XVIII con César Bonnesana, Marqués de Beccaria.

Ya que si antes de César Bonnesana, Marqués de Beccaria; algunos autores habían criticado el sistema penal y manifestado que se necesitaban cambios en el mismo, la obra de Beccaria constituye un parte aguas en el Derecho Penal con respecto a la humanización; en este aspecto el maestro Villalobos citado por Castellanos Tena de manera precisa establece que: *“En el terreno de las ideas, ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamiento que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas; buen ejemplo de ellos Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, Carlos Marx y Enrico Ferri. Por lo que ve la reforma penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista “Il Caffè” el joven Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro titulado **Dei delitti e delle pene**, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre*

*hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración”.*³⁵

Las aportaciones del libro *Dei delitti e delle pene* se encuentran no sólo en la crítica a los abusos en la práctica criminal de su época, sino que exige una reforma de fondo: *“proclama que la justicia humana es algo muy diferente a la divina, y que la justicia penal no tiene ninguna relación que ver con la de Dios”*; así *“la filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaria en una fórmula jurídica, que resultaba del Contrato Social de Rousseau, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido previstos con anterioridad por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley. Estos postulados de filosofía penal terminaron con la arbitrariedad de los jueces y pasaron al derecho del siglo XIX enunciados, como un apotegma, en la lengua latina, a fin de destacar su universalidad: nullum crime, nulla poena sine lege”.*³⁶

Por lo que Beccaria propugna por castigos menos severos ya que creía que los castigos crueles hacían insensibles a los hombres; lo que con lleva a la eliminación de los suplicios y de la pena de muerte. Manifiesta que el rigor de las penas no sirve de nada si no se acompaña de la certidumbre del castigo; siendo dicha obra el pilar para la reforma del Derecho Penal, base del actual Derecho punitivo. Siendo que el castigo de los delitos se debe de basar en leyes justas para lo que es necesario una proporción entre los delitos y las penas; en materia procesal atacó las acusaciones secretas, ya que decía que era una costumbre que

³⁵ CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 35.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 10. p 93.

hace a los hombres falsos y dobles, propiciaba la calumnia y la inmunidad del acusador; critica al tormento y a la tortura.

El Maestro Márquez Piñero refiere que para Beccaria el *ius puniendi* del Estado lo constituye el total de cesiones de las mínimas porciones de la libertad individual que las personas hacen al Estado, con el fin de poder disfrutar, tranquila y pacíficamente del resto de libertades conservadas por cada uno. Así pues el Derecho Penal surge de la necesidad y tiene como finalidad la utilidad común. El criterio fundamental para determinar la responsabilidad penal es el daño causado a la sociedad, la pena no tiene finalidad vindicativa, ni tiende a anular el delito cometido su finalidad es preventiva, es decir, que se cometan nuevos delitos.³⁷

Los puntos más importantes del libro de Beccaria son los siguientes³⁸:

- El derecho de castigar se basa en el contrato social en el que por necesidad obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad; para la creación de un Estado; y esta libertad cedida es en la que se fundamenta y la que forma el derecho de castigar. Por lo que la justicia divina y humana son independientes, y los soberanos pueden crear las leyes pero no juzgar. Debido a lo anterior deberían de existir tres partes; el soberano que afirma la violación; el acusado que la niega y un juez que juzgue el hecho.
- Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas; además de que deben de ser públicas, prontas y necesarias, proporcionales al delito y las mínimas posibles. Nunca deben de ser atroces.
- La justicia debe de ser pronta para que exista la asociación entre delito y pena, considerándose una como causa y otra como consecuencia; ya que el hombre lo entiende así.

³⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal Parte General**. Cuarta edición. Editorial Trillas. México. 1997. p. 71 y 72

³⁸ Cfr. BECCARIA, Cesare. **Tratado de los Delitos y de las Penas**. Octava edición. Editorial Porrúa, México 1998.

- La crueldad de la pena no es parte importante o fundamental en el freno del delito sino de la infalibilidad de la misma. Cuando hay certidumbre o seguridad en el cumplimiento del castigo aunque sea muy moderado tendrá mayor impresión que otro castigo más severo; cuando en éste haya la posibilidad de impunidad y la esperanza de que no sea inculgado.
- Los jueces por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar las leyes. Su función primordial será la de observar la letra de la ley y juzgar si las acciones de los ciudadanos son o no conforme a la ley escrita.
- El fin de las penas no es atormentar ni afligir al hombre, ni deshacer un delito ya cometido, sino que impedir al reo causar nuevos delitos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Su objetivo principal es buscar y aplicar aquéllas que impresionen más eficazmente y durante más tiempo a los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. Además propugna por que se acaben las acusaciones secretas.
- Ataca la tortura para conseguir la confesión.
- La pena de muerte debe ser eliminada por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, del mismo modo que no puede disponer por no pertenecerle. Esta pena no es el freno más fuerte contra la comisión de delitos ya que este es aunque es terrible pero sólo es espontáneo; siendo la prisión más relevante ya que con la misma paga su falta, con la pérdida de la libertad convirtiéndose en una bestia de servicio que es el camino mas largo y dilatado pero el mejor ejemplo; a lo anterior se puede decir que la pena de muerte sólo hace una impresión espontánea de pronto olvido; y las penas violentas calman los ánimos pero de manera muy corta.

No solo Beccaria hace una crítica al sistema existente en su época, existen otros autores como John Howard quien crítica al sistema penitenciario de su época refiriendo que *“Las infectas prisiones europeas, sin luz, ni aire, con su*

población penal enferma, mal alimentada, maltratada, merecieron la censura áspera y dolorida de dicho autor ingles”; Concretando sus críticas y propuestas en su libro “*State of prisons*”, en el aparte de hacer una crítica severa y tajante fija ciertas bases como: higiene y alimentación; disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; educación moral, religiosa y trabajo.³⁹ Así Howard preparó la gran reforma penitenciaria y dio origen a la penología moderna.⁴⁰

Este movimiento origina reflejos reales de transición, así en Francia la cancillería resume en 1789 la posición de los Cuadernos de Queja “*Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos.*”⁴¹ Pero no se quedaron hasta ahí las ideas, las mismas llegaron más lejos, ya que incluso influyo a varios monarcas a incluir reformas en las leyes penales de sus pueblos; como ejemplo se puede mencionar a Catalina II de Rusia, Pedro Leopoldo de Toscaza y José II de Austria.⁴²

De esta manera la reforma penal de esa época se debe comprender como un reacondicionamiento del poder de castigar, teniendo como objetivo volverlo regular, más eficaz, constante y detallado en sus efectos; delineando principios generales sobre los que cabe destacar un poder para juzgar en el cual no participara de manera inmediata la soberanía del príncipe, una función judicial sin la pretensión de legislar; y la especialización de los órganos judiciales, que no tuviesen más funciones que la de juzgar.

Las ideas de Beccaria son retomadas por la Revolución Francesa, y se ven materializadas la Declaración de los Derechos del Hombre, que en su contenido refleja dichas ideas:

- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni mantenido en confinamiento excepto en los casos determinados por la ley y de acuerdo

³⁹ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 10. p 96.

⁴⁰ MÁRQUEZ PIÑERO. Óp. Cit. Nota 38. p 71.

⁴¹ FOUCAULT, MICHEL. Óp. Cit. Nota 25. p 77.

⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 95.

con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

- La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.
- Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona.

Concluyendo que después del auge de ideas humanizadoras surgidas en dicha época (abanderadas por Beccaria) surten efecto sobre la sociedad y los gobiernos de la época, consumándose el proceso de la humanización con la transición; ya que *“El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad”*.⁴³

1.5. ETAPA CIENTÍFICA

Con la humanización de la pena se inicia paralelamente la sistematización del Derecho Penal, surgiendo así el periodo científico. Para algunos autores esta etapa inicia con Beccaria y su obra *Dei delitti e delle pene*.

Para la existencia de un conocimiento científico basta con que él mismo persiga un fin o una verdad, y que esta búsqueda se de manera ordenada y sistemática; así cuando los juristas inician con la sistematización del Derecho Penal nace la etapa científica del mismo. Autores como Castellanos Tena establecen que con Beccaria surge en rigor el periodo científico, aunque él mismo manifiesta que antes de Beccaria existe la inquietud de estudiar los problemas del

⁴³ FOUCAULT. Óp. Cit. Nota 25. p 95.

Derecho Penal y se hicieron sistematizaciones sobre el mismo para tratar de resolverlos.⁴⁴

En contraposición a lo anterior otros autores como el doctor López Betancourt quien señala que Beccaria fue sólo el inicio, que consigue una humanización y empiezan a desaparecer las crueldades en el Derecho Penal; y junto a esta situación también se incrementan los estudios para sistematizar al Derecho Penal, de las cuales destacan dos escuelas; la clásica y la positiva.⁴⁵

En dichas escuelas se plantean problemas dogmáticos y filosóficos del fundamento que tiene el Estado para penar; se estudia el *ius puniendi*, abarcando la legitimidad del derecho de penar; la naturaleza del delito y el fin de las sanciones.

Escuela Clásica

El nombre de clásica se debe a los positivistas al llamar a las viejas doctrinas escuela clásica; pero no en el sentido del concepto de clásico que actualmente se tiene (consagrado, ilustre, excelso) sino en un sentido peyorativo.⁴⁶ Así el nombre de Escuela Clásica fue adjudicado por Ferri, quien quiso significar lo viejo y lo caduco.⁴⁷

El contenido de esta escuela es heterogéneo, engloba tendencias distintas, incluso opuestas, que llegaron a combatirse entre sí, matizadas además por formulaciones nacionales, que se desarrollan dentro de cada país y que se desconocían una a otras. La escuela clásica se caracteriza por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario.⁴⁸

Durante la época anterior a la escuela clásica, la atención estaba encaminada a modificar las penas, el delincuente era visto como un ser cuyo

⁴⁴ CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 37.

⁴⁵ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 38.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 117.

⁴⁷ CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 56.

⁴⁸ MÁRQUEZ PIÑERO. Óp. Cit. Nota 37. p 75.

determinismo lo llevaba a cometer un delito impulsado por una razón determinada; así en la escuela clásica las penas no eran consideradas como un medio para modificar al delincuente sino como un instrumento legal para defender la sociedad del crimen, un disuasivo es decir una contramotivación. Por lo que es en este momento el Derecho Penal donde la pena sufre un cambio trascendental, se percibe como algo útil en razón de que *“el daños social y la defensa social constituyen así en este sistema, los elementos fundamentales respectivamente de la teoría del delito y de la teoría de la pena”*.⁴⁹

Los autores más sobresalientes de dicha escuela son:

Federico Hegel

Hegel “entiende que a la voluntad irracional de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito”.⁵⁰

Manuel Kant

Kant define la retribución moral de la pena; para él la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y consecuencia jurídica del delito. Partidario de la retribución para Kant la pena se debe de aplicar por el simple hecho de haber cometido un delito, ya que por medio de la pena se retribuye el daño ocasionado.⁵¹

Pellegrino Rossi

Para el Maestro Rossi la pena es la remuneración del mal causado, que un juez legítimo le da peso y medida. Fundamenta el derecho a castigar en el orden moral, mismo que es obligatorio para los hombres de la sociedad en donde viven.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**. Editorial Siglo XXI. México. 1986. p. 23

⁵⁰ CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 53.

⁵¹ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 38.

Por lo anterior el Derecho Penal tiene la función de conseguir ese orden moral; recordándoles a los individuos los principios de dicho orden.⁵²

Francisco Carrara

La mayoría de los autores coinciden que Carrara fue el más brillante expositor de la escuela clásica, autor del Programa de Derecho Criminal. Para dicho autor el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, negativo o positivo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁵³

De esta forma el delito se compone de dos fuerzas una física y otra moral, siendo la fuerza moral aquella derivada de la voluntad inteligente del hombre, y de dicha voluntad y de la inteligencia surge la intención, misma que puede ser directa (dolo) o indirecta (culpa); y la fuerza física nace del movimiento corporal o su ausencia, mismo que produce un daño.⁵⁴

Sobre Carrara, Eusebio González citado por el maestro Castellano Tena manifiesta: *“El conjunto de las doctrinas de Carrara representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. El sabio maestro de Pisa, admirable sistematizador como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente de pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de César Beccaria. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema, las expone con claridad insuperada; la funda con argumentación resiente. Observa, en su elaboración, un método riguroso. Cuando, para aceptar conclusiones o para el disenso con ellas, se hace referencia a la Escuela Clásica, no son otras que a las doctrinas de Carrara las que se someten a examen; es sobre ellas que la crítica versa, y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su merito excepcional no está ausente jamás. Enrique Ferri, que fue su infatigable contradictor, fue un encomiasta caluroso de ese merito. Admiraba a Carrara, la agudeza de su ingenio*

⁵² CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 5.4

⁵³ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 39.

⁵⁴ ORELLANA WIARCO. Óp. Cit. Nota 32. p 5.

*y su lógica poderosa; y era innegable para él, que con el Programa, había elevado un maravilloso edificio científico, no solamente en la parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena, sino en lo particular, redacción confusa que son los verdaderos términos de aplicación diaria de las doctrinas generales”.*⁵⁵

Carrara sostiene que Dios da al hombre desde su creación el Derecho para que éste pueda cumplir con sus deberes; el Derecho Penal es un orden de razones emanadas de la ley moral preexistentes a la ley humana. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas especiales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para él mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe de exceder las necesidades de la tutela jurídica; ya que si lo hace se viola al Derecho.

El Maestro López Betancourt sintetiza el pensamiento de Carrara en los siguientes puntos:

- a) Distingue al delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas).
- b) El delito sólo se produce por violación de la ley.
- c) El pensamiento no produce consecuencias en el mundo jurídico.
- d) Las penas deben fundarse en criterios jurídicos.⁵⁶

El maestro Orellana establece que: *“En pocas palabras podemos decir que para Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley; y que también puedan desprenderse de la propia ley las situaciones en las cuales, la falta de*

⁵⁵ CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 55.

⁵⁶ LÓPEZ BETANCOURT. Óp. Cit. Nota 3. p 39.

*presupuestos o elementos, impiden que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delictivo, no lo sea”.*⁵⁷

Pero a pesar de la diversidad de ideas en dicha escuela existen rasgos característicos como lo son:

1. Método esencialmente racionalista; para los clásicos no existían mas ciencia penal que el derecho punitivo, estudiándolo con un método lógico-abstracto.
2. Una imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral; dando una importancia fundamental a la libertad del hombre en su conducir y actuar cotidiano, siendo éste uno de sus puntos fundamentales de partida; el libre albedrío del hombre para actuar y sin éste no se podría justificar el derecho a castigar.
3. Sólo puede castigarse a quien realice una acción o una omisión prevista como delito en la ley y sancionada con una pena, consagración del sentido individualista, proteccionista y garantista contra abusos y arbitrariedades, sacralización del principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen nullum poena sine lege*), los clásicos aspiran a determinar clara y taxativamente las circunstancias modificativas de los delitos (agravantes), el minucioso examen del delito en su aspecto interno, la meticulosidad en la noción de las figuras delictivas y su pretensión de prevenir todos los supuestos posibles de la delincuencia.
4. La pena es un mal impuesto al delincuente, retribución del delito cometido, debe existir una proporcionalidad entre la pena y el delito, misma que debe de estar determinada de forma clara y concreta y el juez solo tiene la facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.

⁵⁷ ORELLANA WIARCO. Óp. Cit. Nota 32. p 5.

5. El delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico. Así pues meollo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo) más no el delincuente (supuesto objetivo).⁵⁸

Escuela Positiva

A diferencia de la primera parte del siglo XIX, época del desarrollo de la escuela clásica, donde el pensamiento predominante era del romanticismo; en la segunda mitad del siglo XIX surgen corrientes materialistas, donde destacan el positivismo y el materialismo histórico.

Siendo precisamente en este momento donde los conocimientos de las ciencias naturales lograron grandes avances, ganando reputación, dicho éxito contrastaba con los de las ciencias sociales, debido a que los fenómenos sociales ni son previsibles ni pueden repetirse para comprobar la falsedad o veracidad de la teoría aplicada; aunado a esta circunstancia, el aumento de la criminalidad, generó una crisis respecto de legitimación como ciencia de la dogmática jurídico penal; por lo que algunos doctrinarios italianos buscaron demostrar la cientificidad de su materia. Primeramente sustituyeron el idealismo por el materialismo, abandonando un mundo de ideas y empezaron a atender a la realidad social *"el delito, objeto de la ciencia penal dejó de ser considerado como un ente jurídico ideal, para ser examinado como fenómeno empírico ubicado en lo real-material, así la pena no podía seguir siendo un concepto retributivo sino un instrumento de incidencia en la realidad externa dirigida a la defensa de la sociedad. Bajo estos postulados se desarrollaron los positivista alejándose de un positivismo jurídico para transformarse en un positivismo de carácter sociológico, psicológico y antropológico, cuyo fin era constituirse en una ciencia de carácter causal explicativa"*.⁵⁹

La característica distintiva de la escuela clásica con la positiva, no sólo es su concepción realista, sino que fundamenta sus métodos inductivos de

⁵⁸ MÁRQUEZ PIÑERO. Óp. Cit. 37. p 75,76.

⁵⁹ DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. 33. p 98.

investigación científica frente a los deductivos de la escuela clásica. El positivismo, encuentra su base en el método inductivo, siendo el camino adecuado para la investigación el de la observación y la experimentación, para después inducir reglas generales.

Contrario a lo que sucede en la escuela clásica, la escuela positiva posee un carácter unitario y cosmopolita. Dicha escuela tiene a sus fundadores o “*evangelistas*” en Enrique Ferri, Rafael Garófalo, Fioretti y Lombroso, los tres primeros de ellos escriben y publican *La polémica en defensa de la escuela positiva*”. Aunque quienes aparecen como los máximos definidores de dicha escuela son Lombroso con su obra el *Uomo delinquente*, Ferri con *La Sociología criminale*, y Garófalo con la *Criminología*.⁶⁰

Dichos autores tienen dentro de su pensamiento connotaciones rigurosas e incluso inhumanas, así Fioretti acerca mucho al delincuente a una fiera; Garófalo por su parte niega que los delincuentes sean semejantes a los demás hombres y demanda contra ellos la pena de muerte, la relegación en una isla o colonia; y Ferri, citado por Jiménez de Asúa, en su obra *Sociología* afirma que “*los procedimientos de defensa social se deberán de reducir al resarcimiento del daño (para los delitos menores, que son mucho más, realizados por motivos excusables por delincuentes menos anormales), o la segregación indeterminada en manicomios criminales o en las colonias agrícolas, en diverso régimen según las distintas categorías antropológicas de los segregados...*”. Aunque hay que mencionar que propone que dicha segregación no debe de contener tormento o suplicio alguno, con el subsidio de las restricciones clínicas y terapéuticas.⁶¹

El maestro Márquez Piñero⁶² menciona como elementos comunes:

1. El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, el delito sólo es un síntoma revelador de su estado peligroso.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA. Óp. Cit. Nota 7. p 120

⁶¹ Ídem. p 120.

⁶² MÁRQUEZ PIÑERO. Óp. Cit. Nota 37. p 77, 78.

2. Aplicación de un método experimental, donde se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico solamente a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación.
3. Niega el libre albedrío, manifestando que el delincuente es anormal por lo que carece de libertad de elección.
4. Apoya un determinismo de la conducta humana, lo anterior como consecuencia directa de la negación del libre albedrío, manifestando que la conducta humana esta determinada por factores de carácter físico-biológicos, psíquico y social.
5. El delito es un fenómeno natural y social producido por tres factores de orden diverso: Antropológicos, físicos y sociales; biológica y psíquicamente el delincuente es anormal. Sustituyen la responsabilidad moral por una responsabilidad social.
6. La sanción no debe de corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor. La pena no es más que un medio de defensa social, de suerte que ahí radica su finalidad. Sobre todo importa la prevención de los delitos, más que la represión de ellos, y las medidas de seguridad cobran importancia.
7. La defensa social, fin de la pena, se realiza mediante la prevención especial o individual y la prevención general, no excluyendo la posibilidad de entender la pena como retribución moral, con la condición de que se trata de una retribución moral objetiva. El sistema penitenciario tiene objetivos de readaptación de los corregibles y de segregación de los no corregibles.
8. Responsabilidad social derivada del determinismo y temibilidad del delincuente, que supuso, desde los primeros momentos del positivismo, la negación del libre albedrío. Así para sustituirlo elaboró la tesis de la responsabilidad social, concretándola con mayor finura y certeza. La base de la doctrina reside en que el hombre es responsable de las acciones u omisiones exteriormente delictivas cometidas por él, solamente por que viven en sociedad

y mientras viven en ella. El determinismo y la responsabilidad social no presuponen la negación del derecho de penar, sino sólo constituyen un cambio de su carácter y fundamento. Si el hombre va fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad por igual está determinada a defender las condiciones de su existencia, contra los que la amenaza.

El gran problema de esta escuela fue el método de inducción mismo que era su sustento sobre esto comenta el maestro Villalobos que *“En materia penal, el método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con método propio sin que exista en ocasiones nada que observar ni que inducir. La antropología, la Sociología y la Criminología, son ciencias naturales cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, escudriñar sus orígenes y fijar sus mecanismos de producción; son ciencias naturales y deben de tener como método preponderante la inducción. El Derecho Penal, en cambio, que trata de imponerle una forma y límites determinados, se refiere al mismo objeto, pero se diferencia precisamente por su carácter eminentemente práctico, por su fin normativo y por su método, descansando parcialmente en los conocimientos alcanzados por aquellas circunstancias naturales y sumando su propio aporte para la estructuración completa del edificio jurídico”*.⁶³

Ahora bien como conclusión se puede decir que los positivistas en si no elaboraron Derecho, sino ciencias naturales auxiliares del Derecho, ya que no se puede admitir que los hombres carecen de facultad para elegir la acción, ya que dicha negación, negaría a su vez la existencia del Derecho, pues las normas

⁶³ VILLALOBOS. Óp. Cit. Nota 6. p 43.

legales siempre manifiestan un *deber ser*, dirigido a la conducta del mismo; de lo anterior se desprende que el hombre si no estuviera capacitado entre obedecer o no a las normas, éstas carecerían de sentido, ya que las mismas tienen la función de fijar comportamientos que por razones diversas se consideran importantes y necesarios para la convivencia social. Pero no por esta situación se debe desvalorar su trabajo ya que dieron origen y profundizaron en ciencias como la antropología y la sociología criminal, la criminalidad y otras; dieron un auge importante a los estudios causales explicativos del delito.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA

En el capítulo anterior se estudio la evolución de las ideas penales, misma que se encuentra relacionada directamente con los progresos de la idea de la pena, en sintaxis del capítulo anterior se puede establecer que el origen de la pena se da con la venganza privada, misma que encontró limite a su arbitrariedad con el talión. Pasando por la idea del “delito-pecado”, hasta la humanización y secularización del Derecho Penal, con el rompimiento de su sentido mágico y sacramental. Así cuando se supera la idea de odio o venganza en contra del delincuente, se concibe a la pena como garantía del orden colectivo, cuyo mantenimiento es responsabilidad del Estado.⁶⁴

Pero aun después de que la pena se concibe como garantía del orden colectivo, so pretexto de mantener dicho orden, el Estado imponía sanciones duras y crueles, buscando con dichos castigos la expiación moral y la intimidación colectiva; abusando de los castigos corporales y la pena capital, misma que como se ha referido era acompañada de suplicios.

Para posteriormente llegar al periodo de la humanización en la cual se pasa de la pena como aflicción, a la pena como privación de un bien, ya sea la vida (pena de muerte), la libertad (pena de prisión) o los bienes (pena patrimonial); a este respecto cabe señalar que existe un sustitución de la pena de muerte por la pena privativa de libertad, y en la misma pena de muerte se dejó para casos extremos sin que la misma se aplique con excesivos sufrimientos o crueldad innecesaria.⁶⁵

Por lo que la evolución de la pena en sí, es uno de los puntos medulares de la evolución de las ideas penales en general, tema que ya ha sido tratado, por lo

⁶⁴ FALCÓN TELLA, Ma. José. Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. p 97.

⁶⁵ Idem. p 105.

que el presente capítulo centra su enfoque a la pena, teniendo primeramente que definir a la pena, es decir cuál es la conceptualización jurídica de la misma, para posteriormente entrar al estudio de cuál es la justificación para la existencia de la pena. Situación que considero necesaria ya que la función de la pena debe de abarcar todo el sistema penal, influyendo decisivamente en su operatividad, tanto en la previsión legal de la pena, en su imposición y aun en su ejecución, debiendo de tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple en el sistema jurídico concreto.

2.1. CONCEPTO DE PENA

Toda persona sabe que debe regular su conducta respetando el sistema jurídico en el que se encuentra inmersa su actividad, tanto personal, familiar, social, laboral y política, ya que en función de ese respeto hace posible, que las interacciones sostenidas entre los miembros de la sociedad sea el adecuado para conservar el bienestar y paz social, tanto en las interacciones sostenidas entre los miembros de la sociedad entre sí, como particulares y ante la autoridad estatal. Cuando una persona decide, por alguna causa, quebrantar el ordenamiento legal, lesionando bienes jurídicos tutelados a favor de otra persona de una manera dolosa o imprudencial, su conducta toma el carácter de delito, al que hay que sancionar con una pena debidamente consignada en una ley o leyes previamente existentes, para ser considerada dentro de un régimen de derecho, pues de lo contrario se estaría en presencia de penas autoritarias y arbitrarias. Esa pena debe consistir en un daño causado al que la padece en su esfera jurídica personal, aunque no en pocas ocasiones la familia del penado también sufre las consecuencias de la pena, lo que del alguna manera rompe con el principio de intrascendencia de la pena.

El concepto de pena según el Diccionario Jurídico Mexicano tiene su origen etimológico *del latín poena, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta*⁶⁶.

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho considera a la pena como: *“Contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o el ejercicio de sus derechos: en el primer caso, privándole de ella, en el segundo infringiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos”*.⁶⁷

Abundando más sobre la esencia de la pena, Manuel de Lardizábal citando a Grot dice: *“que es el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto por el mal que voluntariamente hizo con malicia o con culpa”*.⁶⁸

Por su parte el autor Adolf Merkel sobre el particular dice: *“Las penas son males que se hacen recaer sobre alguien en virtud de una real o presunta conducta contraria al deber”*.⁶⁹

El doctor Daza Gómez refiere que la pena es la principal consecuencia jurídica del delito, que consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos aplicados obligatorios y coercitivamente al delincuente.⁷⁰

Por otro lado el maestro Mezger refiere que la pena es una imposición de un mal proporcionado al hecho, es decir, una privación de bienes jurídicos que se le propina al autor con motivo y en medida de la comisión de un hecho punible.⁷¹

⁶⁶ **Diccionario Jurídico Mexicano**, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo IV. UNAM. México 2000. voz pena.

⁶⁷ PINA VARA Rafael de. **Diccionario de Derecho**. Editorial Porrúa. México. 1980. voz pena.

⁶⁸ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. **Discurso sobre las penas**. Editorial Porrúa. México. 2005. p 9.

⁶⁹ MERKEL Adolf. **Las penas. Necesidad, especies, determinación, imposición y extinción**. Editorial Leyer. Bogotá, 2005. p 13.

⁷⁰ DAZA GÓMEZ Carlos Juan Manuel. **Teoría General del Delito**. Editoriales Cárdenas Editores y Distribuidor. México 200. p 399.

⁷¹ MEZGER, Edmundo. **Teoría de la Pena**. Editorial Leyer. Trad. José Antonio Rodríguez Muñoz. Bogotá Colombia. 2005. p 353.

Para el autor Adolf Merkel la pena es un mal que se hace recaer sobre alguien en virtud de una real o presunta conducta contraria a su deber; por lo que afirma como elementos esenciales de la misma; primeramente provienen de la violación de un precepto jurídico y que encuentra una sanción por dicha violación, por lo cual es inminente la relación de la pena, con una conducta delictiva cometida. Es a la vez significación de un mal, situación que afecta inundablemente la esfera jurídica del penado, representando en sí misma un mal para el penado, pero dicha situación no excluye que de la aplicación de la misma puedan provenirse consecuencias beneficiosas para él mismo. La misma debe de proceder de un órgano jurisdiccional y deben de ser impuestas mediante una sentencia judicial.⁷²

Por su parte el afamado autor alemán Günther Jakobs refiere que *“la pena es coacción; de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho, como hecho de una persona racional, que significa algo, significa desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, dignifica que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho”*.⁷³

De lo anterior, se afirma que la pena es una potestad de la autoridad competente, especialmente constituida para imponer un castigo a la persona que ha cometido un delito, la cual, para ser considerada como justa y apegada a un estado de derecho, deberá ser con base a leyes previamente establecidas al hecho y proporcionales al daño causado por la conducta delictiva, mediante un justo proceso seguido bajo circunstancias que permita una adecuada defensa.

⁷² MERKEL, Adolf. Óp. Cit. Nota 69. p 15.

⁷³ JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Editorial Civitas. Madrid. 2003. p 23.

Teniendo como elemento común todas las anteriores definiciones, que la pena es la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, misma que resulta en la privación o restricción de bienes jurídicos del autor del delito.

Finalmente, a nuestro criterio el concepto de pena, tiene tres elementos torales de los cuales se dependen las diversas características que se le han venido dando a través de la doctrina que la han venido estudiando, la cuales son:

1. Delito, consistente en la conducta que trasgrede el orden jurídico, y que es la causa u origen de la pena, dicho de otra forma la pena es la consecuencia del delito, o al menos debería serlo.
2. Castigo, que consiste en el daño o mal que se hace sufrir al autor del delito, el cual puede consistir en un castigo corporal, una disminución del patrimonio o, una reducción o limitación de derechos.
3. Autoridad, es el ente investido por el poder público que tiene a su cargo la imposición de penas a las personas que han cometido delitos.

Dicho lo anterior, siguiendo al profesor Juan Manuel Ramírez Delgado, las penas deben de tener las siguientes características de: a) Legalidad, b) Publicidad; c) Jurisdiccionales; d) Personales; e) Castigo y Sufrimiento; f) Imposición Post- Delictum; y g) Son aplicables solamente a Sujetos Imputables.⁷⁴

- a) La legalidad consiste en que las penas deben de estar debidamente consignadas en una ley, dictada con anterioridad a la conducta que se castiga, de conformidad al añejo principio jurídico "*nulla poena sine lege*", no hay pena sin ley. El indicado profesor Ramírez Delgado establece como garantías del penado las siguientes: La Jurídica, que consiste en que no se podrá castigar ningún delito que no esté previamente establecido en la ley; La Judicial, se refiere a que no puede aplicarse ninguna sino en virtud de una sentencia firme; y la Ejecutiva, la que se deriva de que no podrá ejecutarse pena alguna,

⁷⁴ RÁMIREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología**. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 2006. p 47, 48.

en otra forma que la prevista por la ley, ni en otra circunstancia diferente que lo expresado en el texto.

- b) Son Públicas, porque su aplicación solo está reservada al Estado (poder público) sin que por ninguna causa los particulares puedan imponer pena alguna aunque la pena reuniera la característica de legal.
- c) La jurisdiccionalidad de la pena refiere a que solamente la autoridad judicial puede imponerla, es decir, que sólo un juez investido de esa potestad tiene atribuciones para imponer penas, ya que otras autoridades, en su caso, podrán imponer infracciones pero nunca penas.
- d) Es personalísima, en atención a principio de intrascendencia de la pena, que consiste en que las penas sólo pueden afectar a la persona a que se le impone por haber cometido un delito.
- e) Son castigo y sufrimiento en virtud de que con independencia de la finalidad que se busque con la imposición de la pena, consiste en un castigo que priva o limita derechos del penado, lo que irremediablemente le provoca un sufrimiento.
- f) Son post-delictum, en razón a que la pena solamente puede aplicarse después de cometido la conducta a castigar, y de ninguna manera se puede imponer pena por el simple hecho de que se tema de que se va a cometer una conducta antisocial, es decir ninguna pena puede ser preventiva.
- g) Sólo pueden ser aplicables a imputables.

2.2. TIPOS DE PENA

Las penas pueden ser clasificadas desde diversas perspectivas, desde el punto que interesan a la presente investigación, referente al fin de de la pena y del bien jurídico vulnerados en su aplicación; el maestro Plascencia Villanueva las clasifica en:

En cuanto al fin

- a. Eliminatorias. Aquellas que pretenden eliminar al delincuente o alejarlo definitivamente del entorno social, como la pena de muerte, confinamiento y prisión perpetua.
- b. Readaptadoras. Tienden a corregir los males que padece el delincuente procurando su rehabilitación, por lo que entran en juego el tratamiento en libertad o Semilibertad.
- c. Restrictivas de derechos. Son aquellas que restringen definitivamente o temporalmente el goce de ciertos derechos, como es la destitución, inhabilitación y la pérdida o suspensión de patria potestad, el fin de estas penas es evitar que el delincuente continúe cometiendo el mismo género de delitos en ejercicio de ciertos derechos o funciones.
- d. Intimidatorias. Aluden a la intimidación que debe de perseguir la pena como fin para evitar que los ciudadanos se vean tentados a delinquir, encontrando en esta clasificación la caución de no ofender, decomiso de bienes objetos o productos del delito.
- e. Privativas de bienes o derechos. Este género tiene un doble sentido la privación temporal y definitiva de bienes o derechos del autor de delito, en atención a las posibilidades de readaptarse socialmente o bien se trate de sujetos incorregibles.⁷⁵

Y en cuanto a lo que refiere al bien jurídico privado al momento de ejecutar la pena, el autor en comento las clasifica en:

- a. Capitales. Aquéllas que privan de la vida al reo, como la pena de muerte
- b. Corporales. Son aquéllas que se aplican directamente sobre el cuerpo del sujeto, como los azotes, marcas, mutilaciones y tormentos.
- c. Contra la libertad. Estas penas tienen como objetivo limitar el derecho a la libertad personal del sujeto, como la prisión o confinamiento, o prohibición de ir a un lugar determinado.

⁷⁵ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito, UNAM, México, 1998. p 182 y 183.

- d. Pecuniarias. Son aquéllas que limitan el goce de ciertos derechos de carácter eminentemente patrimoniales, como lo son la multa y la reparación del daño.
- e. Suspensivas o privativas de derechos. Se dirigen a los derechos de carácter civil o político.⁷⁶

En nuestro sistema jurídico han sido proscritas las penas capitales, afflictivas e infamantes, lo anterior encuentra su fundamento legal en el artículo 22 Constitucional que a la letra establece: *“Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”*.

2.3. JUSTIFICACION DE LA PENA

Una vez que se ha analizado el concepto de pena, es conveniente establecer cuál es la razón que justifica al Estado, para que dentro de su gran diversidad de atribuciones que tiene, ejerza la de imponer penas a las personas que han delinquido bajo su imperio legal.

Dentro de los fines del Estado se encuentra brindar seguridad física y jurídica a sus gobernados, procurando que éstos se desenvuelvan en su territorio con un alto grado de confianza, en que sus derechos serán respetados tanto por los demás miembros de la sociedad como por las autoridades, la existencia misma del Estado se basa en que sus gobernados se comporten de conformidad a las disposiciones legales por él establecidas, pues de lo contrario perdería control sobre ellos, peligrando su propia existencia.

Existen individuos dentro de la sociedad que por muy variadas razones se sienten inclinados a violentar el orden social, mismo que se encuentra amparado

⁷⁶ Ídem. 183 y 184.

por normas de carácter legal, que protegen bienes jurídicos tutelándolos por tipos penales, con la finalidad de inhibir esa inclinación a cometer conductas antisociales, el Estado como medio para reprimirlas, y poder mantener las condiciones fácticas de una sana convivencia social, impone penas contra las personas que desafortunadamente requieren para comportarse de manera socialmente adecuada, al temor de sufrir un castigo o daños en su esfera jurídica.

Por lo tanto se afirma que la pena es un medio de represión del Estado para cumplir con su función de procurar las condiciones necesarias para la convivencia social cuya razón de ser se encuentra en la necesidad del castigo como instrumento para inhibir las conductas criminógenas de algunos miembros de la sociedad y, en su caso, sancionar a aquéllos que no pudiendo contener su conducta socialmente reprochable causan un daño a la sociedad. Hablar de la justificación estatal para castigar a aquél que se ha apartado de orden legal por cometer conductas sancionadas como delitos no es precisamente discurrir sobre cuál es la finalidad que se busca con ellas, sino encontrar el fundamento por el cual tiene el Estado esa facultad y la obligatoriedad para ejercerla. Es incuestionable que un Estado democrático y sujeto a un régimen de derecho, tiene su fin primordial y causa de existencia la procuración del bien común o público, pues como afirma Francisco Porrúa Pérez: *“El bien público en su totalidad sólo se persigue por el Estado como ingrediente específico de su esencia”*.⁷⁷

Siguiendo a este mismo autor, se puede establecer que el bien público se compone de tres categorías de elementos que son:

- a) Necesidad de orden y paz
- b) Necesidad de coordinación, que es también orden pero desde este especial punto de vista.
- c) Necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de actividades privadas.⁷⁸

⁷⁷ PORRÚA PÉREZ Francisco. Teoría del Estado. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1979. p. 276.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 279.

Es incuestionable que existen mejores medidas que el Derecho Penal para que la autoridad estatal brinde orden y paz social, medidas que por no ser materia de este trabajo se dejarán al margen del mismo. Pero cuando dichos medios preventivos fracasan; para evitar que algunos miembros de la sociedad caigan en la tentación de apartarse de la expectativa jurídica y social que de ellos se espera, se hace necesaria la pena para inhibirlos de esa tentación, la cual debe ser lo suficientemente enérgica para lograr ese cometido, pero lo suficientemente humana para no caer en la barbarie de un derecho inhumano, que en aras del orden social y la seguridad del Estado vulnere los derechos esenciales de la persona.

Consecuentemente, la pena para estar plenamente justificada deber ser justa, característica esencial para legitimarla tanto en cuanto a su existencia como a quien la aplica, cosa que representa un difícil problema, pues pocas cosas son más subjetivas en el razonamiento humano que la idea de justicia⁷⁹, pero por el momento tomado como contenido de la justicia la práctica de lo que es bueno para la comunidad y el individuo, por lo que la pena debe de ser en su aplicación algo beneficioso, para la sociedad en general; para la víctima a la que se pretende resarcir con ella el daño causado, e incluso para el delincuente al que se le piensa redimir de su perniciosa situación y rehabilitar o resocializar. Sin embargo, deberá de tenerse en cuenta al momento de legislar leyes penales, que éstas se encuentren debidamente sustentadas en el interés común, y que no caigan en el riesgo que anuncia desde tiempo remotos el filósofo ateniense, Platón, cuando dijo: *"... la justicia es lo que es ventajoso al más fuerte? En este caso se confunde la justicia con el interés del poder, cualquiera que él sea. ... De aquí se concluye*

⁷⁹ ¿Qué es la justicia? No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se hubiera derramado más sangre preciosa ni tantas ansiosas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante ahora como entonces carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva; solo cabe el esfuerzo de formularla mejor. KELSEN Hans, **¿Qué es la justicia?** Editorial Gernika Cuarta edición. México. 2007. p 10.

que en todas las cosas la justicia se resuelve en interés del fuerte y en perjuicio del débil...”⁸⁰

El Estado como afirma Feuerbach citado por Edgardo Donna “*es una sociedad civil organizada constitucionalmente, mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme las leyes del derecho. De allí que toda forma de lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Es por eso que el Estado debe tener el derecho y el deber de hallar institutos por los cuales se impidan las lesiones jurídicas; por lo que Feuerbach sostiene que las instituciones jurídicas deben de ser indudablemente coactivas, teniendo para ellos coerción física*”.⁸¹

Tomando como base estas ideas, es incuestionable que la justificación que tiene el Estado para imponer penas, es precisamente el mantener el orden del cual es garante de la sociedad de la cual ha emanado, y cuya voluntad de unirse bajo su imperio, entregándole potestad sobre cada uno de sus miembros, es precisamente porque le brindará la seguridad de que sus derechos serán respetados la cual en lo individual no puede procurarse; y que quien los vulnere será castigado dentro de un ámbito de derecho, evitando con ello la venganza privada u otro tipo de justicia por propia mano, característica de sociedades primitivas en donde los excesos son cosa ordinaria, que impide la sana convivencia. De esto se funda la categórica prohibición universalmente reconocida de que nadie puede hacerse justicia por propia mano. Por esto es que el Estado está obligado a sancionar mediante penas legalmente establecidas a todo aquél que se ha comportado contrariamente al orden jurídico.

⁸⁰ PLATÓN. La República o El Estado, Colección Austral, Editorial Espasa-Calpe mexicana S.A. Decimoctava edición. México, 1984. p 11.

⁸¹ DONNA Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. 2001. p 67, 68.

Así “se justifica la pena por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad”.⁸²

En este orden de ideas, se debe de ver a la pena como un medio coercitivo para dirigir la conducta social hacia el sentido que el legislador (Estado) pretende, conformando la moral social, la cual se ajusta a los fines políticos y económicos que más le convienen, toda vez que según sus intereses da un castigo mayor bienes jurídicos que más le interesan y sanciona mínimamente los que no considera que afectan su estabilidad. Por lo que cuando el Estado es de corte capitalista, tutela más ampliamente a el patrimonio, imponiendo penas mucho severas a los delitos que atacan que las establecidas dentro de legislaciones de los llamados de izquierda, las cuales no son tan duras para sancionar esta clase de ilícitos, pero si son especialmente duros en sancionar las conductas que dañan la seguridad del estado o a grandes grupos sociales.

El maestro Falcón-Tella refiere que aunque la sanción penal sea necesaria, tiene que ser una *ultima ratio*, el último recurso cuando todos los recursos del ordenación y protección de la sociedad hayan fallado, así la intervención del Derecho Penal sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicas insoportables, apareciendo, como el único medio para proteger el orden social. Configurándose de esta forma la sanción penal como un mal necesario, por lo que los principios de subsidiariedad y efectividad de la sanción penal son presupuestos justificativos de la misma.⁸³

A este respecto el maestro Claus Roxin refiere que el cometido del Derecho Penal y por consiguiente de las disposiciones penales, tienden a servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social mismo que encuentra su base en dicho principio; así sólo se puede determinar que conducta puede amenazar el

⁸² DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 399.

⁸³ FALCÓN TELLA. Óp. Cit. Nota 64. p 121.

Estado. Pero con esto no está definido ni decidido, de qué manera o forma deberá de surtir efecto la pena a efecto de cumplir con la finalidad del Derecho Penal, a esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, ya que el Derecho Penal debería referirse a dicho fin⁸⁴.

En conclusión se entiende que la función de la pena es la ultima ratio del Estado, por medio del cual intenta facilitar y regular la convivencia de los hombres en sociedad, utilizando al Derecho Penal y a la pena para proteger de lesiones a determinados bienes jurídicos tutelados, que son así considerados por el Estado mismo; se refiere a la pena como el último medio (ultima ratio) ya que el Estado cuenta con otros medios para obtener dicho control social, incluso más sutiles y difíciles de delimitar que el propio Derecho Penal; también es necesario aclarar en este punto que como ha quedado anteriormente establecido, conceptualmente la pena es un castigo; es un mal que se impone por causa de la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable, pero este hecho no implica que como consecuencia inevitable la función o fin esencial de la pena sea la retribución, como más adelante se detallara.

Así la pena más allá de una cuestión moral, religiosa o filosófica, se encuentra, en una grave pero imprescindible, necesidad social, lo anterior derivado a la naturaleza imperfecta de los seres humanos mismo que al constituirse en sociedad transmiten dicha imperfección a la misma, por lo que no se puede dejar de prescindir del Derecho Penal y de la pena en si para el control social, pero no como muchas veces sucede en la realidad nacional, siendo el único medio empleado, además de forma incorrecta, para intentar combatir a la delincuencia, olvidando que el Derecho Penal debe de constituir el último recurso, para intentar combatir a la delincuencia que tanto aqueja a nuestro país.

⁸⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Tomo I. Editorial Civitas. Segunda Edición. 1997. p 81.

2.4. TEORÍAS SOBRE LA PENA

Una vez que se analizó la justificación que tiene el Estado para imponer penas a aquéllos que atentan contra el orden jurídico y social, substituyendo al particular para hacer justicia, y buscar que la penas se encuentren impregnadas de utilidad social y estatal, no solamente para reprimir al delincuente sino también para resarcir, en la medida de lo posible, a la víctima u ofendido del delito de las consecuencias del mismo.

A efecto de fundamentar el derecho del Estado para imponer una pena, a lo largo de la historia de la ciencia jurídico penal se han ideado diversas teorías, por un sin número de tratadistas, por medio de las cuales se pretende explicar la finalidad del castigo impuesto al delincuente, que según el tiempo y el espacio en que se aplican tiene diversas justificaciones y objetivos por cumplir. Para los efectos de esta investigación, se deja a un lado el estudio de las penas aplicables en estados totalitarios, concentrando la investigación en las teorías que intentan aplicarse en Estados de Derecho, aunque en algunas ocasiones, esa característica solo se tengan en el discurso.

El estudio y aplicación de la teoría de la pena, ha sido considerado por muchos juristas como un aspecto netamente doctrinal, una simple cuestión teórica negándole cualquier importancia práctica o disminuyéndola totalmente, situación que no es sostenible; primeramente en virtud de que la función de la pena debe de encontrarse en todo el sistema penal, influyendo en su funcionalidad; desde la actividad legislativa (creación de tipos penales y sus sanciones), en su imposición por un órgano judicial y aun la ejecución de la misma; considerando íntegramente la función que la sanción penal cumple en un determinado sistema jurídico.

El maestro Zaffaroni refiere *“que toda teoría del Derecho Penal y, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena, sea que ésta conserve su nombre o lo cambie por otro que matice su penosidad (sanción, medida de intención, etc.). Justamente, la referencia a una teoría de la pena es lo que dota de unidad conceptual y sistemática a una teoría del Derecho Penal”*;

*además refiere que la teoría del Derecho Penal debe de establecer de manera factible la vinculación del delito con su consecuencia (SIC).*⁸⁵

Encontrando eco también esta idea en el maestro Beristáin quien establece: *“La superficialidad con que algunos autores, y no sólo en periódicos y publicaciones populares abordan el tema (de la función de la pena), está haciendo casi olvidar toda su profundidad y trascendencia. La oposición en cuanto a la pena de las teorías absolutas y relativas, tal como a veces se le expone, podrá parecernos una bagatela; pero en realidad constituye el principio y el fin de todo el Derecho Penal”.*⁸⁶

Lo anterior resulta evidente primeramente en el punto de creación de normas penales, de tipos penales y su respectiva consecuencia jurídica, ya que la delimitación de la función de la pena, servirá para hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena establecida, ya que si la misma no cumple con la función que busca un sistema penal en específico, la misma carecerá de cualquier legitimidad para ser aplicada; siendo así la función de la pena debe de fundamentar y justificar los marcos penales previstos.

La función de la pena, y el estudio de las teorías de la misma, no es solamente una cuestión teórica, ya que el tratamiento y solución de muchos problemas específicos del Derecho Penal y la propia coherencia del sistema punitivo dependen de la misma, por lo que no es sólo una simple cuestión teórica, así su estudio y consecuencias prácticas, no debe de ser considerado como un debate inminentemente doctrinal sin utilidad alguna.

El maestro Villareal Palos señala que el problema del fin y función de la pena (y por consiguiente del Derecho Penal) se han visto vinculadas con las tres teorías que han pretendido dar esa respuesta; teorías absolutas (función

⁸⁵ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Entorno de la Cuestión Penal. Editorial B de F. Montevideo. 2005. p 231.

⁸⁶ BERISTÁIN, Antonio. Derecho Penal y Criminología. Tercera Edición. Editorial Temis. Colombia. 1986. p 75.

retributiva), teorías relativas (función de prevención) y teorías de la unión (eclécticas).⁸⁷

Ahora bien la finalidad de las penas para su estudio se ha bifurcado en dos grandes sentidos, el primero; aquél que busca el castigo simple y llano, conocida como retribucioncitas o absoluta, siendo el centro de la misma es el de retribuir el daño causado por el delito, y devolver al delincuente daño por daño.

El otro sentido, es cuando se busca erradicar la comisión de conductas antisociales mediante el temor de sufrir una pena, posición que es sustentada por la teoría de la prevención también conocida como relativa, la cual se divide en prevención general y prevención especial, sobre esta perspectiva de la función punitiva Fernando Castellanos Tena dice: *“A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran a la pena como un fin, las relativas las toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento”*.⁸⁸

Finalmente también existe una postura ecléctica, que busca con la pena castigar al delincuente pero también pretende que la pena sea inhibitoria para la comisión de futuros delitos. Junto con estas dos corrientes dominantes han surgido nuevos sentidos los cuales se estudiarán las más relevantes. A continuación se explicará cada una de las anteriores teorías, abordando posteriormente las teorías eclécticas o de la unión.

Teoría Absoluta

Las teorías absolutistas o retribucioncitas, tienen a la pena como fin en sí misma; consistente en la expiación de la culpabilidad por medio de un castigo, es decir que el delincuente sufra un mal por el mal producido, por su actitud antisocial. La pena no tiene otro fin que el de castigar al infractor del orden jurídico, que impide la sana convivencia social.

⁸⁷ VILLARREAL PALOS, Arturo. **Culpabilidad y Pena**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.p 116.

⁸⁸ CASTELLANOS TENA Fernando. Op. Cit. Nota 5. p 318.

En esta teoría la pena no es un medio sino un fin, es la consecuencia jurídica de la conducta antisocial, se castiga porque se ha delinquido, y su misión es alcanzar la justicia, pues al penar al delincuente se crea la sensación social de que no se puede obrar incorrectamente sin sufrir un daño similar al causado por la conducta indebida. En la medida de lo posible, la pena busca retribuir al sistema legal el ataque sufrido por la violación a sus disposiciones o prohibiciones, toda vez que no importa en si las consecuencias del delito, lo que interesa a la corriente retribucionista es que todo delito tenga un consecuencia negativa para su autor, similar al daño causado a la víctima de su proceder antisocial.

Lo anterior, resulta claro como se estableció en el primer capítulo, quien se revelaba contra el Estado, lo hacía contra el soberano, y por lo tanto contra el mismo Dios. Surgiendo así un esbozo de la retribución, naciendo en este momento la expiación del delito (pecado).

Al tener el Estado como fundamento el contrato social, la actividad Estatal se ve dirigida inminentemente a evitar la lucha entre los miembros de la sociedad, así quien comete un delito incumple el contrato social, ya que no conservaba la organización social, surgida de la libertad originaria, por lo que al ser considerado como un factor de descomposición del conglomerado social se le debía retribuir el mal causado a través de la pena.

Quien comete un delito debe de ser sancionado por tal con una pena, pena que no cumple con otro fin sino el de realizar justicia, así la culpabilidad del delincuente debe de ser compensada con la imposición de un mal (pena), recordando que el fundamento de la sanción estatal se encuentra en el libre albedrio.

El maestro Roxin, refiere a esta idea del fin de la pena es conocida desde la antigüedad, correspondiendo históricamente al desarrollo histórico en el cual se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, de tal forma que el derecho a la retribución pasó de familias y tribus, a una autoridad pública neutral, que procedía según las reglas formales y por dicha circunstancia creaba paz. Siendo

que la idea de que la pena debe de ser justa y esto presupone que corresponda su duración e intensidad con la gravedad del delito, que compense; así es evidente que detrás de esta teoría se encuentra inminentemente la idea del Talión.⁸⁹

Por otro lado el fundamento ideológico de las teorías absolutas se asienta en el reconocimiento del Estado *“como guardián de la justicia terrena y como conjunto de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para auto determinarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas coinciden, por tanto ideas liberales, individualistas e idealistas”*.⁹⁰

Sobre la teoría retribucionista el maestro Claus Roxin refiere que en esta corriente la pena no tiene fin alguno socialmente útil, sino tienen su concepción en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se conoce como teoría absoluta ya que el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social.⁹¹

Como se desprende de lo anteriormente referido existen dos corrientes principales en cuanto a las teorías absolutas, por un lado la expiación y por el otro la retribución, siendo la primera de ellas la que tiene una idea de reconciliación del delincuente consigo mismo y con la comunidad, liberando por medio del pena, su culpa, alcanzando nuevamente la posesión de su dignidad personal, misma que se da sobre todo en los Estados donde la vinculación entre religión y estado es muy apegada.⁹²

Ahora bien los más grandes pensadores dentro la teoría retribucionista son los autores alemanes Kant y Hegel, mismos que expresan sus ideas sobre la pena

⁸⁹ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 82.

⁹⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig. Tercera Edición. Editorial Boch. Barcelona. p 96.

⁹¹ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 81,82.

⁹² LESH, Heiko Hartmut. **La Función de la Pena**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá Colombia. 2000. p 19.

en sus obras, “La Metafísica de las Costumbres” y “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”, respectivamente mismas que se estudiarán brevemente.

Para tratar la concepción kantiana de la pena se debe de partir desde su concepto del Derecho; que es la limitación de la libertad de cada uno a condición de su coincidencia con la libertad de todos, en tanto que esto es posible con una ley general, por lo que al Derecho se halla unido a la facultad de ejercer coacción sobre aquel que lo viola, identificándose de esta forma la coacción con la libertad, pues resulta del todo necesaria para la conservación de aquella en el mundo de la coexistencia real.

Por otro lado Kant define el derecho a castigar como el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión a la ley; así emergen dos características, la primera de ella la existencia de un ilícito previo y por tanto, la culpabilidad; y la existencia de dolor o sufrimiento consecuencia del castigo. Por lo que la pena no puede contemplarse desde una perspectiva utilitarista de la consecución de un bien, aunque el mismo tenga un beneficio para la sociedad. Así las razones de utilidad están excluidas, concibiendo a la justicia penal como una necesidad absoluta, como un imperativo categórico.⁹³

Así quien incumple las disposiciones legales se hace indigno de la ciudadanía, siendo facultad del Estado castigar a quien haya trasgredido la ley; la base de su estructura ideológica de la pena surge del imperativo categórico (mismo que pretende ser un mandamiento autónomo, no dependiente de ninguna religión ni ideología y autosuficiente, capaz de regir el comportamiento humano en todas sus manifestaciones), mismo que en la idea concreta del trabajo se halla en la ley penal. Así en la base de su pensamiento entiende a la ley penal como un imperativo categórico. Este imperativo encuentra su expresión en el deber ser,

⁹³ FALCÓN TELLA, Ma. José. Óp. Cit. Nota 64. p 166.

expresando así, la relación de una ley objetiva de la razón con una voluntad, que por su conformación subjetiva, no es determinada forzosamente por la ley.

De esta forma los imperativos señalan aquello que resulte bueno hacer u omitir, dejando de lado la voluntad individual; la ley penal es válida para todo ser racional, en virtud de que lo que determina la voluntad por medio de representaciones de razón es válida, y no lo que se determine por causas subjetivas. No se puede negar la relación de moralidad y Derecho, que se desprende del pensamiento de Kant, debido a que expresa esto como una consecuencia de la exigencia moral de que el Derecho sea acatado, de esta forma los deberes jurídicos se vuelven deberes morales de forma indirecta.

Para Kant la pena no puede aplicarse en ningún momento como medio para procurar algún fin, ni un beneficio para el culpable o la misma sociedad, sino se le debe de aplicar al responsable de la comisión de un delito, por el simple hecho de que ha delinquido, debido a que el hombre no es, para Kant, susceptible de ser un instrumento, no es algo que se pueda usar como simple medio, sino debe ser considerado como fin en sí; de esta forma para Kant el objetivo de la pena es realizar justicia, entendiendo como la medida de la pena el Talión.⁹⁴

Lo anterior resulta evidente ya que dentro de las ideas de Kant no puede tomarse al hombre como un modelo a seguir (nunca debe de tratarse, a sí mismo no a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo), por lo que la pena no puede ser un medio, porque mediatizaría al penado.⁹⁵

Para Hegel el Derecho proviene de la expresión de la voluntad racional, voluntad general, toda vez que siendo una organización racional significa una liberación de la necesidad, de esta forma para Hegel la racionalidad y la libertad son la base del Derecho, idea que refleja dicho autor en su obra Fundamentos de la Filosofía del Derecho. Su postura del fin de la pena es retribucionista se puede

⁹⁴ Cfr. KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.

⁹⁵ GAMBOA TREJO, Ana. La pena de prisión (teoría y prevención). Universidad Veracruzana. Xalapa, Veracruz. 2005. p 94.

resumir en su frase “*la pena es la negación de la negación del Derecho*”, es de señalarse que para Hegel la justificación de la pena se encuentra en la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, misma que se encuentra simbolizada en el orden jurídico, y que se encuentra negada por la voluntad del delincuente, siendo necesario negar la negación del derecho, a través de la pena, para que de esta forma surja nuevamente la afirmación de la vigencia de la voluntad general.⁹⁶

Por lo que Hegel entiende al delito como la negación del Derecho (de la racionalidad y libertad); como una manifestación irracional con lo que se contradice la voluntad general (racional) por la voluntad particular (irracional), debiéndose negar esta negación, a través de la pena, de esta forma el delito es negado, expiado, restableciéndose el Derecho lesionado. Pero aclarando que la pena no es un mal que debe de aplicarse por la existencia de otro mal, sino que la imposición de la pena implica, necesariamente, que el orden jurídico quebrantado ha sido restablecido.

Así Hegel refiere que el delito siempre ataca la existencia de la libertad, aunque tenga un contenido más determinado, un contenido especial (como lo puede ser la propiedad, la vida, etc.), pero refiere que lo sustancial es lo más universal, refiriéndose al quebranto de la mencionada libertad y no a su aspecto específico; por lo que el delito es ante todo la lesión de la voluntad misma (voluntad racional).⁹⁷

Un punto medular dentro de la concepción retributiva de Hegel, es la concepción del delincuente racional, ya que el mismo al delinquir impone su voluntad particular frente a la voluntad general, por lo que la pena corresponde a dicha voluntad abstracta general del delincuente, como persona racional, así la lesión (pena) es justa ya que es derecho del delincuente ser penado, en su

⁹⁶ Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fundamentos de la Filosofía del Derecho**. Traducción por Carlos Díaz. Editorial Librerías prodhufi. Madrid. 1993.

⁹⁷ LESH. Op. Cit. Nota 92. p 26.

voluntad existente en sí, en su existencia de la libertad; de esta manera el Derecho a través de la pena honra al delincuente como ser racional, por lo que la retribución se basa ante todo en la naturaleza racional del que realizó el injusto.

Con respecto al autor en comento, el maestro Roxin refiere que en la obra *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Hegel, refiere a “*la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente una lesión de la lesión*”; también refiere que a diferencia de Kant, Hegel difiere del principio del Talión, por ser prácticamente irrealizable, por lo que sustituye el Talión con la idea de la equivalencia del delito y pena. También niega cualquier elemento preventivo de la pena ya que “*con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro*”.⁹⁸

Por lo que para Hegel la pena refleja, el Derecho efectivo con la superación de la lesión (pena); así el Derecho demuestra efectivamente con ello su validez y se acredita como algo que tiene que existir de forma mediata.

De lo anterior se puede desprender que a pesar de que las ideas de Kant y Hegel, son eminentemente retribucionistas, su fundamentación es distinta ya que Kant tiene su fundamentación en elementos éticos y morales, para Hegel es de estricto orden jurídico.

Carrara es otro autor que mantiene la retribución en sus ideas, así refiere que el delito es una consideración jurídica entendida no sólo un mero hecho dañoso para la sociedad, sino como un hecho jurídico, que viola al derecho; por lo que el Estado debe de tener una vía que contrarreste las acciones que ofendan a los demás, lo que faculta a la pena como el medio de defensa del Derecho y el restablecimiento del orden externo en la sociedad.⁹⁹

⁹⁸ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 83.

⁹⁹ GAMBOA DE TREJO, Ana. Óp. Cit. Nota 95. p 37.

Considero que cualquier pena en esencia es retribución mediante la causación de un mal, pero no debería de ser su fin básico, esta teoría tiene su importancia en que por primera vez se le pone un límite al poder punitivo del Estado; ya como se ha mencionado anteriormente el Derecho Penal como función básica tiene la protección subsidiaria de bienes jurídicos debidamente tutelados, pero por esta misma razón no se puede aplicar una pena a manera de retribución ni aceptar científicamente su función, ni la “expiación”; alejando de esta forma al Derecho Penal y a la pena misma de cualquier fin social.

Críticas a las teorías absolutas

El maestro Roxin refiere que para la existencia de la retribución, requiere que el Estado realice la idea de justicia, situación de la cual resulta imposibilitado a realizar, ya que la idea de justicia resulta metafísica y aun más allá de eso, el Estado carece de legitimación para dicha circunstancia; ya que la función y obligación del Estado se encuentra en asegurar la paz y convivencia de los ciudadanos, limitando su función a la protección de los mismos. Ahora bien, para dicho autor, la idea de compensar un mal (delito), por medio de la causación de otro mal (pena), solamente es susceptible desde una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.¹⁰⁰

Por lo que se entiende, que la expiación se produce en el interior de sujeto, dependiendo totalmente de la disposición psíquica del condenado, así el Estado está imposibilitado a obligar al sujeto, a que muestre sentimientos de culpa o arrepentimiento, por lo que el fin primordial de la pena no cumplirá con su cometido; siendo que la expiación como justificación es inaceptable.

El maestro Villareal Palos refiere que *“a esta altura del conocimiento penal, nadie parece tener la menor duda de que el Derecho Penal, en su conjunto, no tiene como fin el de realizar la justicia absoluta (por si misma), al amparo de*

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 84.

exigencias éticas o de imperativos morales”; continúa manifestando que para que un Derecho Penal sea racional no puede partir de una concepción retributiva al momento de fijar punibilidades, puesto que se corre el peligro de desvincularlo de las necesidades en ese momento persigue que son preventivas generales; y tampoco se puede darse al momento de la ejecución ya que se debe de dar prioridad a la readaptación social; por lo que solamente una retribución entendida como un castigo o sanción justa y no como compensación del mal causado, es la única vertiente retributiva que se puede admitir en nuestro sistema penal actual.¹⁰¹

Así una pena llanamente retributiva, no puede considerarse como válida ni funcional en un marco de Derecho Penal moderno, en virtud de que el mal que representa la pena con lo que se retribuye la culpabilidad del delincuente, es más cercana a un concepto moral de castigo, que al estrictamente jurídico; aunque se cree que si bien es cierto la retribución no puede ser por sí misma el fin de la pena, no es menos cierto que la pena conlleva un castigo, como consecuencia jurídica de la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable. Considero que la pena aun actualmente es una afirmación del derecho, ya que quien comete un delito y no es castigado niega, de cierta forma, la existencia del Derecho, pero no se debe de tener a la retribución como fundamentación y justificación total de la pena.

Además es de señalar que los esquemas retribucionistas, contrastan radicalmente con nuestro Derecho Positivo ya que en la actualidad se admite la prescripción del delito o de la pena, el perdón de ofendido, la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional y demás instituciones que sólo se explican por cuestiones de convivencia y utilidad; y siendo el Derecho de cierta forma utilitario, una pena sin fines, choca frontalmente con el sentimiento jurídico moderno, no conduce a ninguna parte y resulta absurda e inhumana, porque la

¹⁰¹ VILLARREAL PALOS. Óp. Cit. Nota 87. p 119 y 120.

dignidad humana impone a la sociedad no reaccionar contra el delito sin finalidad alguna.¹⁰²

Teorías relativas

También conocidas como teorías preventivas de la pena, es el lado opuesto de la retribución, ya que las mismas buscan fines preventivos posteriores y fundamentan su necesidad en la conservación de la sociedad, teniendo como el fin de la pena la prevención de futuros delitos. Así la pena dentro de las concepciones preventivas, no tiene la idea de realizar justicia, sino la función de inhibir hasta donde sea posible, la comisión de hechos delictivos.

Para los prevencionistas, la aplicación de una pena y la compurgación de la misma, es un ejemplo vivo en la persona del delincuente de lo que sucede a aquel que osa contrariar al orden jurídico impuesto por el Estado. Las penas, en esta teoría son vistas no como un fin, como lo ven los retribucionistas, sino un medio para inhibir a la sociedad en general en la comisión de delitos, por el temor de sufrir el castigo establecido en ellas, razón por la que en este sistema es imprescindible la publicidad de las penas impuestas y el sufrimiento que ellas causan en la persona del delincuente, para que sea precisamente el conocimiento de ellas y sus consecuencias sean los que produzcan la prevención general, al crear un temor público a delinquir para evitar la pena que pudiera recaer al que se comporte fuera del orden jurídico lesionando la estabilidad social.

Por lo que justifican el castigo sobre la base de su utilidad, de ahí que también se les conoce como teorías utilitarias y ponen el acento en los fines de la pena que son los de la prevención general y especial.

¹⁰² ABEL SOUTO, Miguel. Teorías de la pena y límites al "ius puniendi" desde el estado democrático. Editorial Dilex. Madrid 2006. p 28.

Teoría de la prevención general

La teoría de prevención general ve el fin de la pena en la influencia que pueda tener la misma sobre la población en general, ya bien sea a través de la amenaza de su imposición, la imposición de la misma y su respectiva ejecución; por lo que la misma tiende a la prevención de delitos en la colectividad, de ahí su denominación de prevención general; es decir se dirige a toda la población.

El maestro Abel Souto entiende a la prevención general como el *“efecto disuasorio respecto a la comisión de los delitos que la pena ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos, sobre el conjunto de la sociedad, en virtud tanto de la conminación penal abstracta o amenaza de la pena, como a través de su imposición en la sentencia condenatoria y la ejecución de la pena”*. Así existen dos tipos de prevención general, la negativa (intimidatoria) y la positiva (integradora); así la prevención general negativa tiene existencia mediante la intimidación que el mal de la pena representa y proyecta sobre la conciencia de los miembros de la sociedad; y la prevención general positiva se desarrolla a través de la educación, ya que la reprobación y el reproche que la pena expresa puede penetrar en la conciencia ciudadana, en su sensibilidad jurídica, fortalece una actitud de respeto hacia el Derecho.¹⁰³

El maestro Roxin refiere que la prevención general negativa se entiende como la intimidación de la población por el peligro de que se les aplique una pena por la comisión de delitos; mientras que la positiva comúnmente busca en la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico; por lo que la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. Además en esta última se pueden encontrar tres fines o efectos distintos: *“el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio de confianza del Derecho que se origina en la*

¹⁰³ Ídem. p 32.

*población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y finalmente el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza , en virtud de la sanción sobre el quebrantamiento de la ley considera solucionado el conflicto con el autor”.*¹⁰⁴

Entendiendo que esta doctrina tiene su fundamentación en la intimidación ejercida sobre la generalidad de la ciudadanía a través de la amenaza de la pena contenida en la ley; y cuando se aplica la pena y resulta ejemplificadora para el resto de la ciudadanía que aun no ha delinquido.

Dentro de los partidarios de la prevención general se encuentra Bentham y Feuerbach, en el primero de ellos en términos generales justifica por su utilidad derivada de la aptitud para ser instrumento preventivo generales a través de la amenaza de la pena y su efectiva ejecución.

Feuerbach refiere que las instituciones que necesita el Estado deben ser necesariamente instituciones coactivas, en especial de coerción física; situación que procede a cancelar las lesiones jurídicas de una doble manera; primeramente cuando impide una lesión aun no cometida, lo que realiza dando una garantía coercitiva a favor del amenazado y doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica; y posteriormente obligando al injuriante a la reparación o reposición. Pero junto a la coerción física debe de existir otra coerción que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica, una coacción de índole psicológica. Pero esto se debe de dar a través de una efectiva convicción general, vinculando el mal al daño, por lo que es necesario que la ley establezca el castigo (pena), como consecuencia necesaria del hecho (conminación legal); pero para que todos los ciudadanos perciban dicha conexión resulta necesario

¹⁰⁴ ROXIN, Claus: Óp. Cit. Nota 84. p 91,92.

mostrárselas en la realidad; es decir cuando exista la contraversión a la norma penal deberá de ser afligido el mal a través de su correspondiente ejecución.¹⁰⁵

Otro partidario de la prevención general es el maestro Welzel, quien refiere que la tarea más importante que desempeña el Derecho Penal es de naturaleza positiva y ético social, así el Estado con la pena forma el juicio ético- social de los ciudadanos y fortalece su convivencia de fidelidad jurídica permanente; por lo que el Derecho Penal persigue la ganancia duradera que consiste en la conciencia del ciudadano continuamente fiel al Derecho.¹⁰⁶

Esta teoría tiene ciertos elementos importantes el maestro Claus Roxin refiere que la misma tiene su punto medular en cuanto a la evitación de delitos orientándose a la misión de protección del Derecho Penal, ya que es deseable político-socialmente prevenir la comisión de delitos en general, establece que los elementos de importancia son; que debe de aplicarse la pena aun en ausencia de peligro de repetición del hecho, ya que la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación; no establece sustitución de penas por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho, por el contrario, requiere y exige disposiciones exactas, ya que el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe estar motivado a distanciarse de una determinada conducta.¹⁰⁷

Críticas a la prevención general

La prevención general encuentra una de sus grandes críticas en la instrumentalización del hombre lo que de cierta manera menoscaba su dignidad, concibiéndolo como simple medio para un fin; además de que podían llevar a que en un ámbito exagerado de la prevención general se use el terror penal por parte del Estado para poder luchar contra la delincuencia, llevando a la aplicación penas

¹⁰⁵ GAMBOA DE TREJO, Óp. Cit. Nota 95. p 102.

¹⁰⁶ ABEL SOUTO. Óp. Cit. Nota 102. p 36, 37.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 92.

exageradas, sin tener el debido freno, que da a dichos excesos, el principio de la culpabilidad.

Abundando sobre el particular en la prevención general debido a su carácter utilitario, presenta el peligro de justificar “demasiado”, por lo que la frecuencia en la comisión de un delito en concreto, constituiría el parámetro de la pena y no la gravedad real del injusto y la culpabilidad; situación que en la realidad social se empieza a reflejar indudablemente ya que el Estado actualmente ocupa el aumento de penas como medio para combatir la delincuencia.

Así mismo dicha teoría terminaría de cierta forma justificando, que delitos graves no frecuentes se les aplicara penas leves; pero delitos no graves con una gran reincidencia deberían de ser castigados con penas más graves, para de esta forma contrarrestar la frecuencia de su comisión.¹⁰⁸

Llegando al exceso de emitir sentencias que castigan en función de pretender tener un efecto ejemplificador, para los demás miembros de la sociedad, dejando de lado la dignidad humana que conlleva un impedimento, aumentando penas desde un punto de vista preventivo pero en realidad no se aumenta el injusto ni la culpabilidad.

En cuanto a su funcionalidad el maestro Roxin, quien citado por Abel Souto, refiere que existen muchos grupos de delitos y delincuentes en los que no se ha podido probar el efecto de la prevención general de la pena, ya que los mismo no se influyen por las amenazas de la pena a los delincuentes profesionales, impulsivos ocasionales o pasionales y los habituales; mismos que son inaccesibles a la motivación; refiriendo también que el cálculo de los delincuentes no se centra en la pena o en la amenaza penal sino en el peligro de ser descubierto o en la posibilidad de evitar la pena; por lo que al ciudadano le disuade, más que la gravedad de la pena, la certeza y seguridad del castigo, la eficacia del sistema de persecución estatal, afirmando los prevencionistas que el

¹⁰⁸ ABEL SOUTO. Óp. Cit. Nota 102. p 40.

poder preventivo de la pena se demuestra porque los ciudadanos no delinquen pero a la inversa cada delito constituye una prueba de la ineficiencia de la prevención general.¹⁰⁹

Otro punto de crítica es que existen grupos de delincuentes a los que no llega la función de prevención general de la pena, ya que el hombre medio en circunstancias normales se deja intimidar, pero no así grupos de población, donde los verdaderos delincuentes “delincuentes profesionales”, ven a la pena como un riesgo pero no como una intimidante; y por otro lado están los delincuentes ocasionales o impulsivos (un delito en arrebatos pasionales) en el que no se detiene a pensar en las consecuencias jurídicas que se derivan de su acción criminal ni la gravedad de la sanción que serían merecedores; y quizá lo más importante es que para que se dé realmente el efecto intimidatorio que es la base de la prevención general, se requiere que los delitos que se cometan sean realmente investigados, resueltos y penados, por lo que el grado de realización de la pena en la práctica, es fundamental saber que la misma se impondrá siempre que hay un delito de manera inexorable.

De todo lo anteriormente señalado se considera que la pena si bien debe de tener efecto disuasorio, siempre y cuando los elementos de certeza y seguridad del castigo y la eficacia del sistema de persecución estatal sean óptimos, pero de ninguna forma que la intimidación sea la única finalidad ni función esencial de la pena, aunque si tienen elementos que resultan aplicables.

Teoría de la prevención especial.

La prevención especial surge como una reacción a las ideas de la prevención general, ya que con el transcurso del tiempo y bajo la idea de la prevención general las penas se fueron tornando más crueles y humillantes; la prevención general funcionaba a través de la ley de una manera amenazante e intimidante para prevenir al delito. Por lo que ante esto los estudiosos del Derecho

¹⁰⁹ Ídem. p 44.

dieron un cambio radical en dicha concepción, y empezaron a considerar una nueva perspectiva de la pena, dejando de un lado el efecto de la colectividad, que es punto medular en la prevención general, para pasar su enfoque en el individuo, teniendo como función la pena evitar que quien la sufra vuelva a delinquir.¹¹⁰

En un primer acercamiento la diferencia entre dichas teorías, se encuentra en su rango de acción, ya que mientras la prevención general tiene su rango de acción en la legislación de la ley, así como en la imposición de la pena por parte de un juez; la especial surte sus efectos en la ejecución de la pena. El segundo rasgo distintorio es que la general se dirige hacia la colectividad y la especial centra toda su atención en el reo.

La prevención especial consiste en impedir u obstaculizar la repetición delictiva por medio de la actuación sobre el condenado, de esta forma la prevención especial se refiere directamente al delincuente y se vincula directamente con la fase ejecutiva de la pena, aunque también el legislador puede tenerla presente al configurar el sistema penal. Se desarrolla por la intimidación, educación y aseguramiento, la intimidación individual es el escarmiento durante la ejecución de la pena; la educación supone la corrección y resocialización del delincuente para que le prepare a una futura vida en sociedad, vida respetuosa del ordenamiento jurídico; lo anterior a través a un tratamiento individualizado científicamente que recupere al sujeto para los valores comunitarios; y finalmente cuando no se ha conseguido la intimidación ni la educación, la sociedad queda protegido a través del aseguramiento o inocuización por más o menos tiempo, a través de la separación social o de la privación de derechos (permiso de conducir).¹¹¹

La prevención especial se dirige al individuo en concreto por lo que adquiere su máxima importancia en el momento de la ejecución de la pena, por lo

¹¹⁰ GAMBOA DE TREJO, Óp. Cit. Nota 95. p 105.

¹¹¹ ABEL SOUTO. Óp. Cit. Nota 102. p 34.

que clásicamente existen dos corrientes la corrección, para aquellos que puedan ser sujetos de la corrección; y la eliminación para los incorregibles.

Estas ideas de corrección tienen orígenes remotos, ya Platón refería ideas preventivo especiales en su pensamiento, siendo Protágoras quien dice *“nadie castiga a los que actúan injustamente sólo porque han cometido un injusto, a no ser que se trate de quien, como una bestia feroz, que pretende vengarse irracionalmente. El que en sentido contrario castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometida, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido debe de suceder, sino por las fallas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan como es castigado”*; continuando esta idea *“Naum, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur..”*, *“Pues como dice Platón, ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se vuelva a cometer; no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro”*.¹¹²

Otro autor que apoya la prevención especial es el maestro Von Liszt quien, citado por Abel Souto, establece *“que la pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria”*; midiendo la necesidad de la pena con criterios preventivos especiales, pues la pena se impone para la educación, resocialización o corrección de los criminales que la necesiten y sean susceptibles de ella y para la neutralización de los delincuentes incorregibles.¹¹³

El maestro Franz Von Liszt, señala que la función de la pena es la prevención de futuros delitos, a través de una triple dimensión, corrigiendo al corregible (actualmente denominada resocialización), la intimidación a través de la condena al que todavía es intimidable; y, finalmente, haciendo inocuo e inofensivo al delincuente que no es corregible o intimidable, a través de su internamiento. De esta forma establece que los delincuentes ocasionales no necesitan corrección, y

¹¹² JAKOBS, Günther. **Función de la pena estatal y evolución de la dogmática Post-Finalista (estudios de derecho penal y funcionalista)**. Editorial Porrúa. México. 2006. p 15.

¹¹³ ABEL SOUTO. Óp. Cit. Nota 102. p 35.

por lo tanto la pena supone una amenaza intimidatoria, funcionando la misma en ellos es la de “sacudirlos” mediante una advertencia; frente a los delincuentes habituales incorregibles la pena conlleva la inocuización y frente a los corregibles la pena ha de ser corrección y resocialización.¹¹⁴

Por lo que es de apreciarse de la categorización, que dicho autor realiza, se desprende la existencia de delincuentes de tres tipos, él de ocasión que se encuentra necesitado de corrección, constituyendo la pena un recordatorio inhibiéndolo de la comisión de futuros delitos; él de estado corregible en el que la pena debe perseguir la corrección y resocialización por medio de una debida y adecuada ejecución de la pena; y por último el delincuente incorregible al cual se refiere a la inocuización o neutralización, en la que básicamente se debe de separar de la sociedad a los delincuentes que puedan seguir reincidiendo, y de esta forma se salvaguarda a la misma.

La intimidación funcionaria en los delincuentes ocasionales, ya que el efecto intimidante de la sanción penal afecta más a este tipo de delincuentes que a los delincuentes habituales; esto resulta debido a que los delincuentes que tienen como modo de vida, la delincuencia no sienten el mismo impacto ni temor de la pena, que los ciudadanos que llevan o intentan llevar una vida apegada a las normas, quienes al cometer un hecho ilícito y serles aplicada una pena, aprenderían la lección e intentarían no llevar una vida fuera del ámbito jurídico y de las leyes.

Con esta teoría se logra un cambio importante ya que de acuerdo al maestro Mir Puig, citado por la maestra Gamboa, se está frente a un Derecho Penal y a una pena como función tutelar del delincuente, dejando de lado el interés de la sociedad para dárselo al delincuente, con ello, se está proponiendo un derecho penal humanitario y no solo defensista.¹¹⁵

¹¹⁴ FALCÓN TELLA. Óp. Cit. Nota 64. p 180.198.

¹¹⁵ GAMBOA DE TREJO. Óp. Cit. Nota 95. p 107.

En este punto se encuentra que el sistema penal y criminológico norteamericano ha desarrollado la idea de la prevención especial; refiriéndose principalmente a la neutralización de los delincuentes; propugnan que los delincuentes neutralizados no sean reemplazados por otros dentro de los grupos en los que operan, que la prisión no ejerza un efecto criminógeno sobre los presos, y que de esta forma recrudezca su actividad criminal al salir de prisión. Han generado “tablas de predicción” (instrumentos que ponen en relación las características de varios grupos de delincuentes); llegando a las siguientes conclusiones con respecto de la reincidencia:

- Cuantos más delitos haya cometido el delincuente mayor riesgo de reincidencia en el futuro.
- Cuanto más joven inicie su actividad delictiva es un delincuente mayor índice de reincidencia, así mismo cuanto más joven es el delincuente también es mayor la reincidencia; ya que afirman que con la edad las pasiones se calman.
- La inestabilidad en el trabajo es otro factor de reincidencia, ya que la gente con un empleo estable e interesante tiene más que perder si es detenida.
- El consumo de alcohol y drogas también es un factor de reincidencia, ya que el consumo de los mismos no favorece un buen control de uno mismo y crea necesidad de dinero.¹¹⁶

De lo anterior se obtienen ideas sumamente interesantes, como en primer lugar, lejos de lo que pasa de facto en nuestro sistema penal, los criminalistas americanos buscan ante todo dos factores con la prevención especial, la primera de ellas que al ingresar a un delincuente en una cárcel que el mismo no sea substituido por otro; y el de mayor importancia que la prisión no ejerza un efecto criminógeno que recrudezca su actividad delictiva, ya que como es de

¹¹⁶ FALCÓN TELLA, Óp. Cit. Nota 64. p 180. 193,194.

conocimiento general en los centros penitenciarios mexicanos muchas veces los delincuentes, acuden a “universidades”, en donde perfeccionan su actividad delictiva, o en muchos casos continúan con dichas actividades dentro de los mismo centros penitenciarios; y una vez que son puestos en libertad retornan a la sociedad mejor “preparados”, para continuar con sus conductas delictivas.

Sintetizando, para la prevención especial el fin de la pena no es retribuir un hecho delictivo pasado cometido por el penado, sino evitar que el condenado vuelva en el futuro a cometer un hecho ilícito, ya sea por el temor de sufrir nuevamente una pena, y a la vez se le otorga al delincuente la posibilidad de que en futuro lleve una vida conforme a las normas, siendo así la rehabilitación o resocialización el grado más avanzado de la prevención especial; siempre que no se transgreda el principio de proporcionalidad de la pena.

Respecto de esta teoría el maestro Roxin establece que *“la misma cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección de individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social”*.¹¹⁷

A pesar de esto y de lo anterior dicha teoría no ha estado exenta de críticas, mismas que se tratan a continuación, y que refieren sobre todo a la puesta en práctica del enfoque preventivo especial.

Críticas a la prevención especial

Uno de los grandes problemas que presenta la prevención especial es con respecto de la delimitación temporal de las penas, desconociendo a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, por lo que fácilmente se pueden generar excesos en la aplicación de sanciones, bajo la justificación de la prevención

¹¹⁷ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 87.

especial; además de que obliga a inocular a los delincuentes no resocializables por infracciones de escasa entidad, tomando como base de la pena la peligrosidad del delincuente, dejando en segundo plano la conducta ilícita cometida. Por otro lado bajo esta idea se tendrían delincuentes que no necesitaran resocializarse ni son peligrosos, por lo que no debería de aplicársele pena alguna, sin importar la culpabilidad del autor, llegando a un punto en que aun los delitos más graves, en los que no exista peligro de repetición, no debería de imponérsele pena alguna ya que los delincuentes de este tipo no deberían de ser intimidados ni reeducados o inocuizados.

Por lo que a nivel teórico el problema que enfrenta esta teoría es que el elemento que fundamenta la pena ya no sería la culpabilidad sino la peligrosidad del delincuente; y a la vez dichos fundamentos aconsejarían medidas contrarias, es decir puede ocurrir que la culpabilidad por el delito cometido no sea grave pero como el sujeto se encontrara en una profunda alteración de la personalidad necesitando un grado mayor de resocialización, se le aplicara una pena mayor hasta que el mismo pudiera ser reinsertado en sociedad o bien inocuizarlo, encontrando así que los límites del *ius puniendi* se verían traspasados por que la peligrosidad del sujeto, así lo requiere, lo que claramente se contrapone a los principios de legalidad y culpabilidad que actualmente rigen en la cultura jurídica penal.

Por lo que en atención a las consecuencias de la prevención especial, se debería retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviese resocializado, por lo que se debería de establecer penas de duración indeterminada; incluso llegarse al extremo de aplicar un tratamiento resocializador cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad; todas estas intervenciones se alejan de los límites establecidas por la

retribución, limitando la libertad del individuo más radicalmente de lo que puede ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.¹¹⁸

Por otro lado, en la realidad fáctica, se encuentra su segundo gran problema que consiste en que por diversos motivos en la realidad penitenciaria, muy pocas veces se podría lograr la resocialización del delincuente, ya que las condiciones de dichos centros no son idóneos para dichos fines, por carecer de los medios y el personal adecuado, siendo actualmente el panorama de las cárceles desolador con lo que respecta a la resocialización, ya que la prisión es un lugar criminógeno, de incitación al delito, es de conocimiento general que es imposible la resocialización en la prisión, cuando en lugar de conseguir dicho fin, se convierten en escuelas de delincuentes; y donde los reos son víctimas de agresiones de otros reos.

Así en este sentido la maestra Gamboa refiere que para la consecución de la prevención especial el verdadero sentido de la ejecución penal debe de entenderse como facultad otorgada al administrador de centros penitenciarios para llevar su misión a través de una política criminal resocializadora; para lo que el administrador, debe de acatar y estar informado de esto; además de que debe de ser consciente del Derecho y de la justicia que debe de prevalecer; pero cuando la ejecución de la sanción menoscaba la dignidad del ser humano y se enarbola como bandera de intolerancia, arbitrariedad y desprecio del preso, se encuentra de forma inevitable, con una aplicación de penas desigual, en donde el preso, pierde su calidad humana, y que por consiguiente no podrá llevarse a cabo la resocialización; sino todo lo contrario.¹¹⁹

Otro elemento de crítica a la prevención especial es la obtención de su meta; ya que mientras la retribución lleva su fin independiente de cualquier

¹¹⁸ *Ibidem.* p 88.

¹¹⁹ GAMBOA DE TREJO. Óp. Cit. Nota 95. p 204.

“resultado”; la prevención especial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito aunque se le considere correcta teóricamente.¹²⁰

Teorías eclécticas.

También conocidas como teorías mixtas, unificadoras o de la unión, consisten en una combinación de las concepciones estudiadas hasta el momento; consideran a la retribución, prevención general y prevención especial como fines de la pena que se persiguen simultáneamente.

Quienes la siguen, están convencidos que algunos aspectos de la retribución de la pena son rescatables, tales como el ánimo de no dejar conductas negativas para el orden jurídico sin un justo castigo, pero también es necesario ver en la pena una finalidad de prevenir el delito futuro ya sea del mismo penado por haberle creado en el temor a volver a delinquir para evitar ser castigado de nuevo y que los demás que aún no han delinquido se aparten de conductas antisociales por temor a sufrir un castigo, cuyos efectos han visto en otra persona.

La idea de que la pena debe ser mixta es apoyada por Eugenio Cuello Calón cuando afirma: *“que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir de un modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil, y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y la enriquece”*.¹²¹

La sanción penal se encuentra, como consecuencia jurídica necesaria a la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable; si bien es cierto adquiere su momento cumbre en la imposición de la misma, no es menos real que la

¹²⁰ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 89.

¹²¹ Citado por CASTELLANOS TENA. Óp. Cit. Nota 5. p 319.

mayoría de los ciudadanos tiende a regir sus conductas a través de los ordenes normativos, y con especial atención a lo referente a las normas penales, por temor a que se aplique una pena; por lo que la presencia de la sanción penal (codificación de la pena) es tan real en su existencia como al momento de su ejecución, por lo que tal presencia no es estática en la forma que índice en el funcionamiento social. Así se desarrolla la primera función de la pena al momento de su creación y estando presente en el ordenamiento legal (codificada).

El segundo momento de la aplicación de la sanción penal, se trata de la imposición de la pena por parte de un Juez ante la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, para algunos autores es el momento donde se realiza justicia, para otros es donde adquiere vigencia e importancia el Derecho Penal; en esta fase al delito cometido se le atribuye su consecuencia jurídica que le corresponda, haciéndose efectivo el Estado de Derecho.

El último periodo es la ejecución penal, donde la pena tiene una doble función; por un lado es ejemplificante al momento de la condena (prevención general); y por el otro tiene a función disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución, por medio de la cual se busca que el preso pueda volver a estar en la sociedad sin riesgo para que él mismo cometa de nueva cuenta hechos delictivos, es decir se debe de buscar la resocialización del condenado.

Por lo que las teorías mixtas parten del entendimiento de que ni la retribución ni las teorías preventivas pueden determinar por si solas el contenido y limite de la pena.

Teoría unificadora preventiva del maestro Claus Roxin.¹²²

El maestro Claus Roxin es uno de los seguidores de las teorías eclécticas, basándose solamente en un fin preventivo de la pena, dejando fuera de sus concepción a la retribución; ya que para dicho autor las normas penales sólo están

¹²² Cfr. ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 95-103.

justificadas si tienden a la prevención de la libertad individual y a un orden social, por lo que la pena concreta solo puede seguir un fin preventivo, debiéndose configurar la prevención especial y la general, conjuntamente como fines de la pena. Ya que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como a la comunidad, ambos se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

Señala que la persecución simultánea del fin preventivo especial y general no debe de ser problemática donde la pena es adecuada para alcanzar ambos fines eficazmente como sea posible; pues refiere que el fin preventivo de la pena no se requiere desde ambos puntos de vista (especial y general) al mismo tiempo.

Refiere que la prevención especial (resocialización) solamente puede ser posible pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando el condenado coopera; ya que una resocialización forzosa no podría ser exitosa y sería inadmisibles ya que intentaría contra la dignidad, libertad de autodeterminación y libre albedrío del sujeto. Así cuando el sujeto no quiera cooperar entra en operación la prevención general, por lo que deberá de ejecutarse la pena justificándose de esta forma.

Salvando de esta forma la crítica a la resocialización en cuanto a que la misma viola la personalidad del condenado cuando se da de manera forzosa; ya que el condenado colabora en la ejecución de la pena no se viola su personalidad, sino el Estado auxilia en el desarrollo de la misma. Prohibiendo la educación forzosa de los adultos, pero queda al condenado, el derecho fundamental de que el Estado le ayude en su reinserción a la sociedad.

Por lo que el problema surge donde los fines perseguidos por la pena se polarizan exigiendo diversas cuantías de la pena; siendo en estos casos donde debe de preponderarse la prevención especial ya que de no ser así y de aplicarse la pena requerida por la prevención general se desocializaría al autor y daría pauta a una futura criminalidad.

Lo anterior en virtud de que la resocialización es un imperativo que no debe de ser desobedecido cuando sea posible llevarlo a cabo, además de que el fin especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena, sino que sólo la debilita; pues una pena atenuada, atendiendo a la prevención especial, aun actúa de forma preventivo general. Pero con motivo de seguir dichos fines preventivos especiales, la pena no debería de ser reducida hasta un punto que la sanción ya no se tome en serio por los demás miembros de la sociedad, ya que esta situación provocaría el quebrantamiento de la confianza en el Derecho Penal, estimulando la imitación.

No pudiendo prevalecer en ningún momento la prevención general, sobre la especial ya que se destruiría el fin preventivo especial.

Esta idea, refiere, se debe de acentuar en la forma diferenciadora en el proceso de aplicación del Derecho Penal, en un primer punto el fin de la amenaza penal, es pura prevención general; y en la imposición de la pena en la sentencia se deben de tomar en consideración las necesidades de prevención especial y general; pero tomando en este punto, en primer plano a la resocialización, cuando así lo desee el delincuente, y en caso de no contar con dicha cooperación retoma un fin preventivo general.

Además a diferencia de otras posiciones eclécticas no debe de interpretarse diferente el sentido de la pena en los estadios de la aplicación de la misma, ya que no es una tajante división por fases, sino una ponderación diferenciadora. Ya que la amenaza penal debe conservar su función motivadora y la ejecución tampoco puede perder totalmente su efecto preventivo general.

Rechaza la retribución, ya que la misma no puede entrar en consideración, ni si quiera como un fin atendible junto a la prevención (teoría unificadora); ya que no podría integrarse como “esencia” de la pena que se ve en la causación retributiva de un mal, mientras que su fin justificador se encuentra en los efectos preventivos, pues señala que las instituciones jurídicas no tienen “esencia” alguna independientemente de sus fines, sino que dicha esencia solamente se encuentra

determinada mediante el fin que prosigan. Ya que si bien es cierto que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo; pero en esto no radica un carácter retributivo sino uno inminentemente preventivo general, ya que de no ser así, la prevención general se frustraría motivando la comisión de hechos delictivos en lugar de su omisión.

Frente a esto la pena terapéutica de la prevención especial que consistiría en un *“training social”* no contradiría a la *“esencia”* de la pena, pues tal pena exige del condenado esfuerzos mayores que un *“mero cumplimiento pasivo”* del sometimiento a custodia y debido a esto no carece de efectos preventivos generales. Ahora bien es cierto que en el castigo reside un *“reproche ético-social”* como es admitido, hoy en día, generalmente, pero el hecho de que el castigo radique en un reproche social no deduce que la pena sea retribución ni únicamente causación de un mal, pues la desaprobación de una conducta se puede derivar consecuencia de que tiene a su futura evitación en el sentido de la influencia re-socializadora.

Señala que la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque existan intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación que requieran como deseable una pena más prolongada. Ya que refiere que el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicosocial más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta la actualidad se tiene, ya que el grado de culpabilidad se determina por factores internos en el autor y por la dimensión de los daños ocasionados.

Pero del lado opuesto, desde la concepción del maestro Roxin, no existe objeción si la pena queda por debajo de la medida de la culpabilidad; ya que la pena no puede superar a la culpabilidad, pero puede no alcanzarla si alcanza su fin preventivo; por lo que en esta circunstancia radica la diferencia decisiva frente a la retribución, ya que la misma exige que la pena sea la correspondiente a la culpabilidad con independencia a toda necesidad preventiva, ya que como se ha

referido anteriormente, la retribución rechaza cualquier función preventiva de la pena.

La reparación como tercera vía del Derecho Penal.¹²³

Históricamente se ha hablado de la reparación del daño, pero es en época reciente en que se ha visto en esta reparación como una sanción alternativa frente a las penas y medidas, pudiendo dar lugar a una “tercera vía del Derecho Penal”; existen elementos y motivos convincentes para hablar de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho Penal, *“pues con ello se sirva más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o una multa, que a menudo frustran una reparación del daño del autor”*.

Ahora bien refiere el maestro Roxin que existen investigaciones empíricas que han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad, otorgan nulo o escaso valor al castigo adicional del autor, cuando se da la reparación del daño en la forma de una composición autor-victima; de ahí que en casos de delitos con una pena baja, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la misma.

Por lo que reparación del daño, no es bajo esta concepción, una cuestión meramente jurídica civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena; tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Y de esta forma puede ser experimentada como algo necesario y justo, fomentando un reconocimiento de las normas; y puede conducir a una reconciliación entre al autor y victima; facilitando la reintegración del culpable.

¹²³ Cfr. ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 103 -105.

Además en la prevención integradora ofrece una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica, ya que cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad consideran eliminada la perturbación social originada por el delito.

La legitimación político jurídica de la reparación del daño como una “tercera vía” de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad. Así como la medida (de seguridad) sustituye o completa la pena como “segunda vía” donde ésta, a causa del principio de culpabilidad no puede satisfacer las necesidades preventivo especiales; del mismo modo la reparación del daño sustituiría como “tercera vía” a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podría hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual.

Toma de postura

Antes de tomar una postura con respecto de las teorías de la pena es necesario hacer ciertas precisiones sobre la misma en la realidad penal y penitenciaria de nuestro sistema jurídico; así primeramente se debe de considerar que el delito es un problema político que obedece a una desatención generalizada en función de los varios controles sociales tanto formales como informales.

Las estructuras de decisión político-criminal han dejado sólo en la pena, en especial de prisión, el estandarte y la intimidación como justificación, apoyados en el supuesto de que dichas situación harán descender los índices delictivos; fundamentando en esta idea falsa e irreal, la situación del abandono social del penado, lo que provoca un rechazo social hacia él, y por lo tanto genera sentimiento de rencor y venganza.

Por lo que se cree que el Estado ocupa de manera inadecuada a la pena y en especial a la pena de prisión; con la única finalidad de combatir la delincuencia por lo que en la actualidad puedo decir, sin temor a equivocarme, que en virtud de la incapacidad e imposibilidad del Estado ante el aumento en la delincuencia; y para componer cualquier situación que desestabilice la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos y por tanto de su función misma; ha optado por incrementar la pena de prisión; sin justificación práctica ni teórica alguna; dejando el Estado mexicano de lado los medios alternativos ya existentes para el combate de la delincuencia.

Comparto la opinión del maestro Neuman con respecto de que al parecer el propósito de la justicia fuera sólo el de separar al delincuente de la sociedad, abandonando después toda preocupación por su futura suerte, de esta forma la pena de prisión ha cobrado un mayor alcance y se convierte en un verdadero ataque contra la vida del reo; sólo conserva su existencia física; se le aloja, se le viste, se le alimenta; pero su vida intelectual y moral quedan totalmente desdeñadas. Por lo que en nombre de la justicia y para expiar su crimen debe de ser sometido a una verdadera muerte civil. Aun desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena y el delito, ese criterio, en relación con la mayor parte de las infracciones criminales, resulta excesivamente desproporcionado.¹²⁴

En este punto no hay que dejar de tomar la idea de Romagnosi, quien citado por el maestro Baratta, refiere que la pena no ha de ser el único medio para la defensa, sus fines deben de ir más allá y es una recomendación en el sentido del esfuerzo que debe de hacer la sociedad no sólo a través del castigo sino mediante la prevención del delito y el mejoramiento y desarrollo de las condiciones de la vida social.¹²⁵

Por lo que considero que el Derecho Penal debe de limitar su campo de acción a la protección de bienes jurídicos; pero dicha protección debe de ser como

¹²⁴ NEUMAN, Elías. Prisión abierta. Editorial Porrúa. México. 2006. p 60.

¹²⁵ Baratta, Óp. Cit. Nota 49. p 23.

ultima ratio; por lo que se deben de penalizar solamente aquellas conductas que impliquen afectaciones a bienes que se deban de tutelar por estos medios, y no como actualmente se realiza penalizar cualquier conducta que afecte bienes jurídicos, existiendo otros medios para el restablecimiento del orden y encaminar la conducta de los miembros de la sociedad.

Actualmente es innegable que nuestro Estado, deja mucho peso en la pena, dejando del lado el desarrollo del ciudadano, juzgando sin importar el tipo de infancia donde se desarrolló, sus carencias económicas, familiares y educativas, legislando y aplicando penas privativas de libertad indiscriminadamente.

Y por si esto no fuera suficiente, el sistema de investigación y persecución de delitos es ineficiente, por lo que muy pocos delincuentes son los que realmente son juzgados y se les ejecuta la pena de prisión, lo que genera una imagen, generalizada, de desconfianza en el sistema penal estatal; creando la idea en la población de que el Derecho Penal, no se aplica. Por lo que es necesario un cambio de fondo y radical que optimicé la investigación de los delitos a efecto de que queden los menos delitos cometidos impunes, de esta forma se podrá en un principio restablecer la confianza de los ciudadanos en el Derecho Penal.

De esta guisa el Derecho Penal en México, para poder ser considerado como moderno debe de desarrollarse con una estricta sujeción a los límites del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal como en la material, no sólo debe servir a las mayorías, sino también respetar y atender a las minorías; respetando la dignidad del delincuente, evitando las torturas, que si bien están proscritas por la constitución, es innegable que la vida carcelaria constituye un medio de tortura; además deberá de ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y su reinserción social.

Lo anterior contrasta con la realidad del sistema penitenciario ya que, actualmente, la prisión no rehabilita ni resocializa; pero bajo dicho fin se atenta contra la dignidad, y derechos humanos de los condenados y sus familias.

La maestra Gamboa Trejo, en su obra resume como violaciones más comunes de los centros penitenciarios las siguientes:

1. Violación de la dignidad de los presos y sus familiares.
2. Extorsión de los presos y sus familiares por parte de los custodios de los penales.
3. Una indebida alimentación, falta de agua potable.
4. Malos tratos por parte de demás presos y empleados dentro de los centros de rehabilitación.
5. Falta de una debida sanidad e higiene dentro de los centros penitenciarios.

Así la pena, se encuentra inmersa en una verdadera crisis de identidad, careciendo de justificación teórica alguna, dejando en la práctica muchas cosas por desear; se ha caído en un peligro, del cual es inminente buscar una salida, en donde existe un terror penal por parte del Estado, y que se ha reflejado inminentemente en la pena, misma que debe de ser sometida a nuevas directrices de uso y funcionamiento, encontrando así sus límites; y no usándola de forma indiscriminada.

Después de las precisiones señaladas con anterioridad, se pasará a la toma de postura, primeramente se cree que cada una de las teorías por sí mismas, no han sido capaces de encontrar un fundamento real de la pena; y han sido sujetas a críticas, mismas que han sido tratadas, que resultan totalmente acertadas; encontrando deficiencias en sus planteamientos, pero no por eso dejan de tener elementos importantes y rescatables.

De esta guisa mi concepción sobre las teorías de la pena, radica en una vertiente ecléctica en donde se integra tanto la retribución, como la prevención en sus dos vertientes; pero no a través de una segmentación de acuerdo al estadio de la aplicación de la pena, sino como una integración total, así se deben de ver dichos fines conjuntamente como fines de la pena.

Primeramente estoy convencido de que algunos aspectos de la retribución resultan rescatables, como la intención de no dejar conductas negativas para el orden jurídico sin un justo castigo, pero no con una posición radical, es decir que el delincuente sufra un mal por el mal por él producido por su actitud antisocial.

Otro punto rescatable de la retribución es la necesidad de restablecer la vigencia del orden jurídico quebrantado, y dar un límite al poder punitivo del Estado por medio de culpabilidad, como límite de la pena; siendo estos elementos importantes dentro de mi concepción, siendo innegable que toda aplicación de la pena fortalece la fidelidad al Derecho.

Así la pena en si es un castigo, un mal impuesto a quien comete una conducta típica, antijurídica y culpable; y por medio de la aplicación de la misma se establece que el Derecho Penal debe de respetarse y que ha cualquier quebrantamiento del mismo se le aplica una pena, lo que resulta ser una afirmación del Derecho, fortaleciendo la fidelidad y credibilidad en él mismo, entendiendo en este punto como una retribución encontrando su justa medida en la culpabilidad.

Pero como se estableció anteriormente, la teoría retributiva ha sido superada, y en un Estado de Derecho moderno, con una función tuteladora y social, se debe de buscar un fin más profundo en la pena que la simple retribución; considerando que dicha finalidad se da a través de evitar por medio de la aplicación de la pena que se delinca, tanto a aquellos que no han cometido ilícito alguno; pero también a aquellas personas que ya se han dirigido por aquel camino alejado del Derecho. Recordando aquellas palabras de Platón: *“ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se vuelva a cometer; no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro”*.

Pero dicha formulación no estatiza, no trata de una división de fases como algunos seguidores de la corriente ecléctica establecen; sino resulta en una ponderación diferenciadora de acuerdo a las necesidades practicas del caso

concreto; ya que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como a la comunidad, subordinándose ambos al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.

Se cree que los fines preventivos tanto generales como especiales, pueden coexistir al no requerirse al mismo tiempo, sino se preponderan de acuerdo al caso concreto a que se trate; pero tomando en consideración que ambas tienden a la prevención del delito, por lo que se complementan, ya que la general tiene como campo de acción a todos los ciudadanos y la especial al condenado; por lo que en un punto de vista ecléctico ambas tienen un margen de acción más amplio.

Desde esta perspectiva la postura ecléctica se prevendría el delito futuro ya sea del mismo penado por haberle creado en el temor a volver a delinquir por temor a ser castigado de nuevo, o bien al haberlo resocializado y a la vez a los demás ciudadanos que aún no han delinquido, a efecto de que se aparten de conductas antisociales por temor a sufrir un castigo, cuyos efectos han visto en otra persona.

Tomando del maestro Roxin, dentro de mi postura, lo referente a que la prevención especial no viola la dignidad del individuo en virtud de que la misma sólo entra en acción con la colaboración voluntaria y autorresponsable del culpable; siendo que la misma solamente puede ser posible pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando el condenado coopera; ya que una resocialización forzosa no podría ser exitosa y sería inadmisibles ya que atentaría contra la dignidad, libertad de autodeterminación y libre albedrío del sujeto.

Pero para la funcionalidad de esta postura se cree necesario que exista una verdadera clasificación, y distribución de los reclusos, según su edad, los precedentes, las actitudes y peligrosidad, buscando que a cada recluso se le asigne una disciplina adecuada y un tratamiento individualizado según el problema que presente.

Esta concepción particular del fin de la pena se adecua perfectamente a la función de Estado moderno que debe preocuparse y proporcionar medidas y medios adecuados para auxiliar al delincuente a salir del círculo vicioso donde se desenvuelve, no se les debe de negar a los delincuentes su derecho a ser reinsertados en la sociedad, mismo derecho que debe de ser una garantía al delincuente que así lo desee, porque como se ha referido solamente con la cooperación del mismo se podrá llevar a cabo dicho fin.

En este punto me parece adecuado referir al maestro Morillas Cueva citado por Falcón y Tella, quien establece que *“No puede caerse en la trampa del esquematismo que exige una decisión rotunda entre la resocialización sí o no, entre pena o tratamiento. La concordancia es posible. La idea de resocialización ni ha de extinguirse ni mitificarse, sino que únicamente debe relativizarse y consecuentemente adecuarse a las necesidades sociales, así como compatibilizarse con otras instancias de control social menos gravosas y con medidas globales de carácter político social que propicien una sociedad más justa e igualitaria”*.¹²⁶

Por lo que se cree que la reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena de prisión, sino que debe de perseguirse a pesar de ella; buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel ya que ninguna cárcel es buena y útil, pero hay cárceles peores que otras; por lo que se debe de individualizar políticas aptas para hacer menos dañoso dicho lugar en relación con la vida futura del condenado.

En palabras del Nueman la idea de readaptación se debe de tomar desde un concepto simple, lograr que los condenados se conduzcan en libertad, con los otros hombres, y con respeto de dicha libertad de los demás; que a la vez se traduciría al respeto del Estado de Derecho¹²⁷; idea que no se debe dejar de lado porque al fin de cuentas ese el fin primordial de la reinserción social. A través de

¹²⁶ FALCÓN TELLA, Ma. José. Óp. Cit. Nota 64. p 227

¹²⁷ NEUMAN, Elías. Óp. Cit. Nota 124. p 64.

buscar la enseñanza al delincuente de que él mismo forma parte de la comunidad, proporcionándole un sentido de responsabilidad y respeto a los demás.

También es de referir que se debe de recobrar la idea de que el Derecho Penal debe de ser el último recurso en manos del Estado, y además se deben de instrumentar otro tipo de acciones en las que se evite caer necesariamente en el Derecho Penal, y aun más en las penas y en especial en la de prisión; encontrando recursos como los administrativos y sanciones no penales; en un segundo aspecto habrá que realizar una cuidadosa selección de las conductas tipificadas, debiéndose establecer como delitos aquellas conductas vulneren gravemente a la sociedad. Las medidas alternativas a la prisión son sin lugar a dudas una de las respuestas más útiles hasta hoy a la crisis por la que atraviesa la pena de prisión.

Por lo anteriormente expuesto se considera que la pena de prisión debe de limitarse exclusivamente a delincuentes que sea necesario neutralizar en pro de la protección de la sociedad y la seguridad pública; buscando a la vez medios más idóneos para el combate a la delincuencia, en donde se tome al hombre como sujeto y no como un objeto; situación que a mi consideración la posición aquí expuesta sobre la teoría de la pena, adecua perfectamente.

Por lo que se debe de exigir de manera enérgica al Estado que aplique medidas más eficientes, que la imposición de penas y el aumento de las mismas, como lo son una mejor educación y orientación de la infancia, dando a todos los habitantes la oportunidad de crecimiento intelectual, económico y moral; tomando un enfoque primordial a los núcleos familiares donde se podrían crear ciudadanos que guíen su conducta apegada a Derecho; siendo necesario que se dejen de lado las reformas penales que actualmente se elaboran, donde su respuesta a la delincuencia es la creación de leyes más duras, y de penas más largas; que se han mostrado ineficientes para el combate de la delincuencia; para pasar a una reforma estructural no solamente del Derecho Penal.

Por lo que el Estado debe de encontrar puntos donde los Derechos Humanos y la prevención del delito, regresen al Derecho Penal uno de sus elementos medulares; en la especie que aparezca como la “ultima ratio”.

Se debe de buscar y encontrar mejores esquemas en donde haya resultados óptimos en la aplicación del Derecho Penal; a través de la aplicación de recursos políticos, sociológicos y criminológicos a efecto de dar una respuesta oportuna a la criminalidad, iniciando a través, de un desarrollo sustentable de medidas que auxilien en forma efectiva a la solución de los problemas delictivos; medidas que al no ser parte de la presente investigación se dejan al margen, pero que de ellos depende mucho el éxito de la función de la pena. Creando condiciones que permitan al órgano estatal prevenir de manera eficaz la delincuencia, combatiendo frontalmente las organizaciones criminales, persiguiendo y castigando oportunamente los delitos; evitando que los ciudadanos y los menores que se encuentra todavía alejados de la delincuencia, lleguen a dicho camino.

También dentro de la idea en comento se encuentran dos elementos fundamentales, que auxiliarían a la superación de la crisis de la pena, por un lado las medidas de seguridad conocidas como segunda vía del derecho penal, mismas que complementan de manera estupenda a la pena, ya que como se ha mencionado anteriormente la pena tiene como fundamento la culpabilidad; mientras que las medidas de seguridad lo encuentran en la peligrosidad; de ahí que las mismas sean efectivas en supuestos donde el sujeto no necesita rehabilitación, ya que con la aplicación de la medida de seguridad adecuada, se evitaría que el sujeto volviera a incidir de la misma forma en contra del ordenamiento jurídico. Por lo que de forma ejemplificativa se refiere al caso en que un sujeto cometiera daños en propiedad ajena y lesiones por conducir un vehículo a exceso de velocidad, pero fuera de dicho factor él mismo no fuese peligroso para la sociedad, por lo que la privación de la licencia para conducir y la prohibición para hacerlo, serían suficientes para evitar dichas situaciones en el

futuro. Por lo que las medidas de seguridad desde esta perspectiva auxilian de manera decisiva al fin ecléctico del cual soy partidario.

Dentro de esta misma perspectiva resulta interesante y aplicable la postura del maestro Roxin con respecto a la reparación del daño, misma a la que denomina tercera vía del Derecho Penal; idea que resulta ser un punto medular en el presente trabajo.

Porque en muchas ocasiones y sobre todo en delitos patrimoniales, lo que busca la víctima es que el reo repare el daño cometido, más que una pena privativa de la libertad; de esta forma se abre un nuevo panorama de la pena ya que la misma encuentra un punto en donde se podría llegar más a servir a los intereses de la víctima que la pena privativa de libertad; de igual forma en algunos casos se podría substituir dicha reparación por la pena de prisión; o en otros casos atenuarla o bien aplicar también una medida de seguridad; así se podría dejar de lado en algunos delitos la pena de prisión debido a los efectos dañinos que tiene y sin que hasta el momento se pueda afirmar benéfico alguno, siendo que de esta forma no se dejarían delitos impunes ya que la pena consistiría en la reparación del daño.

Lo anterior desde el punto de vista práctico; ahora bien a nivel teórico se puede afirmar que la reparación del daño cumple de manera por más eficiente con los fines de la pena expuestos; esto se afirma ya que la misma tiene un efecto resocializador, por que el autor al afrontar las consecuencias de sus hechos reconoce los intereses de la víctima y de lo anterior, la reparación es experimentada como algo necesario y justo, lo que fomenta el reconocimiento de las normas y de dicha forma facilita la reintegración del culpable, que en la realidad social, de no ser así y serle aplicada una pena de prisión se desocializaría al sujeto.

Con lo que respecta a la esencia retributiva, al ser la reparación del daño una pena; con la aplicación de la misma se está reforzando al Derecho; y no rompe con la esencia retribucionista de la pena, demostrando y devolviendo

ciertamente la vigencia del Derecho al aplicarse, además fomenta un reconocimiento de las normas por parte del delincuente, restaurando la paz jurídica que se vio quebrantada por el delito.

A este respecto el maestro Neuman señala que la doctrina alemana ha venido señalando que cuando el victimario repara el daño, acepta la vigencia de las normas de la comunidad, no se trata de sustraer al delincuente del sistema penal tradicional, sino de un intento de una justicia restaurativa para beneficio de la víctima, el victimario y la propia comunidad.¹²⁸

Por lo que respecta la prevención general la pena consistente en la reparación del daño la comunidad considera eliminada la perturbación social originada por el delito, reafirmando en todos los ciudadanos la vigencia del Derecho Penal, si bien no de una manera tan llamativa como en la pena de prisión, pero de una forma más efectiva y cognoscible.

De esta forma junto a la pena privativa, o incluso en lugar de la misma, la reparación del daño y las medidas de seguridad complementan a la pena de prisión, haciendo funcional a la pena dentro de mi perspectiva.

2.5. MARCO JURÍDICO DE LA PENA

Ahora bien después de hacer un estudio sobre los aspectos generales de la pena y de las teorías de la pena, se continuará con el estudio de la misma dentro del marco legal de mexicano; estudiando primeramente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiriendo las generalidades de la pena y sus limitaciones.

¹²⁸ NEUMAN, Elías. La mediación penal y la justicia restaurativa. Editorial Porrúa. Primera edición. México.2005. p 60.

2.5.1. LA PENA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

El artículo 14 constitucional da el primer acercamiento sobre las consideraciones de la pena: *“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”*.

Así la constitución establece el principio de irretroactividad penal, por lo que a contrario sensu se estudia que la ley puede aplicarse retroactivamente en beneficio de las personas; por lo que hay que señalar que en el caso de materia penal en beneficio del reo se puede aplicar la retroactividad de la ley, cuando despenalice un delito que sustenta la acusación o bien se aplique una pena de menor duración.

La segunda parte establece: *“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”*; en este párrafo se encuentra el principio del debido proceso, que si bien no contiene referencia directa a la pena, de su interpretación se establece que para la imposición de cualquier pena, debe de existir de por medio un juicio el cual debe de seguirse ante tribunales existentes, lo que en especie significa que la ley penal debe de ser aplicada por un órgano jurisdiccional competente, con capacidad de aplicar las normas penales a los casos concretos; mismo órgano que presupone la existencia de los conocimientos necesarios, así como de la técnica jurídica requerida y la imparcialidad de sus resoluciones. Lo que significa que la imposición de cualquier pena requiere un *debido proceso*.

También establece: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*; encontrando aquí el principio de estricta aplicación de la ley penal, con lo que la Constitución establece de esta forma el principio *“nullum crime sine lege, nulla poena sine lege”*, de esta forma solo es aplicable una pena por parte del órgano

jurisdiccional, cuando la misma se encuentra legislada y existiese una debida tipicidad. Así sólo las conductas debidamente tipificadas pueden ser sancionadas.

Por su parte el artículo 17 establece: *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”*, lo que proscribe a nivel constitucional la venganza privada, y deja la “justicia” en manos de Estado, para que se aplique a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes.

De igual forma establece: *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”*; en esta fracción si no de manera directa, como debería de ser, la constitución prevé la reparación del daño en materia penal como una forma alternativa de solución de controversias; de acuerdo a la idea de la presente investigación dicha pena se debe de procurar, incluso a nivel de pena, de acuerdo a lo establecido en párrafos anteriores.

Es de señalar que el artículo 20 constitucional con respecto de la reparación del daño refiere: *“El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”*. y *“Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”*; donde se establecen los lineamientos generales de la reparación del daño, siendo que la misma se debe de entender como una garantía para la víctima o el ofendido, y donde el juez en todo momento deberá de condenar a dicha reparación si se ha emitido en contra del delincuente una sentencia condenatoria.

El artículo 18 respecto de la ejecución de la pena establece: *“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el*

mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”; “En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”; además refiere lo siguiente: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”; este artículo constitucional sienta las bases para la prevención especial, la misma que de acuerdo a la jerarquía constitucional, es el fin principal de la pena.

Por lo que se puede establecer que en nuestro sistema jurídico el fin más importante a seguir de la pena, por lo menos a nivel constitucional, es la resocialización o reinserción de los delincuentes y de los menores infractores; refiriendo que dicha reinserción se deberá de hacer con base en el trabajo, la capacitación de los reos, la educación y el deporte, buscando el desarrollo de la persona; a lo cual dicho artículo no es más que una mera y simple aspiración, ya que como se ha referido en la realidad normativa y fáctica, carece de los instrumentos, medios y planificación, necesarios para llevar a cabo tan loable fin.

Lo anterior no significa que desde mi punto de vista, la reinserción no sea posible, sino que solamente se deben de buscar los medio necesarios para la

misma, no solamente a través de la pena; sino desde antes, el Estado, la sociedad mexicana, teniendo como base la familia, donde se creen hombres para el bien de este país, cosa que no se ha realizado por diversas razones ya referidas, por lo que en obvio de repeticiones, se remite a la toma de postura con respecto de los fines de la pena.

Siendo necesario como primer paso, matizar de esta idea a los ordenamientos penales, para que en la medida de lo posible se busquen penas más humanas, y no tan elevadas como actualmente se tienen; y buscar la creación de verdaderos centros de readaptación social, que en la actualidad no son más que cárceles donde es imposible conseguir dicho fin; y que en la mayor de los casos resultan verdaderas universidades para las artes delictivas.

Por último y el artículo que mas referencia directa tiene con la pena es el 22 que establece *“Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”*; encontrando la prescripción constitucional de las penas capitales, afflictivas e infamantes; así como las trascendentales.

Una vez establecido las generalidades de la pena contenidas en la constitución se abordará su estudio en el Código Penal Federal.

2.5.2. LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

En su artículo 24 el Código Penal Federal establece el siguiente catalogo de penas, mismas que no se adentrará en su estudio ya que posteriormente se establecerá y analizará el catálogo de penas del Código Penal para el Distrito Federal.

- Prisión.

- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- Confinamiento.
- Prohibición de ir a lugar determinado.
- Sanción pecuniaria.
- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
- Amonestación.
- Apercibimiento.
- Caución de no ofender.
- Suspensión o privación de derechos.
- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- Publicación especial de sentencia.
- Vigilancia de la autoridad.
- Suspensión o disolución de sociedades.
- Medidas tutelares para menores.
- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Establece, también la definición y duración de la pena de prisión de la siguiente forma en el artículo 25 de dicho ordenamiento legal: *“La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias,*

establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva. La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea”.

Con respecto a la readaptación social refiere en el artículo 27 que en el caso de tratamiento en libertad (consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas) las mismas tienden a la readaptación social del inculpado.

Por su parte el artículo 29 trata entorno a la pena pecuniaria, siendo que el código en estudio, las clasifica en multa y reparación del daño; en cuanto la multa establece como sus elementos más importantes los siguientes: define a la multa como el pago de una cantidad de dinero al Estado que se fijan por días de multa (como percepción diaria del sentenciado y como límite inferior el equivalente al salario mínimo); en caso de que el sentenciado no pudiese pagar la multa total o parcialmente la misma le será sustituida por trabajo a la comunidad, además de que la multa puede ser cobrado por medio de un procedimiento económico.

La reparación del daño se encuentra contemplada por el Código Penal Federal en los artículos 30 al 39, cuyos rasgos más significativos son los siguientes: en primer término la reparación del daño comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito o el precio de la misma, indemnización del daño material y moral (incluidos los tratamientos médicos de acuerdo a la naturaleza del daño sufrido) y el pago de perjuicios.

El importe de la reparación del daño, al ser una pena de tipo pecuniaria, será fijada por los jueces de acuerdo a los elementos de prueba existentes; y dicha reparación deberá de ser solicitada por el Ministerio Público; el artículo 32 refiere quien subsidiariamente aparte de la víctima está obligado a la reparación del daño siendo los siguientes:

- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad:
- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;
- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;
- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.
- Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.
- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

Aunque esta reparación por terceros no es una pena pública como tal, ya que la misma tiene el carácter de responsabilidad civil; en cambio la reparación del daño hecha por el condenado si tiene el carácter de pena pública.

En cuanto la forma de pago refiere que se hará a través de la autoridad fiscal competente quien iniciará un procedimiento económico coactivo, y de no alcanzar sus bienes para el pago total de la reparación del daño el sujeto quedará obligado a pagar el restante.

2.5.3. LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a la duración de la pena de prisión se establece en el artículo 33 que no será menor de tres meses ni mayor de setenta años, el lugar para ejecutarlo será en el centro preventivo que designe la autoridad judicial que impuso la sentencia; de las penas legisladas se desprende que algunas de ellas son bastantes altas, y no establecen elementos para el fin constitucional de la resocialización, entendiendo que el fin de la pena asiste a una indebida prevención general.

Así al establecer penas tan altas, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, busca a través de las mismas la intimidación de los ciudadanos, la disminución de los niveles de delincuencia y que los mismos sigan aumentando, lo que en la realidad no les ha funcionado y se está llegando al extremo del terror penal. Situación que ya ha sido comentada con anterioridad, por lo que no se abundará al respecto, pero la prevención general predomina en las penas establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal.

Con respecto de la reparación del daño, dicha forma se encuentra dentro de las penas pecuniarias, es considerada pena pública; y dicha reparación comprende de acuerdo a la naturaleza del delito los siguientes efectos tomando en consideración al artículo 42 del código en comento:

- El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito.
- La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y de no ser posible su valor actualizado, o bien un objeto de igual.
- El pago del daño moral así como los gastos de atención medica, tanto física como psíquica que sean necesarios.

- Los perjuicios originados por la comisión del delito.
- Pago de salarios cuando haya daño físico que impidan a la víctima laborar.

Ahora bien los artículo 43 y 44 establecen que para la reparación del daño el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la reparación del daño y probar su monto; y dicho monto se fijará por los jueces de acuerdo a los elementos de prueba que existan en el juicio; y tiene preferencia sobre cualquier otro pago con excepción de deudas alimentarias y fines laborales.

Tienen derecho a la reparación del daño la víctima y el ofendido, o bien a falta de ellos sus dependientes económicos, herederos y derechohabientes, la ley establece quienes están obligados a pagar la reparación del daño en sustitución del condenado; así en primer lugar está obligados por delitos cometidos por inimputables, los tutores, curadores o custodios, si los mismos se hallan bajo su cuidado. Los dueños de empresas mercantiles por delito cometidos por sus empleados con motivo y en el desempeño de sus funciones. Establece también que el Gobierno del Distrito Federal responderá de manera solidaria por lo delito que cometan sus servidores públicos, en motivo de sus funciones.

Establece que en delitos contra la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor que las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, que en sus artículos 500 y 502 establecen respectivamente lo siguiente *“Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá dos meses de salario por concepto de gastos funerarios”*; y *“la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario”*. Lo anterior atendiendo al salario mínimo vigente en el Distrito Federal que es de \$57.46¹²⁹; por lo que la cantidad menor por reparación de daño asciende a la cantidad de \$ 45,393.40 (cuarenta y cinco mil trescientos noventa y tres pesos 40/100 M.N).

¹²⁹ http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/salarios_minimos/default.asp. 2010

De acuerdo al monto del daño condenado a reparar y a la situación económica del sentenciado el juez puede fijar plazos para su pago, que no será mayor de un año, y también podrá solicitar garantía para dicho pago; ésta se hará efectiva por la autoridad ejecutora quien iniciará el procedimiento económico coactivo, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la sentencia ejecutoriada.

2.5.4. CATALOGO DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal para el Distrito Federal establece un catálogo de penas aplicables en su artículo 30, mismas que se explicarán brevemente:

1. Prisión. Consiste en la privación de la libertad personal en alguno de los Centros de Readaptación Social; misma que ya ha sido abordada para su estudio ampliamente.
2. Tratamiento en libertad de imputables; mismo que consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas o de salud que tiendan a la readaptación del sentenciado, la misma puede ser autónoma o sustitutiva de la pena de prisión.
3. Semilibertad; esta pena implica alternación de períodos de libertad y privación de la libertad, igual que el tratamiento de imputables puede ser autónoma o sustitutiva de la pena de prisión.
4. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad; esta pena consiste en la prestación de servicios remunerados en instituciones públicas educativas, empresas de participación estatal y privadas, el cual se llevará fuera de la jornada laboral.
5. Sanciones pecuniarias, dentro de esta pena se encuentran la multa y la reparación del daño, la primera de ellas consiste en una cantidad de dinero

que el sentenciado debe de pagar al Gobierno del Distrito Federal mismo que se determina por días de multa. En caso de que el sentenciado no la pueda cubrir la misma puede ser sustituida por trabajo a la comunidad o a beneficio de la víctima.

6. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, esta pena consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal de los instrumentos, objetos y productos del delito; cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; y dichos objetos se pueden destinar al pago de la reparación de los daño, multa o bien a la administración de justicia.
7. Suspensión o privación de derechos, dicha pena consiste en la pérdida temporal o definitiva de derechos. Técnicamente se distingue en suspensión, privación e inhabilitación de derechos. La primera de ellas consiste en la pérdida temporal de derechos o funciones, la privación es la perdida permanente; y la inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener o ejercer funciones, cargos o empleos públicos a futuro.

2.5.5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA PENA.

Por último en el presente capítulo se establecerán los criterios de nuestros más altos tribunales con respecto de la pena, teniendo un enfoque principal a la reparación del daño, la reparación del daño en el homicidio; y algunos otros elementos importantes que se encuentran en la jurisprudencia.

Primeramente con respecto a las penas inusitadas han declarado proscritas, debido a que contravienen el fin primordial de la pena que se encuentra en la Constitución, que es la readaptación social, como se desprende de la siguiente jurisprudencia.

No. Registro: 188,542

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Octubre de 2001

Tesis: P./J. 127/2001

Página: 15

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL.

Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría

de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.

También respecto de la supremacía de la readaptación social como fin de la pena la siguiente jurisprudencia establece:

No. Registro: 175,742

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Febrero de 2006

Tesis: 1a./J. 188/2005

Página: 536

SUSTITUCIÓN DE LA PENA Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE SU EJECUCIÓN. AL DICTAR SENTENCIA, EL JUZGADOR PUEDE CONCEDER ALTERNATIVAMENTE DICHOS BENEFICIOS, PARA QUE EL SENTENCIADO OPTÉ POR UNO, SIEMPRE Y CUANDO NO SEA IMPRESCINDIBLE SUSTITUIR LAS PENAS EN UNA FORMA ESPECÍFICA EN ATENCIÓN A LAS CONDICIONES PERSONALES DEL SUJETO, EN FUNCIÓN DEL FIN PARA EL QUE FUERON IMPUESTAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Conforme al citado precepto, el Juez o el Tribunal, según sea el caso, al dictar sentencia condenatoria suspenderá motivadamente las penas, cuando su duración no exceda de cinco años de prisión (fracción I), siempre que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida, atendiendo a la naturaleza, modalidades y móviles del delito (fracción III); siempre y cuando, en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas (fracción II). Ahora bien, de una interpretación sistemática de las reglas relativas a la sustitución de la pena y a la suspensión condicional de su ejecución, se advierte que la fracción II del artículo 89 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no restringe la facultad discrecional del juzgador -cuyo ejercicio es indispensable para lograr la adecuada readaptación del delincuente-, pues sostener que la procedencia de la sustitución de la pena impide la concesión de la suspensión de la ejecución de ésta, implicaría limitar el arbitrio del juzgador y haría ineficaz el sistema de sustitutivos penales, el cual busca mecanismos alternativos más eficientes que la privación de la libertad, para readaptar al delincuente en términos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En congruencia con lo anterior, cuando

el juzgador advierta que los antecedentes personales del sentenciado, la naturaleza del delito y demás circunstancias, revelan que es innecesario un tratamiento específico para su rehabilitación, puede otorgar los dos beneficios aludidos, para que el sentenciado opte por uno de ellos. Así, el referido artículo 89 fortalece el arbitrio del juzgador al establecer una regla especial que se desprende de la fracción II de dicho precepto, en el sentido de que la suspensión condicional de la ejecución de la pena no procederá cuando el juzgador -en uso de su arbitrio- considere que por las condiciones personales del sujeto, es necesario sustituir las penas en función del fin para el que fueron impuestas; de manera que si al conceder el beneficio de la sustitución de la pena en términos del artículo 84 del ordenamiento referido, el juzgador no establece que la pena debe sustituirse en una forma y modalidad específica, válidamente podrá, si el sentenciado reúne los requisitos previstos en las fracciones I y III del mencionado artículo 89, conceder simultáneamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para que el sentenciado decida a qué beneficio se acoge.

De las anteriores jurisprudencias se desprende que el fin primordial de la pena atiende a fines inminentemente de readaptación social, situación que como ya se ha señalado anteriormente no atiende a la realidad, incluso en una búsqueda de mas criterios jurisprudenciales al respecto de la readaptación social se encuentra que a pesar de ser fin primordial la aplicación de las penas en ningún caso asiste a dicho criterio, por lo que el fin primordial de la pena que es la readaptación social realmente es solo una aspiración en la legislación.

En cuanto a la reparación del daño como pena, se tienen los siguientes criterios.

No. Registro: 175,458

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Marzo de 2006

Tesis: 1a. LIII/2006

Página: 209

REPARACIÓN DEL DAÑO. ES UNA SANCIÓN PECUNIARIA AUTÓNOMA CUYA PREVISIÓN CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna como garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, la prohibición de imponer penas que no estén establecidas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; prohibición que recoge el inveterado principio de derecho que se enuncia como nulla poena sine lege. Ahora bien, el artículo 43 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece que la sanción consistente en la reparación del daño se fijará por los Jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso; asimismo, el segundo párrafo del artículo 44 del propio ordenamiento prevé que en todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente. Lo anterior pone de manifiesto que al encontrarse la reparación del daño descrita como sanción pecuniaria por el citado código punitivo, su imposición es procedente. Sin que obste para ello el hecho de que la reparación del daño, como tal, no se encuentre como sanción específica en el artículo que tipifica el delito por el que se condenó al sentenciado, pues debe considerarse que la referida

reparación es una sanción pecuniaria "autónoma", tal como se advierte de los artículos 30, fracción V y 37 del Código aludido, lo que hace patente que su previsión cumple con la garantía de exacta aplicación de la ley penal.

No. Registro: 175,459

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Marzo de 2006

Tesis: 1a./J. 145/2005

Página: 170

**REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA
CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO
CORRESPONDIENTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA.**

El artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía individual de las víctimas u ofendidos de un delito, la reparación del daño para asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre aquéllos, garantizando que en todo proceso penal tengan derecho a una reparación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal; destacando la circunstancia de que el Constituyente reguló los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir

para la libertad del inculpado una caución suficiente que garantice la reparación de los daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal debe tutelarse como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, a fin de reconocerle la misma importancia a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculpado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. De lo anterior se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en éste y no en otro; sin embargo, su quantum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de ésta, porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el Juez no cuente con los elementos necesarios para fijar en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional.

De los anteriores criterios se desprenden ciertos elementos que resultan importantes señalar, primeramente que la reparación del daño es una pena pública, pecuniaria, autónoma; misma que es a la vez una garantía de la víctima u ofendido, o bien sus derechohabientes, que tiene la finalidad de la reivindicación de los efectos del delito, que se condena de acuerdo a los daños y perjuicios que sea preciso reparar, por lo que dichos daños y perjuicios deben de acreditarse durante el proceso penal, ya se durante el mismo o bien en la ejecución de la sentencia.

CAPITULO III

DELITO DE HOMICIDIO

3.1. NOCIÓN GENERAL DE HOMICIDIO

La humanidad a lo largo de sus historia ha reprobado la muerte injusta de un hombre a manos de otro; dicha conducta encuentra antecedentes en el mandamiento bíblico “*No matarás*”, en el Código de Hammurabi, en el Manú de la India, en el ordenamiento griego; incluso en los ordenamientos jurídicos de los prehispanicos; teniendo un rasgo en común a todos ellos se les aplicaba la pena de muerte por medio del talión. En Roma se castigo este delito en sus distintos procedimientos persecutorios (privados y públicos) encontrándose antecedentes de esta situación en las XXII tablas.

De esta forma el homicidio para el hombre, como ser natural y ser social, es y ha sido, la conducta más repudiable, porque al atacar la vida de una persona, se pone en peligro la seguridad de la vida social; su castigo eficaz responde a la necesidad urgente de dar seguridad a la sociedad, única forma de existencia del hombre. Al atacar a un hombre se ataca a la sociedad, al atacar a la comunidad se ataca al hombre, porque el humano es y será siempre un ser gregario, que apareció en sociedad, aunque en forma incipiente, y vive en sociedad hoy desarrollada; por lo que la vida social requiere un mínimo de seguridad que posibilite el despliegue de sus propias fuerzas.

Por lo que con el homicidio se produce una reacción psicológica de terror y desconfianza en la sociedad; el homicidio desequilibra a la familia de la víctima, corta de tajo una serie de posibilidades para el futuro de otras personas que hubiesen podido recibir el apoyo del sujeto pasivo, y que genera una disminución

de la confianza en el Estado y en el Derecho como medio pacífico de convivencia, a la par que excita oscuros designios de venganza, violencia y resentimiento.¹³⁰

La palabra homicidio etimológicamente se deriva de la palabra latina *homicidium*, que a su vez comprende dos elementos *homo* y *cidium*; por un lado *homo* significa hombre y *cidium* proviene de *caedere* que significa matar, por lo que se refiere a la muerte causada a un hombre por otro.¹³¹

La definición legal o tipo penal del homicidio, se encuentra en el artículo 302 del Código Penal Federal que establece: “*Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.*”; así por su parte el Código Penal para el Distrito Federal establece en su artículo 123. “*Al que priva de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.*”

Pero no basta con dar la definición legal de homicidio es necesario entrar a la parte doctrinal y dogmática y así poder profundizar y encontrar el sentido legal del mismo; de esta forma para el maestro Pavón Vasconcelos el homicidio es “*la muerte violenta e injusta de un hombre atribuible, en un nexo de causalidad, a la conducta dolosa o culposa de otro.*”¹³²

De esta forma dicha definición comprende la referencia a la conducta del autor, ya sea positiva o negativa; la consecuencia causal de dicha conducta que es en el homicidio del fenómeno de la muerte, y por otro lado la no concurrencia de causas justificantes; este punto es compartido por la mayoría de los autores al definir al homicidio, destacando, no sólo la privación de la vida, sino dan una gran importancia a la ilicitud, a la intención del sujeto en su causación o bien la omisión del cumplimiento de algún deber de cuidado, que las circunstancias personales le imponía al autor.

¹³⁰ GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, **El homicidio**. Tomo I. Segunda edición, Edit. Temis. Bogotá. 1997. p 11.

¹³¹ BERNAL PINZÓN, Jesús. **El homicidio**. Edit. Temis. Bogotá, 1971, p 1.

¹³² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Delitos contra la vida y la Integridad Personal**. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México 2000.p.3

De lo anterior se entiende que es necesario establecer los elementos del injusto; es decir se deben de tener en cuenta el contenido real de dicho tipo y extraer doctrinalmente sus elementos, cabe aclarar que la definición que establece la ley no es incorrecta y mucho menos incompleta; ya que resulta innecesario que en los tipo penales en general se establezcan los elementos del injusto, ya que sería necesario en los tipo penales transcribir los elementos de la infracción y por consiguiente gran parte de la Teoría del Delito, lo que resulta totalmente alejado de cualquier técnica jurídica. Así pues como ya se estableció es innecesario en el tipo describir o introducir en sus elementos, y por lo tanto el elemento “ilicitud” es un elemento común y característico de todo delito.

El estandarte de la escuela clásica, Carrara define al homicidio como “*la destrucción de un hombre injustamente cometida por otro hombre*”, por su parte Vannini afirma que el homicidio se entiende como “*la muerte de un hombre causada por el comportamiento ilícito de otro hombre*”; Maggiore indica que “*homicidio es la destrucción de la vida humana*”.¹³³

Las definiciones anteriormente citadas por diversos autores coinciden en la parte medular definiendo al homicidio como la muerte causada a un hombre por otro de manera injusta e ilícita. Pero uno de los elementos normativos del cual me parece importante abundar es el de privación de la vida, por lo que primeramente se debe definir dicho elemento; gramaticalmente por lo que la Real Academia de la Lengua Española la define de la siguiente forma:

Vida. (Del lat. *vita*). 1. f. Fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. 2. f. Estado de actividad de los seres orgánicos. 3. f. Unión del alma y del cuerpo. 4. f. Espacio de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal o un vegetal hasta su muerte.¹³⁴

¹³³ Citados por ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. **Análisis lógico de los delitos contra la vida**. Editorial Trillas. Tercera Edición. México. 1991. p.77.

¹³⁴ <http://buscon.rae.es/drae/>

Así la vida es la condición interna esencial que categoriza, tanto por sus semejanzas como diferencias, a los seres vivos. En general es el estado intermedio entre el nacimiento y la muerte. Se define en biología como viva, la estructura molecular capaz de establecer un soporte material de transferencia energética homeostática, cuando es estimulada por el medio en condiciones favorables.¹³⁵

Por otro lado es necesario definir a la muerte así la Real Academia de la Lengua Española lo define de la siguiente manera:

Muerte. (Del lat. mors, mortis). 1. f. Cesación o término de la vida. 2. f. En el pensamiento tradicional, separación del cuerpo y el alma. 3. f. muerte que se causa con violencia. Lo condenaron por la muerte de un vecino.

Alfredo Achával citado por Olga Islas conceptualiza a la muerte como *“la definitiva e irreversible cesación de la última de las actividades autónomas objetivamente bien aseguradas: nerviosa, respiratoria o circulatoria”*; por su parte Jiménez Huerta sostiene que *“la muerte es un fenómeno fisiológico integral que sólo se produce cuando cesan las intercorrelaciones orgánicas funcionales de aquellos órganos que hacen posible las condiciones físicas y químicas del medio interno, esto es, cuando dejan de funcionar completamente el corazón, los pulmones y el cerebro... únicamente la muerte tisular, biológica, definitiva o integral entra en consideración en la plenitud del orden jurídico, para poder concluir que se ha extinguido o dejado de existir la vida humana”*¹³⁶.

Es así como el concepto de muerte se encuentra íntimamente relacionado con la cesación de las funciones vitales, siendo necesario apoyarse en la medicina, para obtener una definición legal.

¹³⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Vida>

¹³⁶ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. Óp. Cit. Nota 133. p 80.

Debido a dichas circunstancias hay que tomar en cuenta que la muerte se produce con la cesación de las grandes funciones vitales, aunque sigan funcionando algunos órganos, como sucede en el hígado en que sus funciones persisten aun tiempo después de la cesación de las grandes funciones vitales; por lo que la muerte para efectos jurídicos cuando la muerte es verdadera, completa, irreversible y absoluta; es la abolición definitiva y permanente de las funciones de los órganos aparatos y sistemas, o más brevemente, es el paro irreversible de las funciones cardiacas, respiratorias y cerebrales.

3.2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

Como se ha mencionado anteriormente la Teoría del Delito, es parte de la Dogmática Jurídico Penal, siendo está un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley, por lo que se ocupa del estudio de las características y elementos comunes, que debe tener cualquier ilícito, para que el hecho pueda ser considerado como delito.¹³⁷

Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, la Teoría del Delito está compuesta por elementos, comunes a todos los delitos, en este trabajo se toman como elementos de la Teoría del Delito los siguientes: Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad; aunque cabe mencionar que también se hace una breve referencia a la punibilidad debido al análisis en concreto que se hace acerca del delito de homicidio y sobre todo a la íntima relación que existe entre la punibilidad con el tema de la presente investigación.

¹³⁷ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 36,37.

3.2.1. CONDUCTA

La conducta es usada como sinónimo de hecho, acto y acción, pero sobre todo en México se tiende a ocupar la palabra de conducta; pero dichos términos en un sentido amplio son usados para designar a cualquier movimiento corpóreo.

Lo anterior en virtud de que para algunos causalistas el término acción comprende a su vez a la omisión; en cambio para otros, usan el término de conducta, hecho o acontecimiento, mismos que a la vez abarcan los conceptos de acción y omisión.¹³⁸

Cabe hacer mención al respecto de la concepción de la conducta en el sistema causalistas y en el finalista, así bien los casualistas conciben la acción de un modo naturalista, encontrando una relación primordial en la causa y efecto; siendo la acción para ellos un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, se interesan en el análisis de aspectos externos dejando de lado los internos; el resultado es lo más importante, se hace especialmente referencia al resultado, buscando en todo momento la causa y el nexo entre ésta y el resultado.¹³⁹

Por su lado los finalistas rechazan esta concepción de la acción, y propugnan con que la acción es actividad final, refieren que las normas penales que prohíben y ordenan conductas no se dirigen a simples procesos causales “ciegos”, sino a aquellos procesos causales dirigidos por la voluntad de un hombre, dirigidos a cierto fin.¹⁴⁰

De esta forma los finalistas no sólo analizan la relación de causalidad entre el resultado y la conducta, sino también toman en cuenta la intención del sujeto al momento de realizar la conducta.

¹³⁸ ORELLANA WIARCO. Óp. Cit. Nota 32. p 10.

¹³⁹ ORELLANO WIARCO Octavio A. Teoría del Delito. Decimocuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002. p.136,137.

¹⁴⁰ Ídem.

Así para Welzel “*La finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre pueda prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme su plan. Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes casuales en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad ciega*”.¹⁴¹

El esquema planteado por Welzel, vio su más dura crítica al plantearse la situación referente a que en los delitos culposos, ya que en el caso de la concepción final de la conducta solo son explicables aquellas conductas que van dirigidas a un fin en específico, contrario a lo que sucede en las dolosas en las que el fin perseguido por el autor resulta irrelevante. Ya que resulta claro que la finalidad en los delitos culposos no guía a la causalidad, sino más bien en la acepción de los delitos culposos, surgen sin una seguir la acción final establecida por Welzel de acuerdo a la violación de elementos normativos que tienden a regir la conducta humana.

Pero para ambas corrientes la acción es concebida como un movimiento corpóreo (comisión) o bien en un no hacer (inactividad u omisión propia); o en una combinación de ambos (omisión impropia u comisión por omisión) siendo que los primeros de ellos infringen una ley prohibitiva y los segundos un mandato.¹⁴²

Al respecto el autor Pavón Vasconcelos hace referencia a que la conducta, en este delito, consiste en los movimiento corporales realizados por un sujeto, al momento de disparar una arma, dar el golpe con el arma punzocortante, o bien de la inactividad, ya que el no hacer infringe el mandato de obrar.¹⁴³

Es así como el homicidio admite las siguientes formas de acción:

- a) La de comisión. (Actos positivos llevados a cabo por el sujeto activo)

¹⁴¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán Parte General**. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Onceava Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1997. P 53, 54.

¹⁴² DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 37.

¹⁴³ PAVÓN VASCONCELOS. Óp. Cit. Nota 132. p 8.

b) La de omisión impropia (comisión por omisión), en la que resulta indispensable la preexistencia de un deber garante, que impone a dicho sujeto la obligación de impedir la muerte; y con su infracción se llega al resultado material prohibido. V. gr. Cuando una madre abandona a su hijo recién nacido, produciendo su muerte, en este ejemplo la omisión se identifica con la prohibición de la norma que indica cuidar a los hijos, de los cuales se tiene la calidad de garante, por lo que al darse el resultado se viola la norma que prohíbe matar. Así se entiende que en los delitos de comisión por omisión es obligación del sujeto evitar la producción del resultado; el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 16 establece las condiciones para la procedencia de los delitos de comisión por omisión mismo que a la letra establece:

En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

I. Es garante del bien jurídico;

II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a). Aceptó efectivamente su custodia;

b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

La posición de garante se entiende como el presupuesto necesario para que la no evitación de un resultado pueda equipararse a su causación activa; así la Ley Penal no prevé en sus tipos penales como delitos de forma omisiva, sino de forma activa (al que prive de la vida) y solamente pueden ser realizados de forma omisiva por tener el sujeto activo del delito, una calidad de garante.¹⁴⁴

Cabe mencionar que el ser humano realiza en su vida un sin fin de acciones encaminadas a diversos fines, usando los más diversos medios para conseguir dicho fin, y muchas veces llegando al fin y a las consecuencias de llegar a dichos fines; pero para el Derecho Penal son importantes aquellas conductas del individuo que van encaminadas a la consecución de un delito y en su caso la consecución del mismo; o bien cuando dichas conductas no tienen ese fin pero los medios comisivos (violando normas de conducta) provocando resultados contrarios a derecho.

3.2.2. TIPICIDAD

Para iniciar el estudio del elemento denominado tipicidad; se debe de definir lo que es el tipo.

Para el Maestro Muñoz de Conde, el tipo *“es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”*¹⁴⁵.

El maestro Díaz Aranda refiere que los tipos penales son *“construcciones lingüísticas conformadas por oraciones que describen las constantes genéricas de un hecho para ser considerado como prohibido y la sanción a imponer a quien realice”*.¹⁴⁶

¹⁴⁴ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 323.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del Delito**. Tercera edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991. p 40.

¹⁴⁶ DÍAZ ARANDA, Enrique. **Teoría del Delito**. Editorial Straf. México. 2006. p 71.

Por su parte el autor Ojeda Gándara define al tipo como *“la terminante descripción que lleva a cabo el legislador del supuesto de hecho en una norma penal, es decir, el tipo, que es fundamental y esencialmente descriptivo, se ocupa de indicar cuál es la materia de la regulación de la norma penal, lo que significa que su tarea es conceptualizar las conductas que el legislador prohíbe u ordena para el adecuado mantenimiento de la convivencia social, mediante la protección de los bienes jurídicos más valiosos”*.¹⁴⁷

En palabras del maestro Malo Camacho a través del tipo penal el Estado expresa y establece claramente cuales conductas se encuentran fuera de la libertad de acción de los individuos, delimitando de esta forma el espacio social de acción, señalando que es lo que se estima contrario al interés social.¹⁴⁸

Ahora bien la importancia del tipo penal se encuentra reflejada en el artículo 14 constitucional que en su parte conducente establece: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*; con lo que se establece el principio *“nullum crime sine lege”*, de esta forma solamente los hechos debidamente tipificados, por la ley, pueden ser considerados como delitos.

Este principio consagrado resulta fundamental ya que de esta forma el tipo cumple, de una manera más eficiente, con las siguientes funciones.

- a) Función de garantía, sólo las conductas que se encuentran debidamente tipificadas, pueden ser sancionadas, misma función que como se ha mencionado anteriormente, fue llevada a la constitución. Aunque también requiere que el tipo este redactado de tal forma que se entienda cual es la

¹⁴⁷ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. Diferencias entre el dolo y la culpa. Editorial Porrúa. México. 2007. p 2.

¹⁴⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México. 1997. p 403.

conducta que pretende prohibir, es decir no debe de ser ambigua, a efecto de que el ciudadano conozca con exactitud la conducta prohibida.

- b) Función preventiva (advertencia), la cual consiste en la indicación que hace el legislador sobre las conductas que están prohibidas, mismas que se encuentran tipificadas, así dicha prevención intenta hacer que los ciudadanos se abstengan de realizar dichas conductas.
- c) Función represiva y motivadora, primeramente sancionadora de las conductas delictivas a través de la aplicación de la pena; y siempre que dicha aplicación se dé en todos los casos en que se cometa un delito, se dará la función motivadora.

El maestro López Betancourt refiere que la tipicidad es *“la adecuación de la conducta al tipo penal”*; así mismo dicho autor cita a Laureano Landaburu quien define a la tipicidad como *“la cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”*.¹⁴⁹

Básicamente la tipicidad es manejada por la mayoría de los autores como el encuadramiento de una conducta concreta realizada por un sujeto (activo) al tipo penal; así la diferencia básica entre el tipo y la tipicidad, es que el primero de ellos es un presupuesto del delito; mientras que el segundo encuentra su estudio como elemento del delito, aunque no se debe de dejar de lado la íntima relación que dichos elementos tienen entre sí ya que la tipicidad no puede existir sin el tipo.

La importancia de la tipicidad radica en que si no existe una exacta adecuación de la conducta al tipo penal, se afirma que no hay delito; por lo que en palabras del maestro López Betancourt no se debe de confundir la tipicidad con el tipo, la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito.¹⁵⁰

¹⁴⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Novena Edición Editorial Porrúa. 2001.p 117.

¹⁵⁰ Ídem. p 118.

Cabe aclarar que no se considera la existencia de prelación entre los elementos del tipo penal, es decir que exista una prelación de análisis entre los elementos objetivos, normativos y subjetivos; entendiéndose que todos ellos están al mismo nivel.

Elementos Objetivos

También conocidos como elementos descriptivos al respecto el Maestro Bustos Ramírez refiere que son “*Aquéllos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos*”.¹⁵¹

El Maestro Díaz-Arana refiere que “*Los elementos objetivos de la conducta-típica son aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, que los reconocemos a través de nuestros sentidos, es decir, los elementos objetivos son aprehensibles sensorialmente*” y se demuestran científico-naturalmente; señalándonos dicho autor que el estudio de los elementos objetivos se limita a establecer criterios generales, con los que se establece un primer juicio de la adecuación de la conducta a algún tipo penal.¹⁵²

Procediendo al análisis de estos elementos objetivos del homicidio se puede determinar:

Sujeto activo y pasivo.

El tipo penal del homicidio, contenido en el artículo 302 del Código Penal Federal y el 123 del Código Penal para el Distrito Federal, no hace referencia de calidades con respecto a los sujetos activos o pasivos en el homicidio.

Así el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal establece, “*Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión*”; ahora bien de la redacción anterior y en cuanto al sujeto activo (*al que*) se desprende

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual del Derecho Penal Parte General**, Ariel, Barcelona, 1989. p. 17.

¹⁵² DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 83 y 84.

que cualquier persona, siendo imputable, puede ser sujeto activo en dicho delito; y en cuanto al sujeto pasivo (*a otro*) se establece que el sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano desde el momento de su nacimiento, hasta antes de su muerte.

Bien Jurídico Tutelado

El bien jurídico tutelado en el homicidio es la vida, al respecto el Maestro Bernal Pinzón considera que el objeto jurídico del homicidio es *“la vida humana, ya sea varón, mujer, de una u otra raza, de cualquier credo o edad, de una u otra condición social o casta: ario o judío, o zulú, brahmán o paria, santo o bandido, hombre de genio o idiota, todos representan vidas humanas”*.¹⁵³

De lo anterior se puede inferir perfectamente que el tipo penal del homicidio tiende a proteger la vida sin importar la condición social, étnica, grado de estudios, utilidad social de la víctima, su religión, raza, sexo; ni la edad (es homicidio matar a un recién nacido como a un anciano); tampoco importa la vitalidad que tenga el sujeto (sin importar si se trata de un moribundo o una persona completamente sana); se protege la vida humana, el respeto a dicho bien jurídico que es el soporte necesario para el goce de los demás derechos y bienes tanto personales y materiales.

Pero no se debe considerar a la vida como un simple “bien jurídico” como creación del derecho; es la razón de ser de todos los derechos; la vida como valor es anterior al derecho, mismo que de ninguna forma lo crea ni simplemente lo reconoce, sencillamente regula su disfrute e intenta su protección; recordando que el derecho es un creación de la sociedad creada por el hombre;¹⁵⁴ concluyendo así que la vida es el bien supremo del hombre.

De esta forma el tipo penal del homicidio protege la vida contra los ataques (intencionales o culposos) que la aniquilan o la ponen en peligro (tentativa), a

¹⁵³ BERNAL PINZÓN. Óp. Cit. Nota 131. p 3

¹⁵⁴ GÓMEZ LÓPEZ. Óp. Cit. Nota 130. p 20.

través de la prohibición de dicha conducta (matar), y al prohibir el sistema jurídico dicha conducta, motiva el respeto la vida, a través de la amenaza de una sanción y en su caso con la aplicación de la sanción correspondiente.

Medios comisivos

En cuanto a los medios comisivos del homicidio, se puede decir que es un delito en el cual se puede realizar mediante las imaginables modalidades y formas comisivas, siempre y cuando el medio comisivo sea idóneo y capaz de producir la muerte.

Resultado y ataque al bien jurídico tutelado

El delito de homicidio es un delito de resultado material o bien de resultado;¹⁵⁵ este delito se caracteriza ya que se requiere que la acción vaya seguida de un resultado, mismo que resultan separables temporal y espacialmente; así mismo implica un cambio en el mundo exterior.

El delito de homicidio es de lesión, ya que la muerte, trae como consecuencia una lesión en el bien jurídico tutelado por la ley penal, implicando la destrucción del bien jurídico.

Circunstancias agravantes y atenuantes.

Antes de proceder a análisis las circunstancias agravantes y atenuantes del delito de homicidio, es necesario definir que es una circunstancia agravante y una atenuante; primeramente hay que mencionar que el legislador configura tipos penales en forma sencilla, es decir tipos básicos, y en relación con ellos, añadiéndoles diversos elementos, crea derivaciones típicas o tipos derivados.¹⁵⁶

Las derivaciones típicas, tienen su razón de ser en que el legislador, encuentra ciertas circunstancias comisivas debido a las cuales se tenía que

¹⁵⁵ La doctrina usa de acuerdo al resultado la clasificación; en delitos de resultado material y jurídico, o bien delitos de resultado y de mera actividad.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 338.

sancionar con una pena mayor o menor, ya que en el caso de las agravantes considera que por los elementos en que se desarrolla el ilícito son más reprochables por lo que aumenta dicha pena; en cambio en las atenuantes los elementos que agrega, merecen una menor pena por ser menos reprochables, por lo que merecen la aplicación de una consecuencia jurídica de menor magnitud a la del tipo básico.

En el caso del homicidio existen tanto circunstancias agravantes como atenuantes de las cuales se hará mención y un breve análisis.

Circunstancias agravantes.

Como ya se ha mencionado anteriormente el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal establece el tipo básico del homicidio, y partir del mismo al agregársele elementos se complementa y surgen así las agravantes

El artículo 138 del Código Penal para el Distrito Federal establece: “*El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria*”; por lo que se hará un breve análisis de cada una de dichas circunstancias agravantes.

a) Homicidio con ventaja.

El homicidio con ventaja refiere a la superioridad u condición favorable que una persona tiene respecto de otra, misma, que aplicada al delito de homicidio se infiere que al momento de cometerlo el sujeto activo tiene condiciones favorables con respecto al sujeto pasivo, lo que le da una superioridad.

Así el Código Penal para el Distrito Federal en la fracción I del artículo 138 establece que existe ventaja:

a) Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

b) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él;

c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; o

d) Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia.

Así la superioridad se manifiesta con la existencia de una fuerza física mayor del sujeto activo con respecto de la fuerza física del sujeto pasivo, por la superioridad en las armas empleadas, o la destreza en el manejo de ellas, por haber ocasionado que el sujeto pasivo no pudiera defenderse de un modo correcto, o bien por que el sujeto pasivo no pueda responder en virtud de encontrarse inerme o caído; así dicho precepto legal recoge los supuestos fácticos en la que existe ventaja.

También existe ventaja cuando el sujeto activo es más fuerte físicamente que el pasivo, aunque considero que dicha fracción no debería de entenderse simplemente como fuerza física, ya que hay ciertas disciplinas como artes marciales, en las cuales si bien la persona puede no ser tan fuerte físicamente, por el tipo de entrenamiento que reciben pueden propinar golpes que resulten más lesivos, por lo que en la fracción a, se deberían de agregar dichas circunstancias, que también significan una ventaja; por otro lado dicho fracción refiere para que opere la circunstancia agravante el sujeto pasivo no debe encontrarse armado, ya que si se encuentra armado se desprende fácilmente que la ventaja no existe.

De el segundo inciso se derivan tres diversas hipótesis; la primera de ellas se refiere a una superioridad en las armas empleados, lo que se debe de entender que la arma del activo sea de mayor poder; el segundo supuesto es si el sujeto activo, derivado de alguna instrucción especial, tiene un manejo superior en las

armas, circunstancia que sin duda alguna le da ventaja. Y por ultimo refiere a una mayor cantidad de personas que intervengan con el sujeto activo, circunstancia que por el número de personas que participan dejan en un estado de desventaja al pasivo.

El tercer inciso refiere a la actitud del sujeto activo al debilitar por algún medio, idóneo, la defensa del pasivo, lo que resulta en un menor grado de respuesta; y el ultimo inciso refiere a dos hipótesis, la primera de ellas contiene el supuesto de que el sujeto activo se encuentre armado y el pasivo desarmado (inerte), o bien que el sujeto pasivo se encuentre desfallecido y el otro de pie, circunstancias que generan una ventaja a favor del activo.

Aunque también dicho artículo establece las circunstancias en las cuales no se considerara la ventaja, siendo en las tres primeras la existencia de una defensa legítima, redacción que resulta desafortunada, en virtud de que dicha circunstancia es un elemento común de todos los delitos, misma que se estudiará más adelante como excluyente de antijuridicidad; y un segundo supuesto, aplicable sólo al último inciso, en el cual refiere que siendo el activo del delito el agredido, y de no haber aprovechado que el pasivo se encontrare desarmado o caído, pudiere resultar en peligro su vida, lo que también resulta una causa excluyente de antijuridicidad.

b) Homicidio con traición.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 138 fracción II, define que existe traición: *“Cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido, o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquél por las relaciones de confianza real y actual que existen entre ambos.”*

Para la existencia de la traición se requiere la violación de la confianza que la víctima tenía de su victimario derivada de una promesa realizada o bien por los lazos que los unen ya sea por relaciones de parentesco, gratitud, amistad; además se requiere que el sujeto activo use la confianza que el sujeto pasivo le tiene, para

por medio de esta pueda infligir la muerte, sin que el pasivo tenga elementos para evitar dicho daño, derivado, como ya se ha mencionado, de que el pasivo al confiar en el activo, piensa o tiene la certeza de que el mismo no le realizará ningún daño.

c) Homicidio con alevosía.

El Código Penal en la fracción III de artículo 138 establece que existe alevosía: *“Cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer”*.

Este precepto legal presenta tres hipótesis legales diferentes; la primera de ellas *“cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso”*, el cual requiere de dos elementos, sorprender de improviso e intencionalmente, así esta forma de alevosía, consiste en la acción no prevista que sufre la víctima, pero procurada y preparada por el sujeto activo; situación que deja a la víctima sin ningún medio para defenderse, mismo que es el requisito genérico en todas los tipos de alevosía; así dicho elemento se convierte en una indefensión del pasivo, contra el ataque del activo.

La segunda hipótesis refiere a *“empleando acechanza”*, por lo que primeramente resulta necesario definir y entender la palabra acechanza, pero antes de dicha situación hay que mencionar que el Código Penal para el Distrito Federal usa la palabra acechanza y el Código Penal Federal en el mismo orden usa la palabra asechanza, pero creo que se refiere al mismo elemento por lo que la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española es: *“engaño o artificio para hacer daño a alguien”*.¹⁵⁷

De esta guisa por acechanza se entiende a aquellos actos por medios de los cuales se forma un engaño o una trampa, para hacer caer en la misma a la

¹⁵⁷ <http://buscon.rae.es/drael/>

víctima y de esta forma sorprenderla para que no tenga manera de defenderse ni de evitar el mal. Así el empleo de la asechanza se encamina a producir sorpresa en la víctima para facilitar el fin de privarla de la vida al impedirle su defensa.¹⁵⁸

d) Homicidio con retribución.

La retribución se entiende como recompensa o pago de algo¹⁵⁹; el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 138 fracción V establece que: “Cuando el agente lo cometa por pago o prestación prometida o dada”.

Esta agravante del homicidio se encuadra, cuando al sujeto activo del homicidio es contratado para cometer el homicidio, ya sea por el pago en efectivo o cualquier forma de retribución, ya sea que se hubiere dado con anterioridad a la comisión del ilícito o bien si se le es prometida para entregársele después de dicha comisión.

e) Homicidio calificado por los medios empleados.

El artículo 138 fracción V establece que el homicidio se califica de acuerdo a los medios empleados, si los medios comisivos del delito son: inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva para la salud.

Se entiende por inundación, la acción ejecutada para privar de la vida consistente en cubrir de agua o cualquier otra sustancia líquida.

La segunda hipótesis refiere al uso del incendio como medio comisivo, dicho medio en el contexto del artículo referido se entiende como la producción de fuego en cosas que serán consumidas por dicho elemento, es decir producir un incendio con el propósito o fin de privar de la vida a una o varias personas.

El homicidio cometido por medio del uso de minas, bombas y explosivos, al igual que el homicidio por inundación e incendio, se presuponen premeditados, ya

¹⁵⁸ PAVÓN VASCONCELOS. Óp. Cit. Nota 132. p 181.

¹⁵⁹ <http://buscon.rae.es/drae/>

que el uso de minas, bombas o explosivos, genera la presunción de existir la premeditación en virtud de que dichos medios no se encuentran al alcance de cualquier persona, así para la obtención de dichos instrumentos se necesita su adquisición de los mismos, o de los elementos para su elaboración, así como la planeación del momento y lugar de la ejecución de dicho ilícito. Teniendo todos ellos en común en virtud de que por su uso se genera una explosión, lo que genera una gran peligrosidad debido a la magnitud y los daños que podría ocasionar, no solo al sujeto pasivo sino a otros sujetos y objetos materiales. Por último con respecto a este medio comisivo es necesario diferenciar entre bomba, mina y explosivo; siendo una bomba cualquier artefacto explosivo provisto del artificio necesario para que estalle en el momento conveniente; la mina es un explosivo provisto de espoleta, que, enterrado o camuflado, produce su explosión al ser rozado por una persona, vehículo, etc.; y explosivo es todo aquello que tiende a explotar.¹⁶⁰

Por cuestiones prácticas y su íntima relación se analizará conjuntamente el uso de veneno y de cualquier otra sustancia nociva para la salud; por lo que resulta necesario definir que es veneno, así la Real Academia de la Lengua Española lo define como: “sustancia que, incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades, es capaz de producir graves alteraciones funcionales, e incluso la muerte”.¹⁶¹

Por lo que se entiende por veneno cualquier sustancia tóxica que introducida al cuerpo humano, bien sea vía oral, digestiva, respiratoria o cutánea, que por las transformaciones que origina dentro del cuerpo, o bien dentro de determinado o determinados órganos puede producir de forma mediata o bien inmediatamente, una alteración orgánica, grave o no grave; dependiendo de la potencia, dosis y vía de penetración del veneno; que puede en algunos casos

¹⁶⁰ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁶¹ Ídem.

producir la muerte. Lo que se encuentra íntimamente relacionado con cualquier sustancia, que no se englobe como veneno, pero que genere el mismo resultado.

También el precepto legal en análisis establece como homicidio calificado, cuando se realice por medio de la asfixia o bien con tormento, siendo que las mismas se analizan conjuntamente, en virtud de que su agravante proviene de un mismo origen, el sufrimiento excesivo del sujeto pasivo antes de la muerte.

La muerte por asfixia se produce en virtud de la suspensión de la función respiratoria, misma que resulta inminentemente vital para el organismo; siendo que se origina la muerte por falta de oxígeno en el cuerpo, por lo que la asfixia puede tener diversos orígenes, ya sea por una simple estrangulación, por inmersión, la presencia de cierto tipo de gases en el aire, ahorcamiento, sofocación, etc., pero en este aspecto solo resultan importantes las que se originan por la conducta del ser humano.

Como se mencionó anteriormente, el uso de la asfixia como medio comisivo en el delito de homicidio resulta calificado en virtud del sufrimiento y desesperación que se origina durante la privación de la vida, aunado a esto, hay que mencionar que también el uso de este medio origina la imposibilidad de defensa y se ve una premeditación al momento de realizar la conducta, pero siempre existiendo dolo en la acción.

Con respecto al uso del tormento el maestro Pavón Vasconcelos establece que existe *“cuando la muerte o la alteración en la salud se realizan mediante la causación de dolores físicos injustificados que prolongan inútilmente la agonía de la víctima”*.¹⁶²

Por lo que el uso del tormento en la comisión del homicidio se entiende como el ensañamiento contra el sujeto pasivo, con la finalidad de hacer mayor y

¹⁶² PAVÓN VASCONCELOS Óp. Cit. Nota 133. p 230.

sensible su sufrimiento, así la agravante tiene su origen en el aumento deliberado e innecesario del dolor para prolongar su agonía.

f) Homicidio con saña.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 138 fracción VI establece que existe saña: “*cuando el agente actué con crueldad o con fines depravados*”, de la definición legal de saña se infieren dos supuestos normativos diferentes, que son diversos en su origen y el motivo que genera la agravante.

El primero de ellos referente a la crueldad, por lo que en términos de dicho artículo, se debe de entender que existe crueldad, cuando el sujeto activo del delito actúa sin tener un motivo que explique la agresión contra la víctima, conduciéndose con total desprecio para su integridad corporal, poniendo de manifiesto su personalidad proclive al delito, sus sentimientos abyectos y conducta sanguinaria, toda vez que al adecuarse al tipo hace gala de su crueldad.

El segundo elemento referente a cuando el homicidio se cause con fines depravados, al respecto el maestro Pavón Vasconcelos no dice que existen fines depravados cuando el sujeto activo desahoga “su insana pasión, su instinto grosero o su codicia incontrolable”; así el origen del impulso se encuentra en la perversión, en su corrupción moral.¹⁶³

g) Homicidio bajo estado de alteración voluntaria.

La ley establece en el artículo 138 fracción VIII del Código Penal en estudio, que existe estado de alteración voluntaria cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

El Diccionario de Lengua Española define ebriedad como la “*Turbación pasajera de las potencias, causado por exceso con que se ha bebido vino o*

¹⁶³ Ídem.

*licor*¹⁶⁴; así la ebriedad es el estado de intoxicación con alcohol a un grado suficiente como para deteriorar las funciones mentales y motrices del cuerpo, de lo anterior y de acuerdo a la legislación del Distrito Federal establece que una persona se puede considerar en estado de ebriedad cuando se tenga una cantidad de alcohol en la sangre superior a 0.8 gramos por litro o de alcohol en aire expirado superior a 0.4 miligramos por litro,¹⁶⁵ de acuerdo a lo estipulado por el Reglamento de Tránsito Metropolitano.

Ahora bien el Diccionario de la Lengua Española define a estupefaciente como: “*Sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad*”,¹⁶⁶ la Ley General de Salud, que si bien no define que es un estupefaciente, si da un listado de los mismos en el artículo 234 de la Ley General de Salud.

Por psicotrópico se entiende cualquier agente químico que actúa sobre el sistema nervioso central, lo cual trae como consecuencia cambios temporales en la percepción, ánimo, estado de conciencia y comportamiento

Una vez establecido las circunstancias lo referente al estado de embriaguez, y estableciendo las sustancias estupefacientes o psicotrópicas se entiende que cuando el homicidio se cometa bajo estas circunstancias será calificado, lo anterior resulta bastante interesante y tiene relación directa con la imputabilidad del sujeto y en específico con las *acciones liberae in causa*.

Las *acciones liberae in causa*, se establece por los canonistas, mismos que consideraron que el delito cometido en estado de ebriedad no debía castigarse por sí mismo, sino se debía castigar debido a la ebriedad que lo originó.¹⁶⁷

Por regla general se entiende que la capacidad o incapacidad de un autor para ser considerado culpable se da al momento de comisión del hecho, pero la *actio libera in causa (a.l.i.c)*, constituye una excepción a este principio, ya que en

¹⁶⁴ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁶⁵ Artículo 31 del Reglamento de Tránsito Metropolitano

¹⁶⁶ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁶⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa México 1978. p. 76.

la especie al momento de realizar sus actos el mismo resulta inimputable por encontrarse bajo “*el influjo de un trastorno transitorio*”, pero si era imputable al momento en que lo ideó o puso en marcha el proceso causal que originó la acción típica.

Para el maestro Daza Gómez, “*la acción libre en su causa, tienen su fundamento en que el sujeto activo, con anterioridad a la ejecución del hecho típico y antijurídico decide con plenitud de facultades la realización del ilícito, no resulta fundado argumentar, que al momento de la ejecución se encontraba en estado de inimputabilidad, pues, esto fue el resultado de una voluntad libre, por lo que pensamos que la culpabilidad por el hecho, que actualmente contiene nuestra legislación penal, facilita que al momento del juicio de reproche se tome en cuenta no sólo las circunstancias del sujeto activo sino las circunstancias anteriores, le eran o no reprochables*”.¹⁶⁸

Al respecto del delito culposo cometido en a.l.i.c. refiere el maestro Roxin que “*la infracción del cuidado debido puede también preexistir ampliamente siempre y cuando repercuta en la posterior realización del tipo*”, es decir el maestro Roxin establece que cuando una persona se emborracha o bien ingiere narcóticos, en virtud de ponerse voluntariamente bajo un trastorno transitorio puede generar la creación de riesgos no permitidos, situación por la que el derecho penal lo sanciona a pesar de encontrarse en un estado de inimputabilidad al momento de realización de la conducta típica.

Lo que resulta sumamente trascendental en este punto, es que la ley lo cualifica como agravante, establecido en la fracción VII del artículo 138 que establece: “*cuando el agente lo comete (homicidio) en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares*”; y del estudio realizado a todas las agravantes establecidas por el Código Penal para el Distrito Federal, se puede establecer que un rasgo común

¹⁶⁸ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 246.

a las mismas es que todas presuponen en su estructura la existencia de una conducta dolosa, y en la especie no necesariamente se encuentra dicha circunstancia ya que la acción en libre causa, se puede dar bien por una actuación dolosa, en la que el sujeto se convierte en un objeto para la realización de un fin; o simplemente por encontrarse bajo el influjo de drogas o alcohol, y por lo tanto en un trastorno transitorio y en virtud de dicho estado produce la muerte de una persona por imprudencia, generada por la intoxicación del sujeto.

Por último hay que señalar que la penalidad en el homicidio calificado es de 20 a 50 años de prisión.

Circunstancias Atenuantes.

a) Homicidio en riña.

La primera circunstancia atenuante en el homicidio es cuando se causa en una riña, el Código Penal del Distrito Federal establece que la riña es la contienda de obra entre dos o más personas con el propósito de causarse daño, así el primer elemento que contiene dicha definición legal, es la de contienda de obra, misma que se entiende como lucha física o material en la que los contendientes intercambian golpes, y el ultimo de elementos refiere a la finalidad de causarse daño, entendiéndolo éste como la finalidad de lesionar a su adversario, lo que denota una intención, que se traduce en la intención de los contendientes de lesionarse mutuamente, denotando un dolo de ambas partes.

Para la existencia de la riña, debe existir el ánimo, de los que intervienen en la misma, de participar en la contienda violenta, así debe de existir un reto o desafío de una de las partes (provocador) y la aceptación del otro (provocado). La penalidad aplicada en el caso de homicidio en riña, tratándose del provocador es de 4 a 12 años; y del provocado de 3 a 7 años de prisión.

b) Homicidio cometido en estado de emoción violenta

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 136 establece que *“existe emoción violenta, cuando en virtud de las circunstancias que desencadenaron el delito, se atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad del agente”*.

Se entiende a la emoción violenta al estado psicológico en el cual se afecta el ánimo del sujeto, originado por causas externas que impulsan al sujeto a cometer un ilícito, en la especie a matar, pero que derivado de dicho estado psicológico la conducta es menos reprochable, por lo que la pena debe de ser menor.

En el estado de emoción violenta la conmoción en el ánimo del sujeto activo del delito bloquea o inhibe su juicio; por lo que dicha inhibición lo deja en estado de imposibilidad de dominar sus impulsos. Dicha emoción violenta debe de ser originada por un hecho externo y por último que el origen del estado de emoción violenta y la comisión del delito se den en un mismo momento, es decir que estén unidos ya que de otro forma se trataría de una venganza y no de un estado de emoción violenta.

La penalidad aplicada a la persona que cometa homicidio en estado de emoción violenta corresponde una tercera parte de la penalidad que corresponda por la comisión del delito de homicidio.

Elementos Normativos

El maestro Díaz Arana establece que *“Los elementos normativos de la conducta típica son aquellos que requieren de una valoración cultural o jurídica para establecer si el hecho corresponde o no a la descripción prevista en el tipo penal, y a su vez divide los elementos normativos en expresos e implícitos”*.¹⁶⁹

Por su parte el maestro Maurach establece que los elementos normativos *“son aquéllos que pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o*

¹⁶⁹DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 88 y 89.

valorativo”; refiriendo que existen características normativas en el tipo, cuando el juez tiene la labor de llevar valorativamente ciertos términos con métodos de interpretación.¹⁷⁰

Dentro de los elementos normativos para la presente investigación, relacionados íntimamente con la culpa se encuentran la imprudencia, la negligencia, la impericia y la inobservancia de las normas.

Imprudencia

La palabra imprudencia proviene del latín *imprudens*, que significa ignorancia o inconsideración, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la imprudencia como “*la falta de prudencia, en este orden de ideas define la prudencia como templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio*”¹⁷¹; por lo que se entiende a la imprudencia como la falta de cautela y moderación, es decir aquella persona que en su actuar se conduce con falta de cautela y moderación; y por dichas circunstancias realiza un resultado típico.

Al respecto de la imprudencia el maestro Antonio Terragni, establece que la imprudencia es el defecto de prudencia, y ésta es una de las cuatro virtudes, que enseña al hombre a discernir entre lo bueno de lo malo, para actuar en concordancia. Es sinónimo de cordura, templanza, moderación en las acciones; supone sensatez, tacto, tino y sobre todo reflexión; así el imprudente realiza acciones que no ha meditado, por ello llega a omitir el cuidado debido, lo que lo conduce a obrar de manera arriesgada, precipitada o temeraria; así se puede concluir que imprudente es quien realiza una acción arriesgada, más allá de lo que le es dable admitir para no causar daños.¹⁷²

El maestro Fiandaca establece que la imprudencia consiste en la transgresión de una regla de conducta, de la que deriva la obligación de no

¹⁷⁰ MAURACH Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomos I. Ediciones Ariel. Barcelona España. 1962. p 64.

¹⁷¹ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁷² TERRAGNI Marco Antonio. **El delito culposo**. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. 1998. p 67, 68.

realizar una determinada acción, o de cumplirla con ciertas modalidades distintas a las observadas (no conducir en estado de mucho cansancio o en estado de ebriedad, o conducir observando las cautelas oportunas).¹⁷³

Negligencia

“Esta palabra proviene del latín neglectio, que significa olvido, ser negligente es obrar con retardo, o no obrar, o actuar abúlicamente, ante los deberes de hacer, el negligente se muestra negativo frente a su obligación de diligencia.”¹⁷⁴

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la negligencia como el descuido, falta de cuidado o falta de aplicación, es decir el actuar negligente debe entenderse, como aquel actuar en el cual no se tiene el debido cuidado al realizarse y por lo tanto como resultado de esa falta de cuidado se conlleva a la realización de un hecho típico.¹⁷⁵

*En “la imprudencia el autor tiene conciencia del resultado de su actuar, pero creyó poder evitarlo con una dinámica trunca, el negligente olvidó actuar con la diligencia debida, omitió la dinámica que evitaría el daño causado”.*¹⁷⁶

La negligencia aparece como un defecto de atención y de voluntad, así en la conducta negligente hay desidia, abandono, pereza, apatía, su contraria, la diligente, implica actividad, esmero, aplicación, atención; cualidades que requiere todo ciudadano para que no ponga en peligro bienes jurídicos tutelados, aunque esa atención, en materia penal, se ve relacionada necesariamente a conductas que puedan afectar a los bienes jurídicos tutelados.¹⁷⁷

¹⁷³ FIANDACA, Giovanni. **Derecho Penal**. Temis 2006. Bogotá, Colombia. 2006. p. 543

¹⁷⁴ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 344.

¹⁷⁵ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁷⁶ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 344.

¹⁷⁷ TERRAGNI Marco Antonio. Óp. Cit. Nota 172. p 69.

Impericia

La impericia es definida por el Diccionario de la Real Academia como falta de pericia, y a su vez define la pericia como sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.¹⁷⁸ De esta forma se infiere que existe impericia cuando en un actuar determinado que requiere de pericia el sujeto activo del delito, carece la experiencia ni habilidad necesarias para la realización de dicha actividad, y como consecuencia de dicha falta de experiencia se produce un resultado típico.

*Así “la impericia nunca ha sido tipificada en la norma genérica de la culpa, se aplicó a causa de la necesidad de exigir experiencia o habilidad para ciertas artes o labores que implican riesgo para los demás, como son la conducción de vehículos, el manejo de máquinas, la práctica de la medicina entre otras”.*¹⁷⁹

Inobservancia de reglamentos.

Este elemento normativo proviene de la que en la vida actual es necesario, regular la ejecución de algunas actividades que por sí mismas resultan peligrosas, ya que sin una debida regulación las mismas serian dañinas en exceso para la sociedad, por lo que se crean normas y reglas a seguir; de esta guisa la inobservancia de la reglamentación es la reafirmación normativa de la necesidad de obrar con la diligencia, prudencia y pericia.

Así cuando la conducta a seguir se encuentra reglamentada o se sujeta a deberes determinados específicamente por una norma legal, el dejarlos de acatar puede ser la razón de que se acude al tipo, pero además de la inobservancia de los reglamentos esté conectada con el resultado al que la ley refiere, es decir no basta con la violación del reglamento sino que el resultado típico debe de acontecer por la falta de acatamiento.¹⁸⁰

¹⁷⁸ <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁷⁹ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 345.

¹⁸⁰ TERRAGNI. Óp. Cit. Nota 173. p 72

Nexo causal

Para imputar un resultado a una conducta, ya sea de acción o de omisión, debe existir una causalidad; así el nexo causal es el elemento que permite determinar si un resultado se puede imputar a la conducta del sujeto activo.¹⁸¹

Como se ha mencionado anteriormente, el homicidio es un delito de resultado, producido por la conducta (acción u omisión) de un sujeto. El nexo causal sirve para determinar conforme a las reglas generales si el resultado producido le es imputable a la conducta del sujeto activo del delito. Situación que no acontece en los delitos de mera actividad donde el nexo causal se agota en la subsunción en los elementos del tipo correspondiente. Por lo que en el delito de homicidio cobra importancia el nexo causal.

Al respecto el Maestro Pavón Vasconcelos menciona para poder imputar a un determinado sujeto, el acontecimiento de la muerte, debe existir entre éste y la conducta un nexo de casualidad; lo que se traduce que la conducta debe producir la muerte de un semejante, es decir sólo es posible atribuir a un sujeto la muerte de otro, cuando es consecuencia de su actuar u omitir.¹⁸²

Como un caso sui generis en el delito de homicidio, el Código Penal para el Distrito Federal establece las bases para la relación de causalidad:

ARTÍCULO 124. Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión.

El artículo anterior da los elementos para resolver el nexo causal del homicidio, estableciendo la relación entre la consecuencia de la muerte y la lesión inferida, por lo que primeramente resulta necesario definir lo que es una lesión.

¹⁸¹ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 91.

¹⁸² PAVÓN VASCONCELOS. Óp. Cit. Nota 132. p 11.

El artículo 130 de Código Penal para el Distrito Federal define a la lesión como “*un daño o alteración en su salud*”, la Organización Mundial para la Salud define a la lesión como toda alteración del equilibrio biopsicosocial; y así se entiende por lesión cualquier cambio anormal en la morfología o estructura de una parte del cuerpo producida por un fenómeno externo o interno. Ahora bien las lesiones producen una alteración de la función o fisiología de órganos, sistemas y aparatos, trastornando la salud.

Hay que señalar que para el artículo 124 del Código Penal para el Distrito Federal solo son relevantes las lesiones producidas por otra persona, siempre y cuando las mismas resulten mortales, es decir solamente cuando dichas lesiones causen la muerte de acuerdo a la causalidad dada por el citado precepto legal.

Continuando con el análisis de la causalidad en el homicidio establece tres supuestos diferentes en el que se considera como mortal una lesión:

- a) Cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados.
- b) Cuando la muerte es consecuencia inmediata de la lesión causada.
- c) Cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión.

Por lo que existen tres supuestos diferentes, dentro de los cuales se puede desprender perfectamente que en el caso del homicidio se recoge la teoría de la equivalencia de condiciones, misma que otorga ese carácter a toda condición que concurra a la producción del resultado, ya que es lógico que la lesión producida, sus consecuencias inmediatas o las complicaciones determinadas por la lesión, constituyen condiciones causales y por ellos son causas de la producción del resultado.

La primera hipótesis “*cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados*”, establece que si de la conducta, se origina el daño de uno o varios órganos, del sujeto pasivo, y derivado de estos daños se produce la muerte del sujeto pasivo, estableciendo un nexo causal no

inmediato, ya que el suceso de la muerte se produce posteriormente a la lesión inferida; pero el nexo causal, inminentemente natural, requiere que la muerte se derive como consecuencia de las lesiones causadas a los órganos afectados.

La segunda hipótesis “*cuando la muerte es consecuencia inmediata de la lesión causada*”, establece la existencia de un nexo causal muy sencillo, que se da en el supuesto establecido por dicho artículo ya que si al momento de recibir una lesión se produce inmediatamente la muerte del sujeto pasivo, el nexo causal no tiene mayor problema al no estar separados temporalmente entre la conducta del sujeto que genera una lesión, y como producto de esto el resultado muerte, por lo que la existencia del nexo causal resulta evidente.

La última de la hipótesis “*cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión*”, refiere a que existe nexo causal cuando derivado de la conducta del sujeto activo, se genere una lesión de la cual surja una complicación que no se hubiera podido evitar.

Elementos Subjetivos

En un inicio la Teoría del Delito estableció que la tipicidad solamente se contenía por elementos objetivos, pero conforme la evolución de la misma se vio cortada dicha idea y se estableció la idea de la división objetiva y subjetiva del tipo; de esta forma la parte subjetiva está compuesta por el dolo, la culpa y en algunos supuestos los elementos subjetivos del tipo.¹⁸³

Lo anterior es entendible en virtud de que todas las acciones u omisiones humanas contenidas en el tipo son procesos causales que deben de entenderse de acuerdo a la voluntad (dolo) o a la violación de normas de cuidado (culpa), pero dichos procesos causales sólo son comprensibles a nivel de la tipicidad no pudiendo entenderse y aun más estudiarse a nivel de culpabilidad como sucedía en el casualismo.

¹⁸³ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 122.

Este cambio tan radical surge con el maestro alemán Hans Welzel, quien en su teoría final de la acción establece que el tipo ya no solo estaba compuesto por elementos objetivos-descriptivos y excepcionalmente elementos subjetivos distintos al dolo, sino que todos los tipos penales encontraban un tipo subjetivo conformado por el dolo o la culpa.

Pero aun antes de que el maestro Welzel elaborara tan importante obra, se dio el nacimiento de la parte subjetiva del tipo, con la inclusión de ciertos elementos del tipo que difieren de la naturaleza objetiva del tipo, es decir con el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, que en un principio se ubicaron sistemáticamente en la antijuridicidad, pero con la evolución de la Teoría del Delito se determinó que dichos elementos subjetivos excluyen propiamente la tipicidad de la conducta y no es necesario llegar hasta el análisis de su antijuridicidad.¹⁸⁴

Dichos elementos subjetivos fueron un parte aguas en la Teoría del Delito, ya que se rompe con el sistema causalista, mismo que sostenía la existencia de elementos netamente objetivos en el injusto y subjetivos en la culpabilidad, ya que de esta forma el tipo penal, y por consiguiente el injusto no está conformado solamente por elementos objetivos, sino también por elementos subjetivos.

El maestro Claus Roxin¹⁸⁵ establece las siguientes razones a favor de la ubicación sistemática del dolo y la culpa en el tipo:

- *“Si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de la pena del correspondiente delito no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo: desde ese punto de vista unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes. E igualmente las formas de la autoría que describen al autor típico, están restringidas a la comisión típica dolosa y sin ella pierden su sentido”.*

¹⁸⁴ DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo. Tercera edición. Editorial Porrúa. México. 2001. p 25.

¹⁸⁵ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 308 y 309.

- La tentativa de realizar un tipo presupone un dolo. Si en el delito intentado el dolo pertenece al tipo, entonces no conviene que en el delito consumado sólo sea relevante desde el punto de vista de la culpabilidad. Ahora bien comenta Roxin que en la fase de la tentativa el dolo pertenece al tipo y la mayoría de los delitos pasan por esta etapa, es contradictorio que al momento de la consumación el dolo desaparezca del tipo, quedando claro que lo que distingue la tentativa de la consumación, es la falta de resultado, por lo que no se pueden fundamentar de diversa manera los delitos consumados con dolo y los referentes a la tentativa.
- Refiere que la mayor parte de las descripciones típicas están descritas por verbos concebidos de modo final, y de estos verbos concebidos en acción final dan al tipo elementos parciales de dolo, se debe de reconocer al dolo como componente del tipo.
- La existencia de elementos subjetivos en el tipo como “*el ánimo de dominio*”, no son ni total ni parcialmente idénticos al dolo, pero en todo caso presuponen la existencia del mismo, ya que quien toma una cosa sin ánimo de dominio no comete robo por la falta de existencia del dolo, por lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, también ha de pertenecer a este.

Una vez que se ha intentado justificar porque sistemáticamente el dolo y la culpa, se encuentran a nivel de tipicidad y no como formas de culpabilidad se procede al estudio de cada uno de ellos.

3.2.2.1. EL DOLO

Cabe aclarar que uno de los elementos más estudiados y más difíciles de definir en la dogmática penal es el dolo, primeramente se debe mencionar que en

la presente investigación se concibe al dolo, como dolo de tipo, difiriendo del *dolus malus*, utilizado en el sistema causalista, por lo que en este punto el dolo no requiere la conciencia de su significación antijurídica, misma que se reserva para la culpabilidad.

Una vez realizada esta mención es necesario definir primeramente lo que significa el dolo, para lo que se acude a definiciones de diversos autores, para posteriormente establecer sus elementos y finalmente dar una sucinta referencia de los tipos del dolo.

Así el alemán Hans Welzel concibe al dolo como *“la voluntad de acción orientada a la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo”*¹⁸⁶; de esta forma el dolo está compuesta por dos elementos, el primero de ellos la conciencia de lo que se quiere (elemento intelectual) y la decisión al respecto de querer realizarlo (elemento volitivo), por lo que el dolo está compuesto conjuntamente de estos dos elementos. Así *“el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo”*.¹⁸⁷

Al respecto de esta concepción el maestro Díaz-Arana establece que para Welzel el requisito fundamental del dolo no es la voluntad tendiente a la realización del resultado típico, pues requiere además que dicha voluntad sea capaz de realizar el tipo, de esta forma no se podría imputar como dolosa la conducta *“del sujeto que va al cine con la intención de matar a su víctima a través de pinchar con alfileres un muñeco parecido a ésta”*, ya que dicha conducta no es capaz de realizar el tipo. Así el dolo requiere además de la voluntad de provocar un resultado, la posibilidad real de que la conducta dirigida pueda alcanzar dicho fin. Por lo que de lo anterior se entiende la existencia de tres elementos de la

¹⁸⁶ WELZEL, Hans. Óp. Cit. Nota 141. p 87.

¹⁸⁷ WELZEL, Hans. **Teoría de la Acción Finalista**. Editorial B de F. Montevideo 2005. p 77.

conducta dolosa, un factor de orientación hacia lo inminente, un factor que se refiere a lo que se quiere hacer y un objetivo que tiene ese querer.¹⁸⁸

Para Maurach es *“el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo”*, de esta forma considera *“que el dolo se presenta como la voluntad de la acción dirigida al resultado; el dolo no es más que finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo”*.¹⁸⁹

El maestro Sebastián Soler citado por Juan H. Sproviero, refiere que *“existe dolo no solamente cuando se ha querido el resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ellos se ha obrado”*¹⁹⁰.

Así para el finalismo *“el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto”*.¹⁹¹

Por otro lado el maestro Claus Roxin establece que la esencia del dolo como *“la realización de un plan”*, explica que debe de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva.¹⁹²

De lo anterior se puede establecer que en el dolo existe la concurrencia de los elementos de conocer y querer el tipo penal, estableciendo que dichos elementos se encuentran intrínsecamente incluidos en la concepción de dolo del maestro Roxin, ya que *“la realización del plan”*, incluyen necesariamente los elementos conocer y querer el tipo penal, mismos que se elaboran a través de la ejecución del hecho típico, por lo que involucran de cierta forma la *“realización de un plan”*.

¹⁸⁸ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 149, 150.

¹⁸⁹ MAURACH. Óp. Cit. 170. p 302.

¹⁹⁰ SPROVIERO, Juan H. **Delito de homicidio**. Editorial La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1996. p. 35

¹⁹¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Tercera Edición. Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona. 1990. p 45.

¹⁹² ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 416, 417.

Una vez establecido lo anterior se procederá al estudio de los elementos del dolo teniendo al primero de ellos el conocimiento, aclarando que dicho conocimiento no es entendible como conocer el tipo penal y sus elementos situación que sería imposible para la mayor parte de la población.

El maestro Daza Gómez refiere que el elemento cognoscitivo ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo, sobre la conciencia de las circunstancias que lo integran, así mismo cita al maestro Gómez Benítez quien establece que “*el momento cognoscitivo comprende: el conocimiento real y actual de la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo; del curso causal en condiciones de imputación objetiva del resultado*”.¹⁹³

Ahora bien como ya se mencionó el dolo no requiere del conocimiento del texto de la ley, sino que el sujeto activo del delito conozca las circunstancias en las cuales está realizando su conducta; así el sujeto no necesita conocer el artículo de la ley donde se describe su conducta como prohibida, solamente requiere que tenga conocimiento de la situación en la que está actuando, y en la especie que sepa que está “asesinando” o “matando” a una persona para poder configurar la parte cognoscitiva del dolo.

Ya que es imposible pedir a un ciudadano promedio que conozca todos los elementos objetivos y normativos del tipo penal, sino solamente “*una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador*”¹⁹⁴.

De esta forma basta con que el sujeto activo del delito conozca o sepa que está privando de la vida a otro, para darse el elemento cognoscitivo del dolo en el delito del homicidio.

El segundo de los elementos, el más difícil de estudiar, que conforma al dolo es el elemento volitivo o intencional, es decir el “querer”, por lo que

¹⁹³ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 125.

¹⁹⁴ JESCHECK citado por DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 158.

primeramente es necesario definir lo que es “querer”, para esto como a lo largo de la presente investigación, elemento que el Diccionario de la Lengua Española, lo define como: “Desear o apetecer. Tener voluntad o determinación de ejecutar algo. Resolver, determinar. Pretender, intentar o procurar”.¹⁹⁵

A este respecto Gómez Benítez refiere: *“querer es la realización del tipo es algo más que desearlo. La voluntad presupone no sólo un previo momento cognoscitivo, sino además una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo”*.¹⁹⁶

De lo anterior se establece la primera premisa para entender el elemento volitivo del dolo con respecto del “querer”; ya que se puede querer realizar una acción o bien se puede querer un resultado, por lo que hay que establecer si para el elemento volitivo del dolo lo importante es el “querer” realizar una acción o bien si lo fundamental es el “querer” nuestro fin, es decir, el resultado deseado. De esta premisa se puede establecer primeramente que ambos son elementos queridos, es decir las acciones se realizan porque la voluntad así lo deseo (dejando de lado los casos la ausencia de conducta); pero por otro lado también es obvio que la obtención de nuestros fines también son queridos.

Ahora bien lo que importa para la configuración del dolo, es el “querer” obtener un resultado, es un “querer” final, y no un querer actuar; por lo que esta voluntariedad del dolo inicialmente se debe de establecer como anteriormente se mencionó es querer la realización de los elementos objetivos del tipo, a través de la obtención del resultado, es decir en el caso que ocupa es querer matar o asesinar a alguien.

Pero esta primera aproximación del elemento volitivo es insuficiente ya que como, a continuación se expone ese querer obtener un resultado, no es suficiente, pero si la base del dolo, ya que hay casos en los que no se quiere como tal ciertos

¹⁹⁵ <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁹⁶ Citado por DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 126.

resultados pero si se aceptan los mismos, es aquí donde entra el estudio de los tipos de dolo. Por lo que el “querer” se entiende como la intención (propósito) es la persecución dirigida a un fin del resultado típico.

Así para Welzel citado por el maestro Díaz Arana *“tanto el resultado como los resultados necesarios y los accesorios, al momento de ser previstos por el autor y aceptarlos para conseguir su fin, se consideran como abarcados por su intención final, y por tanto su comisión dolosa”*¹⁹⁷

En este orden de ideas el maestro Claus Roxin establece ciertos lineamientos que van más allá de la simple voluntariedad reflejada como un “querer” de un hecho típico, así no se debe significar el motivo, o la finalidad última del sujeto, sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para fines ulteriores de otra índole. Por lo que también resulta intencional aquello que el sujeto activo realiza de propósito o como medio para ulteriores fines.¹⁹⁸

De esta manera concluye *“se puede decir por tanto: los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa”*.¹⁹⁹

Dolo Directo (dolo directo de primer grado)

En el dolo directo, el autor de un hecho quiere precisamente el resultado prohibido en el tipo o la acción típica. V. gr quiere privar de la vida a alguien y por medio de un disparo en la cabeza lo mata.²⁰⁰

Por su parte Roxin establece que el dolo directo se puede considerar como sinónimo de intención o el propósito del autor²⁰¹, así obra con dolo directo el que

¹⁹⁷ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146.p 163.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 419.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 127.

²⁰¹ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 415.

quiere realizar una conducta a efecto de provocar un resultado específico (la muerte de alguien) y el fin perseguido sucede (mata a la persona).

Dolo Indirecto (dolo directo de segundo grado)

En el dolo indirecto se produce un hecho típico indisoluble unido a la realización de un hecho principal directamente perseguido (predominio del elemento cognitivo), el resultado secundario es consecuencia necesaria de la acción principal.²⁰²

Por lo que en el dolo indirecto o también conocido como dolo directo de segundo grado; el sujeto activo se representa un “querer” es decir la realización de un tipo, y aunque existan consecuencias que no agraden a dicho sujeto, estas consecuencias son asumidas en la voluntad del sujeto aunque este no tenga el interés en la realización de las mismas. Así en un sentido estricto la intención también abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción se percata el sujeto activo ocasionándolas conscientemente.²⁰³

De esta manera se entiende al dolo indirecto, como la realización de tipos penales como consecuencia accesoria, previstas como inminentes o probables, pero aceptadas por el sujeto activo del delito, para la obtención de un fin primordial; y por lo tanto asumidas a la voluntad principal del sujeto. V. gr. A quiere privar de la vida a B, y por lo tanto planta una bomba en su coche, sabiendo que el mismo es conducido por C, en este caso resulta evidente que A quiere dolosamente matar a B, y que su deseo no es matar a C; en este caso conoce claramente que en el coche va C y es probable o evidente que C muera, aceptando dicha circunstancia. Así explota la bomba y obtiene lo “querido” matar a B (dolo directo), pero también en la explosión muere C, encontrándonos que la

²⁰² DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 127.

²⁰³ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 423.

muerte de C también es dolosa (dolo indirecto) por que asumió las consecuencia posible de matar a C.

Dolo eventual

Dentro del dolo uno de los elementos más difíciles de conceptualizar es el dolo eventual y su diferenciación con la culpa consiente, la importancia práctica de establecer criterios de la diferenciación entre ambas se encuentra al momento de la aplicación de la pena al sujeto activo del delito, ya que la pena impuesta por la comisión de un homicidio doloso es superior al de una homicidio culposo. Cabe aclarar que el desarrollo dogmático del dolo eventual y la culpa consiente es muy extensa, y requiere de una ardua investigación, incluso podría llegar a ser tema de una tesis, pero dicho estudio sobrepasa los límites del presente, la cual se ve referida al homicidio culposo y su sanción, pero por la estreches del dolo eventual con la culpa consiente sería un error hacer caso omiso a dichos elementos, por lo cual solo se realiza una breve exposición, aclarando de ésta se convierte en una mera aproximación a dichos elementos.

Debido a lo anterior y la importancia de la diferenciación del dolo eventual y la culpa consiente, es necesario abarcar dichas partes, a efecto de determinar su diferenciación; aunque el estudio de la culpa consiente más a fondo se realizará en un punto posterior de la presente investigación.

La problemática medular del dolo eventual radica en la forma de imputar las consecuencias concomitantes que no son reconocidas por el sujeto y por tanto no son queridas, es así que surge la primera pregunta debido a que como es posible imputar a un sujeto lesiones a bienes jurídicos derivados de las consecuencias concomitantes que no corresponden con el fin buscado por el autor al desplegar su conducta.

Hay que hacer notar el dolo eventual y la culpa consiente tienen un mismo punto de partida, en ninguno, el sujeto activo, desea el resultado, pero en ambas

se reconoce la posibilidad de producirlo, por lo que desde este punto de partida es difícil o bien imposible establecer su diferenciación.

La característica del dolo eventual es que el actor no busca la realización de una conducta para provocar la lesión del bien jurídico que resulta dañado, ya que de buscarlo se estaría ante un dolo directo, y tampoco es segura la producción del resultado y, aunque no lo quiere lo acepta en de todas formas como sucede en los supuesto de dolo indirecto.

Como primer punto de acercamiento al dolo eventual el maestro Daza establece que en este tipo de dolo el sujeto activo se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando y se advierte la eventual producción.²⁰⁴

Situación que no deja muy clara la diferencia con la culpa consiente, ya que como se refiere con anterioridad, tanto en la culpa consiente como en el dolo eventual, tienen como punto de partida que no desean la realización del resultado accesorio, pero reconocen la probabilidad de producirlo; siendo el segundo punto dado por el autor el que quizá tome más importancia para un primera acercamiento a la diferenciación, que continua actuando y de dicha actuación se advierte el daño a un bien jurídico. Aclarando que también en la culpa consiente sucede la producción de afectación de un bien jurídico tutelado.

Considero que a este respecto la mejor teoría para su explicación es la dada por el maestro Claus Roxin, misma que se ha mencionado, y en este momento se profundizará, y que establece el dolo como la “*existencia de un plan*”; señalando desde este momento que la culpa es “*negligencia o ligereza*”. Por lo que el primer elemento que habría que considerar para la diferenciación de ambas es que si el sujeto activo del delito actuó de una forma irreflexiva, o bien si se da cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente un resultado.

²⁰⁴ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 127.

Así Roxin establece que *“quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente, aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo, en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta decisión por la posible lesión es la que diferencia al dolo eventual de la culpa consiente”*.²⁰⁵

De esta guisa si bien en un inicio el dolo eventual y la culpa tienen un mismo punto inicial, que es el conocimiento de las posibles consecuencias, pero la diferencia entre ambas es que en la culpa consiente no existe una decisión en contra de un bien jurídico típicamente protegido y en el dolo si existe una decisión de afectar un bien jurídico tutelado, aunque la afectación inminentemente se refleje a bienes jurídicos de los cuales no se deseaba el daño.²⁰⁶

A este respecto el maestro Díaz Arana refiere que para Roxin *“el dolo debe ser entendido como la realización del plan del sujeto y un resultado podrá ser valorado objetivamente, si cumple con el plan del sujeto”*.²⁰⁷

Ahora bien lo importante para determinar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consiente es determinar si el sujeto ha decidido, “querer” ir contra un bien jurídico tipificado, a este respecto el maestro Díaz Arana²⁰⁸ establece los siguientes criterios:

1. Si el sujeto activo adoptó las medidas necesarias para evitar el resultado lesivo.
2. Si el sujeto activo tomó en serio la posibilidad de provocar el resultado.
3. Si desde una valoración ex ante (con anterior a la comisión del delito) del hombre medio se puede considerar que la conducta

²⁰⁵ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 425.

²⁰⁶ Ídem. 426.

²⁰⁷ DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. Nota 184. p 163.

²⁰⁸ DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. Nota 146. p 185.

representaba una elevada probabilidad de lesión para el bien jurídico tutelado.

En este punto se puede establecer que el dolo eventual existe cuando existe la voluntad (querer) de lesión de un bien jurídico tutelado y que conforme a dicha voluntad (plan) produce un resultado típico diferente, aunque no querido, este último se encuentra asumido a la voluntad del que actúa y por lo tanto se ha convertido en parte integrante del plan. Por lo que actúa con dolo eventual aquel sujeto que cuenta seriamente con la posibilidad de la realización de un tipo penal, pero a pesar de ello continua actuando para alcanzar el fin perseguido y se resigna a la eventual realización de un delito diferente.²⁰⁹

Ahora bien aterrizando las ideas anteriores sobre el dolo hay que establecer que el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal establece: “*Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización*”.

De esta forma por la definición anteriormente referida, la conducta dolosa no se limita a “querer” el resultado típico, “desearlo”, “aprobarlo”, sino también “aceptarlo”, aunque no esté de acuerdo con el mismo. Así obra dolosamente el autor que quiere el resultado específico sino también el que se sabe que esta es una consecuencia necesaria de su obrar o es muy probable que lo produzca si sigue con su conducta.²¹⁰

Dicho artículo establece que obra dolosamente quien tiene el conocimiento de que su conducta es prohibida (conocimiento) y queriendo su realización o bien quien previendo como probable el resultado típico lo acepta. De esta manera se puede establecer que el elemento cognitivo y el elemento volitivo, se encuentran

²⁰⁹ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 427.

²¹⁰ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 145. p 164.

dentro de la legislación, como elementos del mismo, de lo anterior se establece la existencia del dolo directo y eventual, englobadas todas ellas dentro del dolo.

3.2.2.2. LA CULPA

A diferencia de lo que sucede con el dolo, la culpa ha sido dejada de lado por los estudiosos del Derecho Penal, de cierta forma ha sido tratada como la hijastra de la dogmática jurídico penal; hasta tiempo recientes donde se le ha puesto más énfasis a su estudio.

Este cambio e interés actual de la culpa se debe principalmente al aumento de los delitos imprudenciales que tienen una íntima relación con la evolución tecnológica, ya que entre más adelantos técnicos y más fuerzas de la naturaleza son empleados por el ser humano, más peligros se crean; y la sociedad con la finalidad de aprovechar estos avances ha aceptado la creación de dichos peligros por lo que en la práctica se han presentado más delitos culposos.

Lo anterior aunado con la actual dinámica social del hombre, misma que lo coloca de manera constante en la posibilidad de cometer conductas precipitadas e irreflexivas con resultados dañinos para la sociedad ha originado que la doctrina empiece a poner un mayor énfasis al estudio de los delitos culposos.

La importancia de los delitos culposos radica en que una sociedad primitiva podría sobrevivir con el castigo de los delitos dolosos; pero una sociedad moderna debe de estabilizar un mínimo de cuidados en los contactos sociales, por ser necesarios para la pervivencia y desarrollo de nuestro sistema social, de esta forma se deben de establecer ciertos niveles de cuidado con conductas que pudieran afectar ciertos bienes preponderantes a la sociedad (en el caso en

concreto la vida), y de no ser así no se podría llevar una vida como es concebida hoy en día.²¹¹

Al respecto del estudio de los delitos culposos el maestro Claus Roxin quien comenta en su obra que *“no obstante la intensidad de los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no se ha producido aún tanto consenso y claridad dogmática que en los delitos dolosos. Sin embargo la imprudencia se puede considerar trazada en sus rasgos fundamentales”*.²¹²

En nuestro sistema jurídico los delitos culposos solo son punibles cuando la ley conmina expresamente con una pena una actuación imprudente, así el Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 19 establece: *“los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley”*; y por su parte el artículo 76 establece: *“sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123...”*, por lo anterior el homicidio es punible cuando se comete culposamente.

Al ser tema central de la investigación el homicidio culposo, y por lo tanto la culpa uno de los puntos medulares del presente trabajo de investigación se profundizara un poco más sobre la misma, pero me gustaría citar lo que Carrara citado, por el maestro Wiarco establece *“que el individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes”*.²¹³

De lo anterior se desprende que el hombre en su actuar tiene la obligación de conducirse en su esfera con la debida prudencia y diligencia, con la finalidad de evitar causar daños a terceras personas o bien a su esfera jurídica, y cuando el sujeto se conduce fuera de la debida prudencia y diligencia causando un daño a un bien jurídico tutelado, comete un delito culposo.

²¹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Resultado lesivo e imprudencia**. Editorial José María Bosch. Colombia. 2003. p. 279.

²¹² ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 997.

²¹³ ORELLANA WIARCO. Óp. Cit. Nota 139. p 55.

En un primer acercamiento a la culpa es de referir que el maestro Jiménez de Asúa la define como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso.²¹⁴

Respecto de la culpa primeramente hay que establecer y justificar su ubicación en la estructura típica, ubicación que es el resultado de un largo proceso, paralelo al de la emigración del dolo de la culpabilidad al tipo.

La culpa se debe de estudiar a nivel de tipo, mencionando como primer elemento que la inobservancia del cuidado debido, propia de los delitos culposos, es un elemento del tipo, ya que si los tipos penales se encuentran basados en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador, entonces esa norma no prohíbe la mera causación, sino una determinada conducta que es contraria al cuidado debido. Otra circunstancia que sostiene esta ubicación es que la culpa presupone para la imputación de una conducta culposa, se requiere la realización de un peligro que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma, mismo que se encuentra en el tipo; al igual que la existencia de riesgos permitidos, situados en la tipicidad, marcan el límite para la existencia de la culpa, ya que lo que se encuentra amparado por un riesgo permitido no solo no se refiere a la existencia de culpa, sino incluso hace que la tipicidad desaparezca.²¹⁵

Resulta necesario establecer que los tipos culposos son tipos abiertos, que requieren de la norma de cuidado que los complete, y se acude a una disposición o norma de carácter general, que no se encuentra en el mismo tipo; situación que tiene su origen en una deficiente legislación, sino ya que no se pueden prever

²¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Quinta edición. Edit. Losada, Buenos Aires. 1985. Tomo V, pág. 680

²¹⁵ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 998

todas aquellas conductas que puedan violar un deber de cuidado y por tanto llegar a crear un peligro.²¹⁶

El maestro Zaffaroni respecto del fundamento de la culpa comenta que en los últimos años, existe una tendencia a aproximar la culpa a los delitos dolosos de peligro, con lo que se vuelve a poner en manifiesto la negación de la culpa inconsciente en el delito, ya que incluso en la culpa, refiere de algunos autores, encontraban un momento voluntario, situación que no acontece en la culpa inconsciente. También existen otros autores que determinan como criterios fundamentales de la culpa como la cognoscibilidad, previsibilidad, y evitabilidad; existen otro autores que establecen la idea del deber de cuidado como idea fundamental del delito culposo, y otros niegan esto y colocan en su lugar los conceptos de evitabilidad y cognoscibilidad del riesgo, con una base común con el dolo mismo que evolucionará hasta el conocimiento, lo que no sucede con la imprudencia (culpa). Por último existen otras tesis entienden que si bien a la violación del deber de cuidado no debe ser descartada, en realidad el sustento se encuentra en criterios eventuales de imputación objetiva, como la evitabilidad o la previsibilidad, que son pautas que sirven para determinar la creación de un deber de peligro.²¹⁷

A este respecto el maestro Claus Roxin establece que cuando se habla de los elementos o presupuestos de la conducta culposa, se tiene en primer término a la “*infracción del deber de cuidado*”, junto a estos también se encuentran la “*previsibilidad*”, “*cognoscibilidad*”, “*advertibilidad*” y “*evitabilidad*”; así la mayoría de las veces se recurre a la contrariedad del debido cuidado como injusto de la acción, y la causación de un resultado típico imputable para la causación del resultado.²¹⁸

²¹⁶ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Derecho Penal Parte General**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. 2001. p 524, 525.

²¹⁷ *Ibidem* 525.

²¹⁸ ROXIN. *Op. Cit.* Nota 84. p 999.

Ahora bien una vez que se han mencionado los presupuestos o requisitos de la culpa (imprudencia), es necesario establecer cuál de dichos elementos (violación de un deber de cuidado, previsibilidad, advertibilidad, evitabilidad), es la base de los delito culposos.

Primeramente y en cuanto a la previsibilidad, habrá que mencionar que el maestro Monterrosa Salvatierra la define como la posibilidad de prever, misma que constituye una operación cognoscitiva, de índole mental e intelectual, mediante la cual el individuo puede de manera anterior ver el desarrollo causal de su acción y por consiguiente conocer las posibilidades derivadas del modo como la ejecuta.²¹⁹

De esta forma la previsibilidad conlleva necesariamente, la idea de la advertibilidad, ya que quien prevé un resultado, a la vez ha advertido que su conducta es peligrosa y por lo mismo puede provocarlo; y una vez realizado esto la advertibilidad y a la vez la evitabilidad de una conducta que podría ser dañosa se generara siempre que exista previsibilidad, ahora bien se considera que dichos conceptos no pueden ser base de la culpa, ya que si bien si son parte de la misma, resultan muy imprecisos y demasiados subjetivos para establecer en que circunstancia un sujeto actúa bajo los criterios de previsibilidad y en qué supuesto no. Pero no dejan ser parte de los elementos de la culpa y sobre todo la previsibilidad debido a que la misma es considerada por la legislación, con respecto de los delitos culposos como más adelante se detallará.

Por lo que el elemento fundamental en la culpa, es la violación (infracción) del deber de cuidado, para su estudio primeramente se debe de establecer que es un deber de cuidado, su contenido y orígenes, para posteriormente determinar cuándo se viola dicho deber, y así poder establecer la base normativa de los delitos culposos. Para el estudio del deber de cuidado, es necesario referir a la creación de un riesgo no permitido ya que dicho riesgo no permitido se origina por la violación de un deber de cuidado.

²¹⁹ MONTERROSO SALVATIERRA. Jorge Efraín. Culpa y omisión en la Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México. 1993. p. 285.

Así en este primer acercamiento es perceptible que la violación (infracción) del deber de cuidado y la generación de un riesgo no permitido coexisten mutuamente, por regla general quien viola una norma de deber de cuidado, generara un riesgo no permitido por la norma, lo que hace evidente que la creación de un riesgo no permitido depende inevitablemente de la violación del deber de cuidado; situación que no se genera a la inversa ya que se puede violar una norma de deber de cuidado, sin que dicha violación implique necesariamente la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado.

En esencia, es de considerar que el reproche que se realiza a quien violó el deber de cuidado permitido es el de la violación (infracción) del debido cuidado, mismo que deriva en la creación de un riesgo no permitido, peligro que se encuentra abarcado dentro del fin de la protección del tipo. Así que la conducta culposa no se califica así porque el autor pudo evitar el resultado lesivo sino porque debió de evitarlo, dentro de los límites del deber de cuidado.

Ahora bien como ya se ha mencionado, la base de los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado, pero ¿qué se entiende por un deber de cuidado?; el mismo se entiende como el deber que debe de observar cualquier persona en sus actividades cotidianas a efecto de que con sus conductas no afecte ni dañe la esfera jurídica de los demás individuos de su sociedad. Por lo que el hombre ha creado normas de cuidado a efecto de guiar y conducir la conducta de los individuos, cuya finalidad es evitar las acciones que violen dichas normas de cuidado.

La violación del deber de cuidado se ve íntimamente relacionado con la norma de cuidado, ya que dicha norma de cuidado es la que establece los límites para la actuación correcta de los individuos y una vez que supere los límites de la actuación permitida en dichas normas de cuidado, se encuentra la violación del deber de cuidado; es decir, el deber de cuidado surge de lo establecido por las normas de cuidado, mismas normas que prohíben realizar conductas descuidadas por llamarlo de cierta forma.

El deber de cuidado encuentra su fundamento en el comportamiento que se espera de un ciudadano motivado a respetar el Derecho, considerando de esta forma que los ciudadanos sean cuidadosos con ciertas conductas, creando para ellos las normas de cuidado.

El origen de la normas de cuidado se encuentra relacionado de manera directa con el libre albedrío, donde cada persona tiene la libertad de conducirse como lo crea necesario, aunque dicho libre albedrío encuentra límites en las normas, así en materia de culpa en dicha libertad a la vez se encuentra la obligación de que se tengan cuidado con las conductas desplegadas y más sobre aquellas conductas que conllevan consigo mismas un peligro de afectación de terceros.

Por lo que de acuerdo a esto el legislador establece dichas normas de cuidado a efecto de evitar daños a terceras personas, obligando a las personas a conducirse dentro de los límites de dichas conductas, y de estar protegiendo los bienes jurídicos tutelados, y así el Derecho Penal garantiza un mínimo de cuidado con los bienes jurídicos tutelados. Por lo que la norma de cuidado solo prohíbe conductas que pudieran producir, para el bien jurídico tutelado, un riesgo mayor al autorizado y la producción de un resultado derivado de la violación de dichas normas.

En un sistema en el que se adscribe la capacidad de actuar libremente se tiene la obligación de planificar o tener el debido cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para terceros.²²⁰

Con respecto de estas normas de cuidado el maestro Feijóo establece que las mismas no tienen la finalidad de evitar de manera directa hechos típicos, sino son normas indirectas de evitarlos mediante el debido cuidado.²²¹

²²⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ. Óp. Cit. Nota 211. p 278.

²²¹ *Ibidem*. p 270.

Ahora bien solo se infringe el deber de cuidado cuando la acción supera el riesgo permitido por la norma que establece cual es el cuidado que se debe de observar en el desarrollo de las actividades diarias.

A este respecto el maestro Rivera Llano refiere que la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que contemplan normas y reglas generales de cuidado, reglas que tienen la finalidad de limitar y minimizar los riesgos inherentes de las diferentes actividades, como circulación, medicina, construcción; encontrando su importancia en la culpa, ya que la infracción de una norma extrapenal es un indicio de la violación de un deber de cuidado.²²²

En relación con las normas de cuidado el maestro Jiménez Huerta establece que son aquellas que tienen su cuna en la experiencia, conocida en la vida de relación de todos y que tienden a motivar el comportamiento a los individuos a efecto de evitar inferir lesiones a los bienes jurídicos ajenos; aunque también al lado de estas normas de cuidado, existen otras que son privativas de aquellos seres humanos con una especial preparación y habilidad cualificada, pero dichas normas obligan a todos los que no poseen, dicha preparación, ha abstenerse de realizar las actividades que requieran dicha cualificación; ahora bien dichas normas se encuentran codificadas que son disposiciones de índice indicativo o medios instrumentales que auxilian en la concretización de las mencionadas normas de prudencia o de cuidado necesarias en el cotidiano vivir.²²³

Debido de lo anterior se entiende que el concepto normativo de la violación de un deber cuidado, no es otra cosa que evitar la creación de un peligro suficiente, derivado de la infracción de normas jurídicas (normas de cuidado) que persiguen la evitación del resultado típico como consecuencia de la creación de un peligro desaprobado.

²²² RIVERA LLANO, Abelardo. Derecho Penal Posmoderno. Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia 2005. 359

²²³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Séptima Edición. Editorial Porrúa México. 2003. p 321

Así dichas normas de cuidado se encuentran en normas de carácter administrativo, normas técnicas, procedimientos que rigen ciertas profesiones (como lo pueden ser reglamentos de construcción o normas de control médicos), o bien en el “*principio de confianza*”.²²⁴

A este respecto el maestro Terragni comenta que las normas de cuidado se encuentran en la observancia de deberes especiales o reglamentos, órdenes, disciplinas, o bien el hecho subjetivo de la impericia, imprudencia, negligencia, e incluso de la imprevisión.²²⁵

Después de analizar el fundamento de la culpa (violación del deber de cuidado) es necesario mencionar, que no es suficiente la existencia de una violación de un deber de cuidado, aun por mas imprudente que pueda ser considerada una conducta, si carece de una secuela material, es decir si como resultado de dicha violación no se afectan bienes jurídicos debidamente tutelados, ya que para el Derecho Penal no tiene importancia las conductas negligentes si con las mismas no se provoca un resultado lesivo a pesar de su imprudencia, pues la mera creación de un peligro no es suficiente para la recriminación culposa.²²⁶

Para la existencia de un delito culposo, además del resultado típico, requiere que dicho resultado típico se haya producido por la transgresión de un deber de cuidado que la ley establece.

Por lo que el resultado originado en los delitos culposos, mismo que resulta lesivo de bienes jurídicos tutelados (en el presente estudio de la vida), debe de ser consecuencia de la infracción del deber de cuidado, establecido por la norma de cuidado violada, pero atendiendo necesariamente al fin de protección de la norma de cuidado penalmente relevante.

²²⁴ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. Teoría de la ley penal y el delito: legislación, doctrina, jurisprudencia y casos penales. Editorial Porrúa. México. 2006. p 155.

²²⁵ TERRAGNI. Óp. Cit. Nota 172. p 88.

²²⁶ UROSA RAMÍREZ. Óp. Cit. Nota 224. p 151.

Pero la violación de un deber de cuidado sólo crea la presunción del resultado a título de culpa, en esta guisa es necesario entender que si alguien infringe un deber de cuidado, la afectación de un bien jurídico tutelado se origina como consecuencia de factores extraordinarios de riesgo que el autor no conocía o no debía conocer o planificar, el resultado no le podrá ser imputado a título de culpa, como ejemplo el maestro Feijóo establece la circunstancia de un automovilista que va circulando por un parque sobrepasando los límites de velocidad, se encuentra a la altura de dicho sitio un niño que es atacado por un perro, por lo que el mismo corre hacia la calle y es arrollado por el conductor, situación que hace evidente que dicho atropellamiento no se explica como consecuencia de la infracción de la norma de conducta; por lo que las circunstancias del caso concreto y su conocimiento hacen que el deber de cuidado sea distinto en cada caso.²²⁷

A este respecto el maestro Urosa Ramírez establece que un juicio correcto de la violación del deber de cuidado debe de tener elementos objetivos, como por ejemplo: lugar, tiempo, círculo social, estado del equipo, modo, ocasión; y uno subjetivo mismo que abarca la capacidad y conocimientos del sujeto, incluyendo las aptitudes que tenga sobre un hombre medio; ya que en determinadas circunstancias estos conocimientos deberán de prevalecer sobre los ordinarios, para poder determinar la potencial violación del deber de cuidado, ya que es diferente el deber de cuidado del doctor o ingeniero en sus actividades profesionales, en comparación con un hombre medio que en determinadas condiciones pudiera asumir dichas tareas e incluso la del aprendiz, paramédico u albañil que pudieran desarrollar labores similares a las de los profesionistas anteriormente aludidos.²²⁸

Otro punto de análisis íntimamente relacionado con las normas de cuidado, es el del riesgo permitido, que si bien no es tema de la presente tesis no se puede

²²⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ. Óp. Cit. Nota 211. p 355.

²²⁸ UROSA RAMÍREZ. Óp. Cit. Nota 224. p 152.

dejar de realizar un pequeño estudio del mismo, ya que cuando se actúa bajo la permisividad de el riesgo permitido, y se genera un resulta lesivo de bienes jurídicos tutelados, el mismo resulta atípico, ya que como se ha mencionado en los delitos culposos base de la tipicidad depende de la violación de un deber de cuidado.

De esta forma la observancia de las normas de cuidado encuentra un límite en las actividades que implican un riesgo por sí mismo, pero que las mismas se encuentran permitidas por el ordenamiento, debido a su utilidad social, desde este punto las cautelas que se deben de tener al respecto de estas conductas, no pueden llegar a un punto donde puedan perjudicar el comportamiento autorizado en sus conceptos esenciales.²²⁹

Así el concepto e idea del riesgo permitido tiene su auge a partir del incremento de conductas preñadas de peligro que genera la sociedad hoy en día, ya sea en los medios de transporte, producción y difusión de aparatos de todo índole, explotación minera, actividad deportiva, productos químicos, elaboración de drogas y fármacos, alimentos, riesgos que la sociedad ha permitido e incluso alentado derivado de los beneficios que se obtienen de estas actividades; pero las mismas se aceptan ya que la prohibición de las mismas supondrían un retroceso inadmisibles, por lo que la sociedad moderna ha tenido que decidir cuáles y en qué medida son tolerables los peligros derivados.²³⁰

Por lo que si la tipicidad del hecho depende de la violación del deber de cuidado, el que obra dentro de los límites de tolerancia socialmente permitidos, no lo viola el deber de cuidado y por lo tanto la conducta es atípica.

Una primera aproximación a la importancia del riesgo permitido es que en ocasiones puede ser difícil determinar si el resultado es debido a una realización del riesgo creado imprudentemente o bien del “*riesgo residual*” que conllevan las

²²⁹ FIANDACA. Óp. Cit. Nota 173. p 543.

²³⁰ JULIO FIERRO, Guillermo. **Causalidad e imputación**. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002. p 401.

actividades que tienen un riesgo permitido en sí mismas, derivado de esto no cualquier resultado que se produzca deberá de estar relacionado con la infracción del deber de cuidado.²³¹

A partir de la idea de que toda conducta social encierra riesgos para los demás integrantes de dicha sociedad, surge la teoría del riesgo permitido, esta institución supone que la culpa (imprudencia) no siempre se ve determinada por todo el cuidado posible para el autor, sino también reconoce conductas que por sí mismas son un riesgo; así marca el límite de la relevancia penal de una conducta ya que de no ser así ciertas actividades no se podrían desarrollar por definirse ya como imprudentes (culposas).

Y siendo el Derecho Penal un ordenamiento secundario, debe de establecer los límites de su intervención, tomando en cuenta el orden normativo primario u otras normas extrapenales que toleran, permiten o bien fomentan ciertas actividades que encierran un peligro abstracto para bienes jurídicamente tutelados, así la realización de una actividad que el propio ordenamiento jurídico tolera o promueve no puede ser entendido como una infracción de un deber de cuidado.²³²

Por lo que al realizar una conducta que conlleva consigo mismo un riesgo permitido, y la misma se realiza de forma precavida, el riesgo que conlleve será tolerable para el Derecho Penal, pero en cambio si es descuidada ya no será tolerable el riesgo que cree.

En contraposición con el riesgo permitido, se encuentran los riesgos desaprobados, que de acuerdo al maestro Fierro se presentan cuando el actuar del agente incrementa las posibilidades de que ocurra un resultado lesivo.²³³

²³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ. Óp. Cit. Nota 211. p 355.

²³² *Ibidem*. p 291.

²³³ JULIO FIERRO. Óp. Cit. Nota 231. p 401.

3.2.2.3. TIPOS DE CULPA

Los tipos o clasificaciones de la culpa en consiente e inconsciente están referidas básicamente a la posible representación del hecho por parte del sujeto activo.

Culpa consciente

Para el maestro Zaffaroni en la culpa consciente (o con representación) existe en el agente la conciencia de que de su actuación conlleva la creación de un peligro del cual podría sobrevenir la creación la posibilidad de producción del resultado; por lo que el agente dispone de los conocimientos necesarios para representarse la probabilidad del resultado, existiendo por lo tanto un conocimiento actualizado del aumento del peligro.²³⁴

El maestro Cuello Calón establece “*que la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiado en que no se producirá*”.²³⁵

Culpa inconsciente

En la culpa inconsciente (sin representación), establece el maestro Zaffaroni, que pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no lo actualiza (no piensa en ellos) y por lo tanto no tiene conciencia de la creación del peligro, así en la culpa inconsciente el agente dispone de los conocimientos necesarios para representarse la probabilidad del resultado y no se la representa, no existiendo por lo tanto un conocimiento actualizable del aumento del peligro.²³⁶

El maestro Jiménez de Asúa citado por el maestro Urosa, establece que esta es “*la ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de*

²³⁴ ZAFFARONI. Óp. Cit. Nota 217. p 524, 527.

²³⁵ CUELLO CALÓN. Óp. Cit. Nota 8. p 470.

²³⁶ ZAFFARONI. Óp. Cit. Nota 216. p 524, 527

un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad".²³⁷

Ahora bien hay autores que establecen que en la culpa inconsciente no se debería de aplicar sanción alguna o bien aplicar una sanción menor que en la culpa consciente, lo que considero inadecuado, primeramente por que la imprudencia radica en el juicio de reproche formulado por la violación de un deber de cuidado, independientemente de que el sujeto se haya representado el posible resultado lesivo y en un segundo punto no necesariamente quien actúa con culpa consciente personifica un mayor peligro. Lo anterior en virtud de que en ocasiones quien viola una norma de cuidado sin saber que dicha violación pueda acontecer en un resultado lesivo, puede ser más peligroso para la sociedad.

Entonces queda claro que la culpabilidad en el delito imprudente (tanto consciente como inconsciente) queda legitimada en la medida de que es Estado debe de asegurar la vigencia de las normas de cuidado e intentar mantener el respecto de dichas normas como uno de los elementos irrenunciables para la convivencia de los ciudadanos.²³⁸

En la legislación mexicana, el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal establece: "*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar*", siendo que en la primera parte hace referencia a la culpa inconsciente, posteriormente a la culpa consiente, pero sustentando ambos en la violación de un deber de cuidado, por lo que considero acertado dicho precepto legal, al establecer como elemento medular a la violación del deber de cuidado, en virtud de lo que sea expuesto con anterioridad.

²³⁷ UROSA RAMÍREZ. Óp. Cit. Nota 224. p 162.

²³⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ. Óp. Cit. Nota 211. p 281.

3.2.3. ANTIJURIDICIDAD

El maestro Welzel citado por el maestro Daza Gómez, define a la antijuridicidad como: “*La contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico*”, así mismo el maestro Daza Gómez refiere que Welzel utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero que puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias, refiere, que una causa de justificación puede alterar la relación tipicidad-antijuridicidad, haciendo que una lesión a un bien jurídico tutelado sea justa por ser la acción adecuada a derecho.²³⁹

En este orden de ideas el maestro Malo Camacho refiere que el orden jurídico no es solamente un orden normativo que imponga exclusivamente deberes sino también por normas permisivas, que no es otra cosa que el reconocimiento de derechos; por lo que la tipicidad dirige su campo específicamente al Derecho Penal, en cambio la antijuridicidad encuentra a su ámbito en todo el orden normativo como un todo único, que reconoce en conjunto los deberes y límites penales, con los derechos que tiene la persona a responder a la realidad social.²⁴⁰

Por otro lado el maestro Zaffaroni señala que la antijuridicidad es la colisión de la conducta con el orden jurídico, entendido dicho orden jurídico, no solamente como un orden normativo sino también como de preceptos permisivos.²⁴¹

Se entiende que una conducta típica es un indicio de antijuridicidad, V. gr. A dispara a B y lo mata, pero al ser solamente un indicio el mismo puede ser desvirtuado, ya que el propio ordenamiento jurídico al lado de las normas prohibitivas, en algunos casos opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en un deber jurídico concreto, apareciendo así las causas de justificación. Hay que aclarar que dichas causas de justificación

²³⁹ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 135.

²⁴⁰ MALO CAMACHO. Óp. Cit. Nota 148. p 408.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**, Parte General. Cárdenas. México. 1986. p. 512

no excluyen la tipicidad, es decir la conducta dolosa o culposa subsiste, pero dicha conducta no será antijurídica si existe una causa de justificación.

A este respecto el maestro Díaz Aranda establece que en la conducta típica se delimita si la conducta encuadra o no en el tipo, y podría ser considerada como una conducta prohibida para el Derecho Penal, en cambio en la antijuridicidad se analiza si esa conducta prohibida se justifica de cara a todo el ordenamiento jurídico por las circunstancias materiales que concurrieron al momento de su realización, o si por el contrario se constata el hecho como injusto (al hecho típico y antijurídico se le denomina injusto).²⁴²

Así concretando la antijuridicidad establece si la conducta típica realizada, que es contraria al orden penal, también es contraria al orden jurídico general, por lo que en caso que un hecho típico se encuentre amparado por alguna causa de justificación no existe delito.

Causas de justificación

Respecto de las causas de justificación el maestro Muñoz Conde, establece que *“el ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar el hecho, en principio prohibido. Existen disposiciones legales creadas por el legislador que permiten realizar el hecho típico, por razones políticas, sociales y jurídicas”*.²⁴³

Por su parte el maestro Malo Camacho en relación a dichos preceptos permisivos que denomina reglas de permisión o de permiso, refiere que son aquellas que surgen de las valoraciones de la antijuridicidad, por lo que derivan de todo el ordenamiento jurídico; y que no implican otra cosa que el reconocimiento de los derechos que tiene el individuo que vive en sociedad para defenderse y para no quedar obligado a lo imposible o sufrir injustos sin la posibilidad de

²⁴² DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. Nota 146. p 203.

²⁴³ MUÑOZ CONDE. Óp. Cit. Nota 145. p 280.

reaccionar frente a ellos, cuando la sociedad no tiene la posibilidad de evitar su acontecimiento.²⁴⁴

En este sentido el maestro López Betancourt refiere que en las causas de justificación el individuo obra con voluntad consiente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no es delictiva por ser justa conforme a derecho, y de esta manera el individuo actúa sin el ánimo de transgredir las normas penales.²⁴⁵

Una vez establecido estas circunstancias se hará un breve estudio de las causas de justificación en concreto.

Legítima defensa

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece que hay legítima defensa cuando *“Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”*.

En una primera aproximación, se encuentra que cuando alguien actúa en legítima defensa y causa, en la especie la muerte de un tercero, realiza una conducta-típica (privar de la vida), pero dicha conducta que se encuentra justificada, lo que se resuelve a nivel de antijuridicidad, quedando el delito excluido en esta categoría de la Teoría del Delito.

De la definición legal de la legítima defensa se desprende como elementos los de repeler, agresión (real actual o inminente y sin derecho); bienes jurídicos (propios o ajenos), necesidad de la defensa, racionalidad en el medio empleado y la no existencia de provocación dolosa.

²⁴⁴ MALO CAMACHO. Óp. Cit. Nota 148.p 412.

²⁴⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Óp. Cit. Nota 149. p 153.

El primer elemento de la legítima defensa, es repeler, que se entiende como el rechazo a una agresión, motivo por la que el agredido solo puede justificar su conducta frente al agresor y no con un tercero.

El segundo elemento es el de agresión, entendiendo por agresión el acometimiento o el ataque de cualquier bien jurídico puede ser objeto de agresión, por lo que el mismo resulta defendible.²⁴⁶

El maestro Díaz Arana establece que la agresión es una amenaza a un bien jurídico tutelado, por parte de una conducta humana, así la agresión solo puede provenir de un ser humano²⁴⁷; en este punto el maestro Zaffaroni señala que la agresión es la dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión.²⁴⁸

Por lo que se entiende por agresión aquella conducta de un individuo que tiende a vulnerar un bien jurídicamente tutelado, por otro lado el texto legal requiere que dicha conducta (agresión), sea real, actual o inminente, y sin derecho. Por lo que el requisito de real, refiere a que la misma no es imaginaria, entendiendo que lo real es lo que existe en el mundo físico.

Como segundo elemento se requiere que dicha agresión sea actual o inminente, mismos que se refieren a la temporalidad que debe de obrar en la legítima defensa, misma que se puede ejercer solo cuando la agresión esté por suceder o bien ya se encuentre aconteciendo, a este respecto el maestro Daza establece que actual se refiere a que la agresión esté sucediendo, e inminente cuando la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión es equivalente a la actualidad.²⁴⁹

El elemento sin derecho refiere a que sea antijurídica, es decir que la agresión no sea autorizada por preceptos legales, así el maestro Roxin refiere que si el agresor está amparado por una causa de justificación su conducta ya no será

²⁴⁶ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 146, 147.

²⁴⁷ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 214.

²⁴⁸ ZAFFARONI. Óp. Cit. Nota 216. p 592.

²⁴⁹ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 147.

antijurídica, por lo que no es posible la existencia de legítima defensa contra ninguna causa de justificación.²⁵⁰

El siguiente elemento señala a los bienes jurídicos, bien sea propios o ajenos, de esta forma quien se defiende solamente podrá actuar para proteger bienes propios o de otro que así lo quiera, por lo que se entiende que todos los bienes jurídicos individuales son legítimamente defendibles.

Respecto de la necesidad de defensa el maestro Muñoz Conde establece *“que solo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirle. La racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa una vez que sea necesaria, es preciso que se adecúe a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo demás, vendrá en consideración la eximente incompleta”*.²⁵¹

Otro elemento requerido para la existencia de la legítima defensa, es la falta de provocación dolosa suficiente por parte del ofendido o su defensor, lo que se refiere a la pérdida del derecho de defensa para el que es agredido ilícitamente está condicionado por una provocación que no necesita ser antijurídica, pero debe ser suficiente, lo que refiere que la provocación debe de consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero no culpable por razón de dicho estímulo.

El maestro Roxin establece que la legítima defensa en los delitos culposos solo se puede justificar de dos maneras, la primera de ellas es referente a *“una consecuencia no querida”* de una medida que se encuentra amparada por la legítima defensa, si dicha consecuencia *“pertenece a los riesgos típicos de la clase de defensa legítimamente elegida”*; aclara que es justificada si se trata de consecuencias que *“surgen de la carga de peligros del medio defensivo”*; poniendo

²⁵⁰ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 615.

²⁵¹ MUÑOZ CONDE. Óp. Cit. Nota 145. p 295.

de ejemplo cuando un sujeto usa una pistola cargada como arma para golpear al agresor y al momento de dar el golpe se dispara la pistola de forma involuntaria privando de la vida o lesionando al agresor, por lo que dicho homicidio se encuentra amparado por una legítima defensa. Estableciendo que la circunstancia de que se trata de la consecuencia de una defensa amparada que justifica a la vez el golpe con el arma de manera dolosa, también ampara la consecuencia no dolosa.²⁵²

La segunda de ellas, es la realización culposa de un tipo está justificada por la legítima defensa si la misma también podría haber sido llevada a cabo de manera dolosa en la misma situación dada, estableciendo como ejemplo que si alguien pretende asustar a un agresor mediante un disparo de advertencia, pero lo alcanza mortalmente por error, dicho homicidio culposo está pese a todo amparado por legítima defensa, si también le hubiera estado permitido actuar con dolo, es decir, producir dicho disparo con el dolo de matarlo.²⁵³

Estado de necesidad

En el estado de necesidad existe una situación de peligro para ciertos bienes jurídicos, y se plantea la posibilidad de salvarlos o protegerlos y dicha situación solo se puede realizar a través de la lesión o afectación de otros bienes jurídicos, pero a diferencia de la legítima defensa, la causa generadora del estado de necesidad no proviene necesariamente de un tercero, sino que puede devenir de la vida, catástrofe natural, etc.²⁵⁴

La fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece que existe estado de necesidad cuando “*se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual*

²⁵² ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 1032.

²⁵³ Ídem.

²⁵⁴ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 151.

valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

Realizando el análisis de los elementos del estado de necesidad justificante, se encuentra en primer término la necesidad de salvaguarda de un bien jurídico propio o ajeno, aclarando en este punto que no refiere la descripción legal a los bienes jurídicos colectivos. Ahora en este punto se entiende que para la necesidad de salvaguarda de un bien surge de la existencia de peligro para un bien jurídico tutelado, mismo que no debe de pertenecer al propio sujeto, situación similar a la de la legítima defensa, por lo que se remite a ese punto en obvio de repeticiones innecesarias; por lo que si existe peligro a un bien jurídico tutelado se encuentra en la necesidad de salvaguarda del mismo.

Junto a esta necesidad se encuentra que el peligro del bien jurídico tutelado debe de ser real, actual o inminente, elementos que también han sido profundizados en la legítima defensa; pero cabe aclarar en este punto que el origen del peligro es diferente en la legítima defensa que en el estado de necesidad, ya que como se ha expuesto, el peligro al bien jurídico tutelado en la legítima defensa surge por una agresión antijurídica de un hombre, en cambio esta situación no es necesaria ya que puede devenir del propio devenir de la vida, de fenómenos naturales, accidentes, etc. Requiriendo que el peligro no se genere de la actuación dolosa de quien defiende el bien que resulta afectado.

El elemento más interesante, desde nuestro punto de vista en la definición legal se encuentra en la lesión originada a un bien jurídico tutelado, para la salvaguarda de otra, ya que dicho bien requiere que sea *“de igual o menor valor que el salvaguardado”*, encontrando en este punto el punto medular de esta causa de justificación. A este respecto el maestro Daza establece que *“estamos en presencia de una situación en la que el sujeto activo se encuentra ante la disyuntiva, es decir, o bien de sufrir el u otra persona una afectación en sus bienes*

*jurídicos o bien se plantea un conflicto entre el deber genérico de no cometer el delito y algún deber específico que el ordenamiento jurídico le imponga”.*²⁵⁵

Por lo que existe una colisión de bienes jurídicos ya que la salvaguarda de un bien jurídico solamente podrá realizarse mediante la lesión de otro bien jurídico tutelado o bien su puesta en peligro.

Ahora bien en cuanto a la afectación del bien jurídico de igual o menor valor, existen dos teorías sobre el estado de necesidad, las teorías unitarias y las diferenciadoras, para las unitarias tanto el salvamiento del bien de mayor valía como el de igual valía a costa de otro bien se debe de solucionar conjuntamente ya sea en la antijuridicidad o en la culpabilidad; en cambio en las diferenciadoras, solucionan el conflicto entre bienes desiguales en la antijuridicidad y justifican la lesión de bienes de igual valía a nivel de culpabilidad.²⁵⁶

En este punto creo que la opinión del maestro Díaz Arana es acertada ya que señala que las teorías unitarias no podrían aceptarse ya que los conflicto de bienes de distinta valía, el sacrificio del bien de menor valía implica justificar el hecho por lo que se resuelve a nivel de antijuridicidad, pero en los bienes de igual valor no se podría justificar la conducta que lesiona otro bien porque uno vale tanto como el otro, circunstancia que origina que el juicio ya no radique en los hechos si no en el autor a quien no se le puede exigir sacrificar su bien para salvar el de otro, por lo que dicho juicio se resuelve en la culpabilidad, denominándose estado de necesidad ex culpante²⁵⁷. Por lo que en la especie considero que el estado de necesidad no se da en el homicidio por lo que se estudiaría hasta la culpabilidad como ya ha quedado establecido.

²⁵⁵ Ídem. p 152.

²⁵⁶ DÍAZ ARANDA, Enrique. Óp. Cit. Nota 146. p 229.

²⁵⁷ Ibídem. p 229,230.

Otro requisito es que el peligro no sea evitable por otros medios, que refiera a que el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser el adecuado y el más benigno entre los diversos medios que tuviese disponible²⁵⁸.

Con relación al delito culposo el maestro Roxin establece que se da la justificante de estado de necesidad, en un delito culposo, cuando se infringen normas de cuidado con carácter de normas jurídicas,²⁵⁹ pero sólo en la lesión de bienes menores al bien que se protege, es causa justificante a nivel de antijuridicidad, por lo que bien siendo la vida el bien de mayor valía para los seres humanos ya que de este dependen los demás bienes jurídicos, no se podría tener una justificante en antijuridicidad sino hasta la culpabilidad un estado de necesidad ex culpante.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Con respecto de esta causa de justificación, el maestro Gómez Torres citado por el maestro Daza Gómez establece que: *“Si el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sectores, establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes”*.²⁶⁰

El Código Penal para el Distrito Federal establece en su artículo 29 fracción VI, que existe cumplimiento de un deber cuando *“La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo”*.

Se entiende que en el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, como causas de justificación no solamente requieren cumplir con un deber o ejercer un derecho, sino que el mismo debe realizarse dentro de los límites legales

²⁵⁸ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 681.

²⁵⁹ Ibídem. p 681.

²⁶⁰ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 157.

y conforme a derecho, refiriéndose claramente dentro del concepto legal que exista racionalidad de la conducta desplegada para cumplir un deber o bien para ejercer un derecho.

Es de señalarse que si bien dichas hipótesis se encuentran dentro del mismo precepto legal, se realizan en diferentes circunstancias ya que el cumplimiento de un deber se encuentra referido inminentemente a aquellas personas que tienen un cargo estatal, a este respecto el maestro Roxin establece que quienes desempeñan un cargo estatal en sus actividades cotidianas, deben de ocupar diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos, ahora bien algunas de estas formas de coacción realizadas pueden encajar en ciertos casos en la realización de conductas típicas, como privación de la libertad (detención) o allanamiento de morada, pero su licitud deriva necesariamente de una norma de intervención que opera como causa de justificación.²⁶¹

A este respecto el maestro Díaz Arana señala que la procedencia en el cumplimiento de un deber se ve íntimamente relacionado con las facultades que tiene un servidor público en específico, ya que “*para la autoridad lo no permitido expresamente en la ley está prohibido*”²⁶², de esta guisa se entiende que como primer requisito para la procedencia del cumplimiento de un deber éste se debe de encontrar expresamente permitido por la ley, misma permisión que no debe de ser necesariamente las leyes penales, sino en cualquier parte del ordenamiento legal.

En cuanto al ejercicio de un derecho, es necesario mencionar que en este supuesto se encuentran todos los seres humanos que no desempeñen cargos públicos, o bien incluso servidores públicos que actúen en su calidad de particulares fuera del ejercicio de las funciones propias de su cargo, encontrando en este punto la máxima jurídica que para los gobernados todo lo que no les está prohibido se encuentra permitido.

²⁶¹ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 734.

²⁶² DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. Nota 146. p 242.

Sobre el ejercicio de un derecho, deben de establecerse sus límites para diferenciar esa causa de justificación frente al abuso del derecho que ya no ampara esa conducta.²⁶³

Ahora bien como límite en ambas circunstancias el legislador establece que la conducta para ejercer el derecho o cumplir el cargo deberá de ser racional, situación que se refiere inminentemente a que no se puede emplear cualquier medio para el ejercicio ya que se convertiría en un abuso, así tanto un policía o un particular para la detención de un sujeto, no se justificaría en su conducta la de golpear a un sujeto con dicho fin, sino solo autoriza lesiones leves con el fin de detenerlo.

3.2.4. CULPABILIDAD

La última categoría de la Teoría del Delito es la de culpabilidad, en el caso concreto se refiere, solo a la concepción que se tiene sobre la misma, sin estudiar su evolución, misma que si bien resulta interesante, no es parte medular del presente estudio, así es de señalarse que una vez acreditada la tipicidad y antijuridicidad, para la imposición de una pena se debe de acreditar la culpabilidad.

En este primer punto se tiene que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, incluso refiere el maestro Orellano que algunos penalistas aparte de ser la culpabilidad el fundamento de la pena también es el límite de la misma, y con ello una garantía a favor del individuo, ya que de esta forma la pena no podrá exceder el límite de la propia culpabilidad.²⁶⁴

Ahora bien para la imposición de una pena, establece el maestro Jiménez Huerta, que no basta que el hecho sea subsumible en una figura típica y que no

²⁶³ *Ibidem.* p 243.

²⁶⁴ ORELLANO WIARCO. *Óp. Cit.* Nota 139. p 111.

existan causas de justificación de dicha conducta; si no se requiere afirmar a través de un juicio, que el injusto típico es reprochable a su autor por haberse realizado dolosa o culposamente, y en circunstancias en donde le era exigible otra conducta.²⁶⁵

La culpabilidad, ha sido entendida como reprochabilidad, para el maestro Welzel es la reprochabilidad de la voluntad, es decir se le reprocha a un sujeto el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito, a pesar de estar en posibilidades de obrar conforme a las exigencias del derecho. De esta manera la culpabilidad es un juicio valorativo que se funda en la posibilidad de comportarse conforme a la norma, es decir el autor pudo y debió de actuar de forma distinta pero se decidió por la conducta típica y antijurídica, lo que hace reprochable su actuación.²⁶⁶

El maestro Zaffaroni define a la culpabilidad como un juicio que permite vincular en forma personal el injusto (conducta típica y antijurídica) a su autor y de esta guisa operará como el principal indicador de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.²⁶⁷

El maestro Villareal Palos refiere que la concepción dominante de la culpabilidad es independiente a la posición en torno a la ubicación de los elementos del delito ya que se sea causalista, finalista o partidario de la idea social de conducta, se suele entender a la culpabilidad como un juicio de reproche, misma situación que deriva de la teoría normativa de la culpabilidad, pero dicho nexo cambia debido al contenido formal de la culpabilidad, ya que no es uniforme en la doctrina.²⁶⁸

Pero como se ha mencionado, la culpabilidad por si misma podría ser el objeto de un estudio particular, mismo que no es lo que se pretende, señalando que considero a la culpabilidad como un juicio de reproche.

²⁶⁵ JIMÉNEZ HUERTA. Óp. Cit. Nota 214. p 299.

²⁶⁶ WELZEL, Hans. Óp. Cit. Nota 181. p 80,81.

²⁶⁷ ZAFFARONI. Óp. Cit. Nota 216. p 592.

²⁶⁸ VILLAREAL PALOS. Óp. Cit. Nota 87. p. 2.

A este respecto el maestro Zaffaroni establece que la culpabilidad “*Es la reprochabilidad del injusto al autor*”, preguntándose primeramente “*¿Qué se le reprocha?*”, refiriéndose que se le reprocha el injusto (conducta típica y antijurídica); para después preguntarse *¿Por qué se le reprocha el injusto?*, respondiendo “*porque no se motivó con la norma*”; siguiendo; *¿Por qué se le reprocha no haberse motivado con la norma?*; respondiendo que se le reprocha porque era exigible motivarse en ella. Así establece que un sujeto es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma, siéndole exigible, en las circunstancias particulares que actuó, que se motivar se en la norma. Señalando que cuando no se motiva, un sujeto, con la norma, cuando podía y le era exigible motivarse en ella, siendo de esta forma que el autor muestra una disposición interna contraria al Derecho²⁶⁹.

El fundamento del reproche se encuentra en la libertad (libre albedrio) de los hombres, ya que un sujeto es libre de actuar de uno u otro modo, teniendo total libertad para tomar sus decisiones, así para realizar un juicio de reproche, debe de existir la libertad de elección de regirse por la norma o no, es decir que el sujeto tuvo la libertad de motivarse por la norma, la libertad de actuar en el sentido de la ley, de acuerdo a las exigencias del derecho y decidió no hacerlo y por dicha razón se le reprocha su conducta.

Ahora bien respecto de la culpabilidad en el delito culposo, considero que el juicio de reproche se refiere inminentemente a la violación de una norma de cuidado, ya que de acuerdo al libre albedrio el sujeto tiene la facultad de decidir su comportamiento adecuando su conducta a las normas de cuidado existentes, por lo que el juicio de reproche en la culpabilidad radica en que no decidió motivarse por dichas normas.

Ahora bien hay que recordar que en la culpabilidad ya se ha constatado la existencia de una conducta típica, misma que también es antijurídica, y en la

²⁶⁹ ZAFFARONI. Óp. Cit. 242. p 543.

culpabilidad solamente se establece si dicha conducta le es reprochable la violación del deber de cuidado o bien de la norma de cuidado y si le era exigible motivar su conducta en la norma de cuidado.

Entrando al estudio de los elementos de la culpabilidad se tiene que sus elementos son la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), conciencia (conocimiento) de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, mismas a las que se le contraponen sus elementos negativos que excluyen la culpabilidad que son la inimputabilidad, error sobre la justificación y las excluyentes de exigibilidad (no exigibilidad de otra conducta). Por lo que se estudiará brevemente cada elemento de la culpabilidad y su elemento negativo.

Imputabilidad.

La imputabilidad para el maestro Gómez Benítez citado por el maestro Daza Gómez significa la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión.²⁷⁰

El maestro Márquez Piñero define que la culpabilidad consiste en la capacidad de conocimiento y capacidad de motivación de un sujeto, respecto de la norma, mismo que es un presupuesto esencial de la reprochabilidad.²⁷¹

De lo anterior se entiende que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, es decir, la capacidad del autor para comprender lo injusto del hecho y determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión.

El maestro Muñoz Conde establece que la culpabilidad se basa en que el autor del injusto penal (hecho típico y antijurídico), tenga facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para que pueda ser motivado en sus actos por los mandatos normativos (en materia específica de delitos culposos por la norma de

²⁷⁰ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. 70. p 227.

²⁷¹ MÁRQUEZ PIÑERO. Óp. Cit. 37. p 249.

cuidado). Al conjunto de dichas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable de la realización de una conducta típica y antijurídica, se le conoce como culpabilidad o más modernamente, capacidad de culpabilidad. Ahora bien quien carece de dicha capacidad, ya sea por carecer de madurez suficiente o por sufrir alteraciones psíquicas, no puede ser declarado como culpable; por no poder comprender lo injusto del hecho y determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión, y por tanto no puede ser hecho responsable penalmente de sus actos. Así, concluye acertadamente el maestro Muñoz Conde, el concepto de imputabilidad sirve para determinar cuáles hechos antijurídicos pueden ser atribuidos a su autor, y en consecuencia que el mismo responda por ellos.²⁷²

El maestro Zaffaroni establece que imputable es la conducta que sólo se puede poner a cargo del autor cuando éste tiene la capacidad psíquica de comprender su antijuridicidad y para adecuar su comportamiento a dicha comprensión.²⁷³

El elemento negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad que se estudia a continuación.

Inimputabilidad

Se entiende a la inimputabilidad como la falta de imputabilidad de un sujeto por no tener las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para que pueda ser motivado en sus actos por los mandatos normativos, es decir la inimputabilidad es la incapacidad de comprender la norma y motivarse por ella.

Dicha inimputabilidad se puede determinar por dos causas distintas, la primera de ellas al no haber concluido un proceso fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición que empieza en la niñez y finaliza para fines del derecho con la mayoría de edad, misma que lleva a una edad de conocimiento y determinación; y por otra parte refiere a los trastornos de las

²⁷² Citado por ROMÁN QUIROZ Verónica, La culpabilidad y su complejidad de su comprobación. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2006. p 206.

²⁷³ ZAFFARONI, Óp. Cit. Nota 216. p 659.

capacidades de conocimiento y determinación, de orden patológico o fisiológico que reportan la ausencia de imputabilidad.

Ahora bien como se ha mencionado no se puede determinar la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) de forma positiva, sino a través de la ausencia de determinados fundamentos que la excluyen, mismos que son la minoría de edad y los trastornos mentales.

Minoría de edad

Ahora bien como se ha señalado para la existencia del juicio de reproche se requiere de la existencia de una capacidad psíquica del sujeto para comprender el hecho realizado y su trascendencia, por lo que las leyes consideran que dicho juicio (capacidad de comprensión y determinación) se puede realizar a quien es mayor de edad, y por lo tanto a partir de ese momento el sujeto es considerado como imputable.²⁷⁴

En el sistema penal mexicano la mayoría de edad comprende desde los 18 años, por lo que presupone que un menor de dicha edad le falta la comprensión de la norma, hecho que considero desafortunado ya que existen ocasiones en que menores de dieciocho años tienen la capacidad de discernimiento y mayores de dicha edad que no tienen la referida capacidad, de esta forma los menores de edad son considerados inimputables plenos, por lo tanto incapaces de culpabilidad.²⁷⁵

Aunque me adhiero a la opinión de maestro Daza Gómez con respecto de que legalmente los menores sean considerados como inimputables, ya que la edad no responde de manera fáctica con la capacidad de comprensión y determinación, y tampoco es funcional penalmente, ya que si bien es cierto delimita la edad penal determina que un mayor de edad puede realizar el juicio

²⁷⁴DÍAZ ARANDA. Óp. Cit. Nota 33. p 379..

²⁷⁵DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 254.

para comprender el hecho realizado y su trascendencia y no es objeto de prueba, también lo es que no es el adecuado.

A este respecto el maestro Díaz Arana establece que la edad penal o imputabilidad se ha fijado a partir de los dieciocho años siempre que el sujeto goce de sus facultades mentales²⁷⁶.

Trastornos mentales

Los trastornos mentales dan lugar a la inimputabilidad del sujeto y de esta forma a la exclusión de la culpabilidad, dichos trastornos pueden ser permanentes o transitorios, y de diferentes grados, situación que debe de ser valorada para establecer el grado de afectación del individuo y así determinar que tan disminuida tiene su capacidad y resolver si se excluye por completo su imputabilidad o solo está atenuada²⁷⁷.

En este caso hay que señalar que el legislador parte del supuesto de que los adultos (mayores de edad) son imputables, pero dicha imputabilidad se pierde si existen trastornos mentales, siendo el método psicológico-normativo de constatación de la imputabilidad, el que definiría si se tienen o no trastornos mentales.

Así cuando la imputabilidad está completamente anulada solo podrá imponerse una medida de seguridad pero si el trastorno mental no anula la capacidad psíquica entonces será disminuido el juicio de reproche y se aplicará una pena menor.

El Código Penal para el Distrito Federal en la fracción VII del artículo 29 establece en su ordenamiento legal los trastornos mentales de la siguiente forma: *“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa*

²⁷⁶ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 33. p 379.

²⁷⁷ DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 379.

comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación”.

De la descripción legal anteriormente se desprende que para la procedencia de la inimputabilidad se requiere la existencia de un trastorno mental o bien de un desarrollo intelectual retardado, estados que deben de tener como consecuencia la incapacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito del injusto, ya que si dichas alteraciones no son suficientes para alterar dicho conocimiento, en la especie no se puede tratar de una inimputabilidad.

También dicho precepto legal establece *la actio in libre causa*, misma que ha sido desarrollada en anterioridad, por lo que me remito a lo anteriormente tratado.

Conocimiento (conciencia) de la antijuridicidad

El segundo elemento de la culpabilidad lo constituye el conocimiento de la antijuridicidad, también denominado por algunos autores como la conciencia de la antijuridicidad, por lo que para la existencia de la culpabilidad (juicio de culpabilidad) se requiere que el sujeto activo del delito conozca o sepa que está actuando de manera antijurídica; de esta guisa la culpabilidad no tiene formas, sino grados; es graduable respecto del grado de conocimiento de la antijuridicidad del hecho; así si se tenía el conocimiento pleno de que su conducta era antijurídica hay una culpabilidad plena, si no se tuvo dicha conciencia existirá un error de prohibición; mismo que sucede que bien no exista culpabilidad (error invencible) o exista una juicio de reproche menor, por lo tanto una culpabilidad menor (error vencible).²⁷⁸

²⁷⁸ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 251 y 252.

El maestro Zaffaroni refiere que la comprensión es un concepto sintético, ya que el más alto nivel de capacitación humana implica internalización o introyección²⁷⁹, encierra y presupone el simple conocimiento y la mera información, por lo que establece, que la ley no requiere una comprensión efectiva de la antijuridicidad; sino solamente la posibilidad exigible de su comprensión, misma que resulta necesaria para la realización del juicio de reproche. Ya que el reproche de un injusto cuyo carácter no ha sido comprendido por el agente resultaría que el mismo no fue realizado en un ámbito mínimo relevante de autodeterminación.²⁸⁰

El maestro Roxin señala sobre la conciencia de la antijuridicidad, significa que el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido, lo anterior deriva de que el conocimiento de que la conducta está prohibida por el Derecho (conocimiento de la prohibición) debería bastar para que el sujeto motivase su conducta con apego a Derecho²⁸¹.

Con respecto el maestro Díaz Arana establece que dicho conocimiento se constata el conocimiento del sujeto activo del delito, de estar realizando un injusto y tener dicha voluntad de hacerlo, es decir, tiene conciencia de antijuridicidad el sujeto que sabe que está privando de la vida a otro sin estar amparado por alguna causa de justificación y lo realiza.²⁸²

Ahora bien el conocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos, exige que el sujeto conozca que está violando una norma de cuidado y por lo tanto creando un riesgo no permitido para su constatación, y que dicho conocimiento de la violación de la norma de cuidado, no se encuentre amparado por una causa de justificación.

²⁷⁹ La introyección es un proceso psicológico por el que se hacen propios rasgos, conductas u otros fragmentos del mundo que nos rodea, especialmente de la personalidad de otros sujetos. La identificación, incorporación e internalización son términos relacionados.

²⁸⁰ ZAFFARONI, Óp. Cit. Nota 216. p 647.

²⁸¹ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 869.

²⁸² DÍAZ ARANDA, Óp. Cit. Nota 146. p 380.

Error de prohibición

El elemento negativo sobre el conocimiento de la antijuridicidad se encuentra en el error de prohibición, mismo que se da cuando el sujeto activo no tiene conciencia de la antijuridicidad o bien actúa bajo la creencia de que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación, siendo en la realidad que no se encuentra amparado por alguna causa de justificación, ya sea bien por una falsa apreciación de la causa o bien por la falta de algunos de los elementos que componen dicha causa de justificación.

Con respecto de la falta de conciencia de antijuridicidad el maestro Roxin refiere que la conducta del sujeto activo del delito no ha reflexionado sobre la posibilidad de que su conducta sea antijurídica, *“ya que la persona que no tiene ni la menor idea de la antijuridicidad de su conducta no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a derecho o antijurídicamente, no es culpable; si tampoco en el caso de haber hecho examen interior habría podido tener conciencia de la antijuridicidad de su hecho”*.²⁸³

En el segundo supuesto el sujeto cree actuar bajo una causa de justificación que no existe o bien el sujeto extiende en demasía los límites de la causa de justificación en sí existente, ya sea bien que las medidas defensivas sobrepasen la medida de lo necesario o bien se dirigen contra agresiones futuras no amparadas por la legítima defensa.²⁸⁴

El artículo 29 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal establece que se excluye el delito respecto del error de prohibición si (Error de tipo y error de prohibición). *“Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea*

²⁸³ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 870.

²⁸⁴ *Ibidem*. p 871.

que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código”.

Por lo que se puede establecer que en cuanto al error de prohibición se encuentra englobada en el inciso b), con dos supuestos el primero de ellos refiere “*ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma*”; en el cual existe un desconocimiento de la antijuridicidad, ya que el sujeto activo desconoce que la conducta que realiza es contraria a derecho; y el segundo de ellos “*porque crea que está justificada su conducta*” se refiere inminentemente a la actuación de la falsa creencia de obra amparado por una causa de justificación.

A esto el maestro Díaz Arana establece que el legislador mexicano crea dos clases de error, el error sobre la justificación y el error de prohibición, mismos por los cuales se puede excluir o disminuir la culpabilidad del autor, situación que se traduce en la exclusión o disminución del reproche; y por lo tanto en la exclusión de la aplicación de la pena o bien su disminución.

Respecto de las consecuencias de la pena la maestra Román Quiroz establece que el legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, es decir si no se puede vencer o evitar su error se actúa de un modo típico y antijurídico pero no culpable, y por lo tanto han de ser absueltos. Pero si el error fuere vencible, no se excluye la culpabilidad, sino se conduce a la atenuación de la pena. Refiere que cuando se está bajo un error invencible no se puede reprochar el injusto ya que quien no posee la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma no es normativamente asequible y actúa por lo tanto sin culpabilidad²⁸⁵.

En el caso de la culpa se excluye el delito si el error de prohibición es invencible, en caso de que el mismo resulte vencible se aplicará la tercera parte

²⁸⁵ ROMÁN QUIROZ Óp. Cit. 272. p 206.

de la pena del delito que se trate, lo anterior en términos del artículo 83 fracción segunda del Código Penal Para el Distrito Federal.

Exigibilidad de otra conducta

El último elemento de la culpabilidad es la exigibilidad de otra conducta, ya que el juicio de reproche sólo se podrá realizar si en el caso concreto le es exigible al autor una conducta distinta; es decir si el autor de un injusto penal le es exigible que en la situación concreta en la que se hallaba, se condujera conforme a derecho, ya que de esta forma se puede constatar su culpabilidad y la imposición de la pena.

Por lo que esta posibilidad de autodeterminación para actuar conforme a derecho es una de las bases de la reprochabilidad; de lo anterior se desprende que cuando no se pueda exigir un comportamiento adecuado a la norma, no habrá reprochabilidad y por lo tanto no habrá culpabilidad.

La maestra Román Quiroz, establece que lo que se reprocha al autor es la realización de un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara, de tal forma la reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad, por lo que, la exigibilidad es previa a la conclusión del juicio. La exigibilidad deriva del respeto de las normas y la no afectación de bienes jurídicos, motivo de la norma, de esta forma existen dos tipos de exigibilidad la genérica, que deriva de que todas las personas tienen la obligación de respetar las normas; y la específica que refiere al caso concreto y sirve de base para la reprochabilidad, y no es otra cosa de que a un sujeto en un determinado momento y con determinadas circunstancias, le era exigible el respeto del contenido de la norma.²⁸⁶

El maestro Daza Gómez con respecto de la no exigibilidad de otra conducta refiere que es la figura en la cual el sujeto activo, debiendo motivar su conducta por la norma y no lo hizo, no se le puede formular un juicio de reproche por haber

²⁸⁶ *Ibidem.* p 212.

cometido un injusto penal, debido a que no tenía otra opción. Así la no exigibilidad de otra conducta se presenta bajo la forma de una inhibición extraordinaria con respecto de actuar conforme a la norma.²⁸⁷

Así este es el polo opuesto de la exigibilidad de otra conducta, es decir cuando en el caso concreto quien comete un injusto penal no se le puede reprochar su conducta por qué no se le es exigible haber actuado de manera diferente; estas situaciones constituyen las causas excluyentes de la exigibilidad de otra conducta.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 29, a este respecto establece que *“En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”*.

Estado de necesidad disculpante

El estado de necesidad disculpante constituye la más importante aplicación de la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho, a pesar de la capacidad de imputación y comprensión de injusto.²⁸⁸

Como se ha estudiado con anterioridad cuando existe un conflicto de bienes de igual valía, es decir, en el caso de estudio concreto cuando se debe de sacrificar la vida de una persona para salvar la de otra, no se justifica el sacrificio de un bien por el otro, circunstancia que origina que el juicio ya no radique en los hechos si no en el autor a quien no se le puede exigir sacrificar su bien para salvar el de otro, o bien del lado contrario no se le es reprochable sacrificar la vida de otra persona con el fin de conservar la suya; por lo que dicho juicio se resuelve en la culpabilidad como estado de necesidad disculpante.

²⁸⁷ ROXIN. Óp. Cit. Nota 84. p 270.

²⁸⁸ ROMÁN QUIROZ. Óp. Cit. Nota 272. p 216.

En la doctrina también se le conoce como estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, diferenciándose del estado de necesidad disculpante por el bien jurídico, ya que cuando es mayor que el interés sacrificado se está en un estado de necesidad justificante; pero cuando se trata de bienes de igual entidad será estado de necesidad disculpante.²⁸⁹

El ejemplo más sobresaliente en la doctrina con respecto al estado de necesidad disculpante es el de el naufrago que priva de la vida a otro para quedarse en la tabla que sólo podía soportar el peso de uno de ellos (tabla de Carneades).

Miedo insuperable

También denominado como miedo grave consiste en un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto; insuperable, que refiere a que no se puede superar a la exigencia media de soportar males y peligros, de esta forma la insuperabilidad constituye un requisito objetivo.

Considero que el juicio de reproche en los delitos culposos, debe ser más flexible que en los delitos dolosos, ya que en el caso de los delito culposos entiendo que la violación de la norma de cuidado puede no necesariamente bajo la existencia de un miedo grave insuperable, sino por un simple sobresalto, o bien por encontrarse el activo aturdido, por lo que no se requiere la existencia como tal del miedo grave para evitar el reproche del injusto penal, como si se requiere en los homicidios dolosos.

El maestro Roxin refiere que también debe de producirse la exculpación de los delitos culposos, cuando la imprudencia aparece como insignificante en virtud de una disminución sustancial de otra índole, misma situación que debe de regir

²⁸⁹ DAZA GÓMEZ. Óp. Cit. Nota 70. p 270.

de manera especial en los que el sujeto no le resulta directamente imposible, pero si sustancialmente más difícil una conducta distinta²⁹⁰.

También refiere la exclusión de la responsabilidad cuando la significancia de la imprudencia se deba que ha sobrepasado por poco el deber de cuidado exigible, ya que cuando se supera en un límite pequeño el riesgo permitido o se es culpable por una pequeña falta de atención, ello queda por debajo del merecimiento de una pena, ya que el empleo de una precisión mecánica durante toda la vida es inexigible²⁹¹.

Ahora bien la maestra Román Quiroz hace referencia de la exigibilidad de otra conducta en los delitos culposos refiere que no se puede hacer un juicio de reproche cuando se actúa sin pensar, en estado de aturdimiento, temor, susto o sobreesfuerzo; también estableciendo que no se es reprochable la conducta cuando la lesión a la norma de cuidado conocida o conocible por él, cuando al peligro de los bienes jurídicos estaba tan alejado que no se podía exigir la omisión del hacer diligente, cuando dicha omisión hubiera acarreado consecuencias considerables.²⁹²

El artículo 5 del Código Penal para el Distrito Federal refiere con respecto de la culpabilidad que: *“No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste. Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las*

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Óp. Cit. Nota 84. p 1041.

²⁹¹ *Ibidem*. p 1042.

²⁹² ROMÁN QUIROZ Verónica. Óp. Cit. Nota 272. p 213 y 214.

condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse”.

De lo anterior se desprende que para la aplicación de una pena se debe de estar ante la presencia de un injusto penal, el cual pueda ser reprochable al activo, en el caso de los delitos culposos y en especial del homicidio culposo, se entiende que para la realización del juicio de reproche es necesario ampliar los límites de inexigibilidad de otra conducta, ya que la realización del tipo penal tiene como base la violación de un deber de cuidado, ordenado por una norma de cuidado; por lo que la violación de dichas normas es más fácil de realizar, que la realización de un tipo doloso, por la naturaleza de la misma.

De esta guisa al ser mayores los límites de la inexigibilidad de una conducta por las situaciones ya señaladas anteriormente, delimitadas por el maestro Roxin y la maestra Román Quiroz, criterios que comparto, se debe de hacer la reprochabilidad de una conducta culposa respecto de las condiciones objetivas y subjetivas del caso en concreto teniendo en cuenta que los seres humanos no son perfectos, y tienden a cometer errores, e incluso la persona más precavida y atenta, en algún momento de sus vida, bien por no ser una máquina, o derivado de las circunstancias particulares puede violar el deber de cuidado, que en la mayoría de las ocasiones no acarreará otra cosa que la violación de reglamentos, pero en algunas mas podría acarrear la realización de un tipo penal, las reglas de reprochabilidad deben ser menores que en los delitos culposos.

A efecto de conclusión del análisis dogmático creo que la naturaleza del homicidio culposo es muy diferente a la del doloso, ya que en el injusto doloso como elemento básico y medular del mismo, se refiere a la voluntad (dolo) del sujeto para realizar el injusto y por tanto como elemento del mismo la privación del bien jurídico tutelado de mayor importancia, es decir, la vida de otro ser humano, o bien dicha privación derivado de la realización dolosa de un tipo penal diferente pero como consecuencia del mismo se acepta dicha privación de la vida (dolo indirecto o eventual), por lo que en el caso de un homicidio doloso el Estado debe

de actuar de manera efectiva y enérgica, no tanto por la privación de la vida, sino por el ánimo con el que actúa el sujeto, con la voluntad final del sujeto activo del delito.

En cambio en el homicidio culposo, no se puede ni debe de tener una reacción tan enérgica por parte del Estado, ya que la esencia de la misma es diferente del dolo, es más se puede determinar que en muchos casos, el sujeto activo del delito de homicidio culposo, no tenía en mente como posible la realización del injusto penal de homicidio, es decir al violar una norma de cuidado no pasa por su mente la posibilidad de que se produciría la privación de la vida.

Por lo que al no tener presente dicha posibilidad en su mente, no se debe de aplicar una pena severa ni enérgica, por parte del estado por la realización del homicidio culposo, ya que como se ha estudiado en el capítulo anterior, la aplicación de una pena privativa de libertad no tendría justificación alguna, por lo que considero que se debe de buscar una nueva forma de sanción más humana, entendiendo que todos los seres humanos son factibles de violar normas de cuidado, y por lo tanto en una de dichas violaciones se puede privar la vida de una persona. Mencionado esto se pasará al estudio de la punibilidad en el delito del homicidio culposo.

3.2.5. PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Así un comportamiento es punible se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

3.3. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA EL HOMICIDIO CULPOSO.

En el caso del homicidio culposo establecido por el legislador en el Distrito Federal establece una penalidad de dos a cinco años, De acuerdo a la legislación para el Distrito Federal la pena para el homicidio culposo es de 2 a 5 años de acuerdo a lo establecido por los artículos 123 en concordancia con el 76 de dicho ordenamiento legal, además de la reparación del daño; se podrá imponer una medida de seguridad por el tiempo de la pena.

El artículo 139 del Código en comento refiere que si el homicidio culposo se cometiera en agravio de un “familiar”, si el activo no se encuentra en *a.l.i.c* no se aplicará pena alguna, lo anterior en razones de política criminal y por que el sujeto sufrirá un dolor interno por la realización de dicho homicidio.

En cuanto al homicidio culposo con motivo de tránsito la pena será de cuatro a diez años de acuerdo a lo establecido por el artículo 140 del Código Penal para el Distrito Federal, si el sujeto activo se hallaba bajo el influjo de alcohol o drogas o bien no prestara auxilios a la víctima, por lo que se entiende que en caso de que no concurren cualquier de estas circunstancias se aplicará la pena del homicidio culposo anteriormente señalada.

Además de las penas privativas de la libertad, y la suspensión de derechos, se deberá de reparar el daño tomando como cantidad mínima a la reparación la de \$ 45,393.40 (cuarenta y cinco mil trescientos noventa y tres pesos 40/100 M.N).

No. Registro: 181,030

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Julio de 2004

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN.

En observancia a los argumentos que dieron origen a la jurisprudencia 1a./J. 88/2001 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 113, de rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)." en los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo (de aplicación supletoria al Código Penal para el Distrito Federal) se establece la cantidad mínima que por reparación del daño (material y moral) debe pagar quien resulta penalmente responsable del delito de homicidio, de tal manera que si del proceso se obtienen pruebas que demuestran que la indemnización debe ser mayor a la señalada en la legislación laboral, ésta será la cantidad por la que el juzgador debe condenar, pues en tal supuesto cobra plena aplicación lo dispuesto en el artículo 43 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el que se regula que la reparación del daño será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso, de lo que se colige entonces, que los montos de la reparación del daño por concepto de gastos funerarios (daño material) y daño moral pueden ser mayores a los señalados en la ley laboral, máxime que la aplicación de las normas laborales no puede prevalecer sobre la legislación penal, como en el caso, donde tal aspecto está regulado expresamente en el Código

Penal, ello en obediencia al principio general de derecho relativo a que la ley especial prevalece sobre la general.

3.4. COMPARATIVOS DE LAS PENAS PARA EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO ESTABLECIDAS EN ALGUNAS ENTIDADES FEDERATIVAS CON LAS ESTABLECIDAS POR EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ahora bien en este punto de la presente investigación se realizará un breve estudio comparativo entre las penas de prisión para el homicidio culposo establecidas en los estados de Coahuila, Nuevo León, Chihuahua, Estado de México y Morelos.

Coahuila

El Código Penal de dicha entidad federativa establece en su artículo 28 que en caso de homicidio culposo se aplicará una pena privativa de libertad de tres días a cinco años tres meses de acuerdo lo anterior derivado de en el caso de delitos culposos la pena aplicable es "*Desde tres días, hasta una tercera parte del máximo de prisión*", y tomando en cuenta que el tipo penal para homicidio doloso es de siete a dieciséis años, se obtiene los límites de la penalidad anteriormente señalada. Por lo que comparación a las penas en el Distrito Federal se desprende que la pena máxima a aplicar es igual, pero la menor no ya que en el estado de Coahuila es menor.

Ahora bien si se trata de homicidio culposo con motivo de tránsito, y el sujeto activo se encuentra bajo el influjo del alcohol o estupefacientes se aplicará una pena de un año nueve meses a ocho años, de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 del Código Penal para el Estado de Coahuila, estableciendo una pena menor en ambos aspectos a comparación del Distrito Federal.

Chihuahua

El artículo 61 del Código Penal para el Estado de Chihuahua, establece una pena de tres a cinco años, sin hacer distinción del delito culposo originado, por lo que el homicidio culposo entra en estas circunstancias, además de la suspensión de la profesión, oficio u actividad que originó dicha conducta culposa.

En caso de homicidio culposo con motivo de tránsito cuando se encuentre bajo el influjo de cualquier sustancia que produzca alteración en su capacidad para la correcta conducción, el artículo 62 establece una pena de tres meses a seis años; pero si el agente se encuentra prestando un servicio remunerado de transporte de personas ya sea público o privado la pena a aplicar será tres meses a ocho años.

Nuevo León.

El Código Penal para el Estado de Nuevo León con respecto de la culpa en su artículo 28, maneja un concepto novedoso definiendo que *“Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las leyes o reglamentos, las circunstancias y sus condiciones personales, o las normas de la profesión o actividad que desempeña. Así mismo en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce en la confianza de poder evitarlo”*.

La pena para los delitos culposos en general es de un año a seis años, con las excepciones contenidas en dicho Código, a parte de la suspensión por igual término o pérdida de derechos para ejercer profesión u oficio, según el grado de la culpa (artículo 65).

La única excepción a lo anterior se encuentra en los artículos 66, 67 y 68 del ordenamiento legal en comento; en el homicidio culposo con motivo de tránsito en el cual se aplicará una pena de dos a ocho años de prisión tratándose de cualquier vehículo automotor; en caso de tratarse de vehículos destinados servicio público de pasajeros o de transporte escolar; si se encuentra con culpa grave,

misma que el dicho código establece que existe culpa grave si se conduce bajo estado de alteración voluntaria.

El artículo 72 del Código Penal para el Estado de Nuevo León establece también un inejercicio de la acción penal o su sobreseimiento y se tendrá por extinguida la acción penal en los delitos cometidos con motivo de tránsito de vehículos si concurren los siguientes supuestos:

- Que no exista culpa grave por conducir en estado de intoxicación voluntaria;
- Que el activo no huya y si se retira del lugar de los hechos sea con causa justificada y se presente de inmediato dentro de las siguientes cinco horas ante la autoridad de Vialidad y Tránsito o Ministerio Público;
- Que no haya sido condenado por sentencia ejecutoria por esta clase de delitos; y
- Que se haya reparado el daño ante la autoridad.

De lo anterior se desprenden cuestiones a valorar como el establecimiento de una pena general para los delitos culposos, variando la situación en el caso de homicidio culposo en cuestión de tránsito cuando el agente se encuentra bajo el influjo de bebidas alcohólicas o estupefacientes; pero indiscutiblemente el adelanto más grande es el contenido en el artículo 72 del código en comento, ya que como se ha referido en el presente capítulo, considerando que a los seres humanos es imposible exigirle un comportamiento robotizado, con respecto de la violación de las normas de cuidado; violaciones de los deberes de cuidado, por lo que considero afortunado el establecer que si no existe una culpa grave, el agente no se da a la fuga y presta atenciones a la víctima no tiene razón de ser la aplicación de una pena privativa de libertad buscando en todo momento la reparación del daño originado, como presupuesto indispensable para la no aplicación de una pena corporal.

Estado de México

El Código Penal para el Estado de México establece en su artículo 60, una pena privativa de la libertad, en general para los delitos culposos incluidos el homicidio, de seis meses a diez años; y con respecto al homicidio culposo con motivo de tránsito si se tratare de vehículos destinados al transporte público y relacionados, la pena aplicable será de tres a doce años de prisión.

Estado de Morelos

El Código Penal para el Estado de Morelos es uno de los que aplican una punibilidad mayor para el caso del homicidio culposo que va de siete años seis meses a quince años de prisión, ya que su artículo 62 refiere que a los delitos culposos con hasta la mitad de las sanciones asignadas al delito doloso que corresponda; y el tipo penal de homicidio simple establece una pena de quince a treinta años de prisión (art. 106).

Con respecto del homicidio culposo que por tránsito de vehículos automotores en estado de ebriedad o influjo de drogas, el artículo 1298 de del Código Penal para el Estado de Morelos establece una pena será de seis a veinte años.

De los comparativos anteriormente realizados, se desprende que en algunas entidades federativas, se tiende a aplicar una regla general para la aplicación de la pena en los delitos culposos en general, lo que resulta interesante, ya que lo que se sanciona como fundamento en dichos delitos es la violación del deber de cuidado, siendo que la realización del injusto es consecuencia directa de la referida violación. Entendiendo que el resultado de una violación del deber de cuidado, en ocasiones puede no tener consecuencias que importen al Derecho Penal, lo anterior por no haber atacado directamente bienes jurídicamente tutelados por el Derecho Penal.

Pero otras ocasiones dicha violación puede tener consecuencias penales, debido a la violación de un bien penalmente tutelado, originando simples daños

materiales, o bien lesiones leves; pero en otras ocasiones pueden originar la privación de la vida. Pero como el fundamento del tipo culposo y lo que se le reprocha al sujeto es no haberse conducido de acuerdo a las exigencias de la norma de cuidado, creando un riesgo no permitido, considero correcta la aplicación de una penalidad en general a los delitos culposos, ya que con dicha violación no se pretende la afectación de un bien jurídicamente tutelado en concreto.

CAPITULO IV

REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1. CONCEPTO DE DAÑO

En los capítulos anteriores sea realizado un estudio de la evolución de las ideas penales, de cómo el Estado toma en sus manos la labor de hacer “justicia” adquiriendo las facultades de capturar, juzgar, sentenciar, y buscar la rehabilitación de los delincuentes. Pero hay que señalar que con dichas facultades y en la búsqueda del bienestar público y social, se ha soslayado a la víctima y/u ofendido, por lo que a la par de lo anterior también se debe buscar medios para hacer eficientes los derechos de la víctima y ofendido, dándole un papel más importante en el Derecho Penal y tratando en todo momento de buscar que el daño ocasionado a su esfera, le sea reparado y resarcido oportunamente y de manera eficaz.

Siendo el desarrollo de los capítulos anteriores el sustento teórico para poder establecer lo referente a las teorías de las penas, y mi postura con respecto del fin y función de la pena; así como un esbozo de la reparación del daño como pena pública autónoma y un acercamiento a su importancia como “tercera vía” del Derecho Penal, que en este capítulo se desarrollará en sus demás aspectos; de igual manera se ha realizando un estudio del delito de homicidio, haciendo un énfasis notable al homicidio culposo, su estructura típica y fundamentos, ahora bien resulta necesario en este punto hacer referencia al concepto de daño y la reparación del mismo; sus implicaciones, a efecto de poder concluir el planteamiento que interesa.

En un primer acercamiento al concepto de daño, es necesario establecer que la comisión de un delito produce un daño público, ya que el mismo afecta intereses colectivos, la vigencia del Estado; pero junto a este daño produce afectaciones a los intereses patrimoniales y/o morales de los individuos;

señalando que el Derecho Penal siempre a enfocado su atención al ataque de la colectividad dejando de lado la afectación del individuo. Aunque en últimos tiempos dicha circunstancia ha ido cambiando al darle poco a poco los juristas, criminólogos e investigadores dándole más importancia a la figura de la víctima y a la reparación del daño derivado de la comisión de un delito.

Así este daño individual es el que interesa a la presente investigación, aquel que recae y afectan a las personas tanto en lo físico, como en lo moral, en su patrimonio, integridad corporal y demás, por lo que derivado de dichas conductas delictivas resulta necesario darle a los ofendidos y/o víctimas la satisfacción de reparar el daño.

Así quien comete un delito, que ocasione a un daño, tiene la obligación de repararlo; y es responsabilidad del Estado hacer efectiva dicha reparación ya que el mismo no debe de dejar a la víctima de un delito en una total desatención prolongando su injusticia; sino de modo coactivo exigir dicha reparación del daño.

Debiendo ser obligatoria dicha reparación de acuerdo al principio de que *“todo daño injusto debe ser reparado por quien lo provocó, a menos que exista una causa de justificación de la conducta lesiva”*.²⁹³

3.1.1. DAÑO

Etimológicamente daño proviene del latín *damnum*, que refiere a daño, deterioro, menoscabo, destrucción ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas o valore morales o sociales de alguien. Principio general de derecho, de secular origen establezca que todo aquel que cause un daño a otro, tiene obligación de repararlo.²⁹⁴

²⁹³ AGOGLIA, María Martha. El Daño Jurídico, Enfoque Actual. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2002. p 9.

²⁹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Óp. Cit. Nota 66. Voz daño.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define daño como: *Efecto de dañar, que refiere a Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; maltratar o echar a perder algo.*²⁹⁵

Desde una perspectiva general, se interpreta de una manera netamente subjetiva, en función de un fenómeno físico que afecta de manera directa o indirecta a la gente. Por lo que de manera común se identifica al daño como un sinónimo de molestia, perjuicio, malestar o dolor; mismo que se produce cuando se afecta el valor de algún bien cualquiera que sea su naturaleza.

Por lo que se entiende al daño como toda lesión, menoscabo, detrimento que sufre una persona en su patrimonio y/o persona.

Pero de acuerdo al punto y tema que concierne el término de daño del cual se debe de hacer referencia es diverso al que tales acepciones refieren, ya que dichas expresiones refieren en términos generales a cualquier modo o forma que lo provoca; en este caso me refiero a bienes que el Derecho Penal tutela; y a daños producidos por la comisión de un delito son aquéllos que interesa estudiar.

En este orden de ideas el maestro Díaz de León define al daño como “*el perjuicio, lesión o detrimento que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión de otro persona. La acción u omisión puede ser dolosa o culposa, aunque el daño puede provenir también de una cosa fortuita. El Derecho Penal fundamenta en el daño la tipificación objetiva de múltiples delitos, así como su punibilidad por el Estado*”.²⁹⁶

El concepto jurídico de daño se encuentra en el artículo 10 de la Ley de Atención y apoyo a las Víctimas del delito para el Distrito Federal, que lo define como las lesiones, físicas o mentales, o la pérdida patrimonial de cualquier naturaleza, como consecuencia de un delito.

²⁹⁵ <http://buscon.rae.es/drae/>

²⁹⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. **Diccionario de Derecho Procesal Penal**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, México, 2000. p 587 y 588.

Por lo que desde un punto de vista jurídico se entiende al daño como un efecto jurídico que una persona sufre a consecuencia de la inobservancia de normas por parte de un tercero, daño que se traduce en el menoscabo o privación de un bien material que forme parte del patrimonio de una persona, o de un bien inmaterial, que no pueda apreciarse en dinero, como puede ser la vida, salud o el honor.

El daño puede ser moral o material, que a continuación se estudian.

3.1.2. DAÑO MORAL

Primeramente hay que definir el daño moral, así el artículo 1916 Código Civil para el Distrito Federal lo define como: *“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”*.

A este respecto el maestro Salvador Ochoa Olvera refiere que *“cuando los derechos de la personalidad son conculcados, estamos ante un agravio moral. Cuando en el campo de protección del derecho se proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, sentimientos, afectos, creencias etc.; el daño causado a estos se denomina daño moral.”*²⁹⁷

El maestro Pavón Vasconcelos refiere que el daño moral *“es un perjuicio de índole moral sufrido por una persona a consecuencia de la lesión de bienes jurídicos extra patrimoniales. La ley tutela bienes de índole material cuya lesión causa un daño patrimonial, pero también protege bienes que para el titular no tienen un estricto valor de esa índole. Por esa razón, se distingue tanto en la ley*

²⁹⁷ OCHOA OLVERA, Salvador. La demanda por daño moral. Editorial Monte Alto. México. 1993. p 7.

*como en la doctrina ambas clases de daño, como consecuencia del delito, estableciendo a cargo del delincuente la obligación de repararlos”.*²⁹⁸

Por lo que se entiende al daño moral como todo agravio que se origina por la violación de alguno de los derechos inherentes de la personalidad, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico, las facultades o presupuestos de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual se resume en el concepto de seguridad persona.

A este respecto se transcriben la siguiente jurisprudencia y tesis aislada respectivamente:

No. Registro: 180,668

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Septiembre de 2004

Tesis: VI.2o.P. J/10

Página: 1618

DAÑO MORAL. LA SOLA MATERIALIDAD DEL ATAQUE A LA INTEGRIDAD FÍSICA COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD ES SUFICIENTE PARA ACREDITARLO Y EXIGIR SU PAGO A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN DE ORDEN ECONÓMICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

²⁹⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Diccionario de Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p 279.

El Código de Defensa Social de esa entidad federativa, a pesar de que establece como sanción pecuniaria la reparación del daño moral (artículo 51, fracción II), no define ese concepto, de manera que hay que acudir al Código Civil local, en cuyo precepto 1958 señala que: "El daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad.", y como el numeral 75, apartado 3, de esa legislación, correspondiente al capítulo segundo, denominado "Derechos de la personalidad", prevé que con relación a las personas individuales, son ilícitos los actos o hechos que lesionen o puedan lesionar su integridad física; y el diverso precepto 1994 establece que: "Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión a la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el Juez fijará el importe de la indemnización del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, la duración de la visibilidad, en su caso, así como la edad y condiciones de la persona.", mientras que los numerales 1988 y 1990 mencionan las disposiciones que habrán de seguirse cuando el daño produce incapacidad total permanente o incapacidad para trabajar que sea parcial permanente, parcial temporal o total temporal, es inconcuso entonces que cuando se lesiona la integridad física, como bien extrapatrimonial, el legislador consideró que se afecta el derecho de la personalidad y, por ende, es operante el daño moral con la sola materialidad del ataque, de manera que la huella o secuela de él constituirá no sólo la prueba exigida en ese caso por el artículo 50 bis del referido ordenamiento punitivo, para que el Ministerio Público pueda exigir su pago, de oficio, sino también una de las circunstancias que deberán atenderse para establecer el monto que por ese concepto, a título de indemnización de orden económico, debe pagar el delincuente; de ahí que esta nueva reflexión sobre el tema obliga a este tribunal a apartarse de criterios anteriores en que sostenía que al margen del ataque material debía probarse la afectación al pasivo, como sustento del pago de daño moral.

No. Registro: 184,505

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVII, Abril de 2003

Tesis: I.4o.C.58 C

Página: 1073

DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En el dictamen de la Cámara Revisora del decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, que reforma, entre otros, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se establece, en lo que interesa: "... La iniciativa se fundamenta en la doctrina civilista contemporánea de los derechos de la personalidad, la cual tiende a garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral.". Los bienes que tutela esa figura son, de manera sólo enunciativa: a) afectos; b) creencias; c) sentimientos; d) vida privada; e) configuración y aspectos físicos; f) decoro; g) honor; h) reputación; e, i) la consideración que de uno tienen los demás. Estos derechos no pueden ser tasables o valorables perfecta ni aproximadamente en dinero, por referirse a la persona en su individualidad o intimidad. Por esa razón, la legislación mexicana adopta la teoría de la comprobación objetiva del daño y no la subjetiva; es decir, basta la demostración de: 1) la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el agente pasivo o agraviado, y 2) la existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesione uno o varios de los bienes que tutela la figura, enunciados con anterioridad. Entonces, no se requiere la justificación de la existencia efectiva ni la extensión o

gravedad del daño, lo cual conduciría a una prueba imposible, y esa demostración y tasación se dejan al prudente arbitrio del juzgador.

Es necesario mencionar que el daño moral se basa en dos presupuestos; la afectación dolosa o culposa de un bien jurídico tutelado y la extra patrimonialidad del bien jurídico afectado; ya que el daño moral es un daño extra patrimonial, y solamente puede definirse en contraposición al daño material.

Por lo que existe daño moral cuando se lesiona la vida, integridad corporal, honor, reputación y decoro, ya que los mismos constituyen un patrimonio moral no pecuniario; entendiendo de esta forma que el daño producido por el delito es evidentemente un daño moral principalmente; pero no dejando de lado que se puede producir un daño patrimonial a las víctimas indirectas de dicha familia, quien primeramente tendrán que cargar con los gastos funerarios, daño patrimonial que es mayor cuando recae dicho delito sobre quien tiende a ser el sustento de una familia.

Es de señalar que en la práctica se hace mayor énfasis en el daño material²⁹⁹, por la facilidad para su cuantificación, cabe mencionar la importancia que tienen también los daños morales, ya que en ocasiones suelen ser los más graves y que producen profundos efectos psicológicos que alteran la vida normal de la víctima.

Por lo que el gran problema del daño moral, que ha sido objeto de un amplio estudio y debate por parte de un sin número de juristas, radica en que el daño moral al no tener una naturaleza económica, al no ser tasable en dinero, resulta difícil comprobar su existencia y aun más establecer el monto de su indemnización. Lo que se traduce en la dificultad de encontrar la forma reparar dicho tipo de daño y aun más su quantum.

²⁹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. Óp. Cit. Nota 30. p 90. En su obra antes citada, señala que es una cuestión muy debatida si la reparación de los daños debe comprender los daños morales, porque expresa: cuando la afeción moral se traduce en el decrecimiento del patrimonio económico, es fácil la valuación de aquél; pero no así cuando esa relación sea imposible de establecer pues entonces más que reparación lo que existirá será nueva pena. Pero las legislaciones van siendo más constantes en la admisión, también, de la reparación del daño moral.

Aunque existe consenso en la doctrina con respecto de que todo daño es resarcible siempre que el mismo haya sido provocado por una conducta antijurídica a un bien jurídicamente tutelado.

Y si bien es cierto que el daño moral no atiende la reintegración de un patrimonio, su reparación va dirigida a proporcionar, dentro de sus límites, una compensación al sufrimiento causado; por lo que es indebido técnicamente hablar de una reparación como tal; si no se debería de hablar de una indemnización o compensación al respecto del daño moral.

Respecto de la cuantificación del daño moral el maestro Calderón Cerezo refiere que *“en ciertos delitos, la imposibilidad de valorar el daño moral sufrido por el ofendido o por sus herederos, obliga a tomar en consideración, todas aquellas circunstancias que dimanen de la naturaleza misma y de las consecuencias y de los efectos de la infracción de que se trate, siempre y cuando esos daños morales, sean la natural e inmediata consecuencia del delito”*.³⁰⁰

Por lo que nuestro sistema legal establece una reparación consistente en la entrega de una suma de dinero, que si bien no vuelve las cosas al estado en que se encontraban, dicha cantidad se entrega a manera de compensación de intereses, de forma que se atenúe el daño moral sufrido por el delito.

Ahora bien el Código Penal para el Distrito Federal establece que para la reparación del daño moral debe ser fijada por los jueces en base al detrimento que se deba reparar, según las pruebas aportadas durante el proceso, pero considero que dicha forma es insuficiente para fijar la reparación del daño, por lo que el juez deberá de tomar en consideración la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma en su capacidad productiva; situaciones que se tomen en cuenta al momento de individualizar la pena.

³⁰⁰ CALDERÓN CERESO, Ángel. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bosch. España. 1999. p 241.

3.1.3. DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL

A diferencia del daño moral, el daño patrimonial puede cuantificarse económicamente, ya que el mismo consiste en un menoscabo pecuniario del patrimonio de un tercero.

El daño patrimonial es aquél que se aprecia a través de los sentidos, que se materializa, afectando directamente el patrimonio de las personas; resultando sencillo el cálculo de los daños realizados, en términos pecuniarios.

Este tipo de daño se presenta de dos formas como daño directo y perjuicio, también denominadas como daño emergente y lucro cesante.³⁰¹ El primero de ellos el daño directo afecta directamente al patrimonio actual de la persona disminuyéndolo, menoscabándolo; en cambio el perjuicio refiere a que debido al delito, la víctima u ofendido deja de percibir ganancias lícitas.

Así el daño material es aquel que cae bajo el dominio de los sentidos, así en función de los anteriores los efectos del daño material deben de ser palpables, tangibles, demostrarse en forma objetiva, observables en realidad sin importar en forma directa o indirecta el patrimonio pecuniario.

3.2. CONCEPTO Y TIPOS DE RESPONSABILIDAD

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la responsabilidad como: “*Cualidad de responsable; deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; y cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado*”.³⁰²

Entonces el concepto de responsabilidad se traduce en la obligación de reparar cualquier daño causado a un tercero, bien por la comisión de un delito

³⁰¹ GHERSI, Carlos A. Derecho y reparación de daños. Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993. p 31.

³⁰² <http://buscon.rae.es/drae/>

(Derecho Penal); o por culpa o negligencia (Derecho Civil); y por el riesgo que resulta de una actividad laboral; en el presente caso se abacará al estudio de la responsabilidad por la comisión de un delito.

A este respecto el maestro Pavón Vasconcelos define a la responsabilidad como “*una deuda, obligación de reparar y satisfacer a consecuencia de delito o culpa*”.³⁰³

En la especie y en relación directa, la legislación penal en el Distrito Federal, establece una naturaleza dual de la responsabilidad por la comisión de un delito referente a la reparación del daño; es decir se establecen dos tipos de responsabilidad derivada de la comisión de un delito, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

La primera de ellas como pena publica, se exige directamente al condenado; y la responsabilidad civil cuando es exigible a una persona diversa que el sujeto activo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 46 del Código Penal para el Distrito Federal: Están obligados a reparar el daño: I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad; II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios; III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

³⁰³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Óp. Cit. 298. p 896.

De lo anterior se puede establecer que la responsabilidad penal reviste la característica de ser una pena pública, implicando que se debe de imponer de oficio por el Juez, y ser solicitada en todo momento por el Ministerio Público, siempre que se acredite que como resultado de la comisión de un delito existan daños a reparar.

En cuanto a la responsabilidad penal es importante señalar que “*es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito*”.³⁰⁴

Por lo que la responsabilidad penal se concreta con la aplicación de una pena, cuando por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, se condene a la reparación del daño; siendo de esta forma al elevarse la reparación del daño como pena pública, se entiende que la responsabilidad penal tiene por objeto el cumplimiento de una pena y la reparación del daño.

3.3. CONCEPTO DE REPARACIÓN

La declaración sobre los principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del abuso del poder, aprobado en el VII Congreso de Prevención del delito y Tratamiento del delincuente de 1985, establece a la reparación del daño como: “*Reparar el daño comprende la devolución de los bienes o el pago por los daño o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos*”.³⁰⁵

El concepto de reparación proviene del latín *reparare*, que quiere decir aderezar, componer o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa, remediar, satisfacer, desagraviar al ofendido.³⁰⁶

³⁰⁴ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas.. Tomo VI.UNAM. México p. 308.

³⁰⁵ BERISTÁIN, Antonio. Nueva criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Valencia : Tirant lo Blanch, 1994. p 224.

³⁰⁶ RÁMIREZ FRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta. Decima edición. México. 1982. p 109.

Así la reparación del daño en la legislación es un derecho subjetivo del ofendido y de la víctima del delito, a efecto de que le sean resarcidos los perjuicios causados a sus bienes jurídicamente titulados, que se vieron lesionados por la comisión de un delito.

El maestro Julio B.L. Maier refiere que la reparación en sentido amplio, es una meta racional propuesta como tarea y necesidad del Derecho Penal; siempre que el mismo cumpla con dos condiciones que no perjudique o vaya en contra de la finalidad de la pena; y que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto.³⁰⁷

De esto se desprenden dos ideas que considero acertadas, primeramente para la funcionalidad de la reparación del daño la idea del fin de la pena (teoría de la pena) que reviste al ordenamiento jurídico de un Estado, debe de ser compatible con la idea de reparación del daño originado por la comisión de un delito; ya que de no ser así el fin de la pena carecería de un sustento teórico correcto lo que resultaría desafortunado.

El segundo punto resulta fundamental, ya que anteriormente la reparación del daño era considerado como una fuente de obligaciones extracontractual, que debía de seguirse mediante procedimiento diverso, lo que resultaba contraproducente y desgastante, tanto para la víctima como para el condenado, al verse en la necesidad de verse inmiscuidos en dos juicios diversos (uno punitivo y otro reparador). Por lo que bajo esta perspectiva es importante, como lo establece la ley, que la reparación del daño sea reconocida como pena pública y que se ventile en el mismo proceso.

El maestro Rogelio Vázquez refiere que la reparación del daño en materia penal, consiste en una restitución del objeto obtenido por el delito, en el pago del

³⁰⁷ MAIER, Julio B.L. y et al. **De los Delitos y de las Víctimas**. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina, 1992. P 208.

numerario que con el delito se hizo el delincuente o una reparación de carácter moral que también puede ser apreciada pecuniariamente.³⁰⁸

La reparación del daño es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.³⁰⁹

Por lo que la misma constituye una pena impuesta al delincuente que lo obliga a restablecer la situación anterior del delito y al pago de los daños y perjuicios causados.

Ahora bien existe una discrepancia entre autores, con respecto de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, ya que para algunos reviste el carácter de pena pública; y algunos más sostienen que es un derecho personal que le asiste al ofendido o la víctima derivado de por la comisión de un delito. Lo anterior tiene su origen en la doble regulación resarcitoria de daños según el daño proceda de un ilícito penal o de un ilícito civil.

Quienes se pronuncian en contra de la reparación del daño como sanción pública en términos generales refieren que dicha reparación “*se trata de una sanción civil derivada de la obligación de restituir y resarcir el daño causado*”.³¹⁰

En el sistema penal mexicano, existe una confusión ya que como lo establece el maestro Colín Sánchez “*si se afirma que la reparación del daño es una pena pública, contrario sensu habría que pensar en “penas privadas”, como si aún el delito fuese considerado como una ente de esa naturaleza...en la legislación mexicana la reparación del daño es en ocasiones pena pública y en otras no lo es, llegando así al absurdo de que algo puede ser y no ser al mismo tiempo*”.³¹¹

³⁰⁸ VÁZQUEZ, Rogelio. El ofendido en el delito y la Reparación del Daño. Talleres de unión Gráfica. México. 1981. p 18.

³⁰⁹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. Decimoséptima edición. México. 1998. pág.723.

³¹⁰ DÍAZ DE LEÓN. Óp. Cit. Nota 296. p 2045.

³¹¹ COLIN SÁNCHEZ, Óp. Cit. Nota 308. 270.

El maestro Sergio García Ramírez refiere que *“el delito causa un daño social y, también, un daño particular que afecta los bienes de la víctima y/o ofendido, de lo cual se desprende el resarcimiento en sede jurisdiccional de dicho daño; así que de esta relación resarcitoria entre el ofendido y el condenado se resuelve la reparación del daño. Por lo que el resarcimiento es reclamable en vía penal, habida cuenta de la fuente de la obligación reparadora y de la conveniencia práctica de exigirla por la misma vía en que se tramita la pretensión punitiva, y no desplazarla a una vía alterna (civil). Por lo que no existe impedimento que el juez de la causa conozca de ambas pretensiones (pretensión punitiva y la reparadora) y las resuelva conjuntamente; por lo que es ahí donde se encuentra el interés social, encauzado como interés de la sociedad en la legítima satisfacción del ofendido. Así, la reparación queda como derecho del titular del bien jurídico vulnerado, de una parte, y como deber del reo ante aquel sujeto (o ante el Estado, inmediatamente y mediatamente ante el ofendido), de la otra. El Estado actúa como facilitador del cumplimiento. Pone a su servicio el aparato de justicia penal, nada menos”*.³¹²

Por lo que considero acertada la inclusión de la reparación del daño como una pena pública, ya que es inminente que dicho daño se produjo por la comisión de una conducta delictiva; así al guardar una relación estrecha el daño social y el daño individual originado por la comisión de un delito, dicha reparación difiere totalmente en cuanto su origen a la reparación civil; por lo que si bien la reparación penal tiene su primer origen y fundamentación en la reparación civil, no por ende resulta dañoso que se halla independizado de la misma para que la reparación originada por un delito se coloque como pena pública buscando así una mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima del delito.

Esta vertiente es recogida por la legislación penal en México, ya que como refiere el maestro Hernández Pliego *“si la acción reparadora la ejercita el*

³¹² GARCÍA RÁMIREZ, Sergio. Consecuencias del Delito. Los sustitutos de la prisión y la reparación del Daño. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 107. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. mayo-agosto. 2003. p 466.

*Ministerio Publico al mismo tiempo que la acción penal, contra el inculpado, entonces ocuparía junto con ésta, el objeto principal del proceso”.*³¹³

Ahora bien mas allá de la naturaleza jurídica que guarda la reparación del daño, esta figura encuentra su importancia en la salvaguarda de los derechos de la víctima y el ofendido; siendo importante en este punto que exista regulaciones adecuadas para que a la victima y/o ofendido se le restituya el goce efectivo de los bienes y derechos que le fueron vulnerados; o bien una compensación en caso de que dichos bienes o derechos no puedan ser recuperados; encontrando en este sentido a la reparación del daño como un fin fundamental de la pena.

La reparación del daño como se encuentra contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal, es una pena pública, pecuniaria. Pero dicha reparación al ser una pena, debe de encontrarse vinculada con los principios constitucionales de la misma y adecuarse, como se señaló en el capitulo segundo, a los principios y fines de la pena; de acuerdo a los siguientes principios:

- La pena constituye una afectación a la esfera jurídica del delincuente; en el caso de la pena de reparación del daño constituye un detrimento en el patrimonio del mismo.
- Uno de los de los principios de la pena, es que la misma sea proporcional con la culpabilidad en la comisión del delito, por lo que la reparación del daño al ser una pena también debe de cumplir con dicho principio, tomando en cuenta a la vez la afectación efectiva que se haya sufrido.
- Al ser la pena personal, la reparación del daño también debe de cumplir con dicho principio; por lo que la reparación del daño como pena sólo se da en el supuesto de que se exija sobre el patrimonio del delincuente; tratándose de la reparación del daño exigible a terceros se trata de una responsabilidad civil.

³¹³ HERNANDEZ PLIEGO. Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. p 12.

- Para poder imponerse una pena, la misma se debe de imponer mediante sentencia dictada por autoridad competente, previo un proceso en el que se le dé la oportunidad al condenado de defenderse, siguiendo las formalidades esenciales del procedimiento; por lo que la pena, también debe de imponerse por medio de una sentencia.
- La reparación del daño debe de ajustarse al fin de la pena; y de acuerdo a lo establecido con anterioridad la reparación del daño contribuye a la reafirmación del derecho violado, y facilita los fines preventivos de la pena; evitando en algunos casos la desocialización del delincuente como efecto de una pena carcelaria. En un primer término la reparación del daño tiene un efecto preventivo especial ya que tiene un carácter disuasivo del delincuente; impidiendo en cierta forma el disfrute de lo obtenido por el delito o bien en el caso de daño moral valorando pecuniariamente la magnitud de su conducta.
- La función de la reparación del daño es un medio de defensa social en el cual se busca una protección eficaz de la víctima y/o ofendido contra el delito y sus consecuencias.

Antes de proseguir con el siguiente punto me parece adecuado, y de suma importancia la opinión del maestro Reyes Echandía quien refiere que la reparación del daño sufrido por las víctimas del delito se ha considerado desde tres expectativas: *“Como obligación del delincuente hacia la parte ofendida; como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales; y como función social perteneciente al Estado en interés directo al particular ofendido, aunque también en interés directo y no menos real de la defensa social”*.³¹⁴

³¹⁴ REYES ECHENDIA, Alfonso. **Derecho Penal**. Undécima Edición. Editorial Temis. Colombia. 1996. p 300.

3.4. FORMAS DE REPARACIÓN

Dinero.

Existen diversas formas de reparar el daño dependiendo del tipo del daño originado; en el primer punto como forma de reparar el daño es mediante la entrega de dinero, ya que por regla general los daños originados son determinados o determinables, teniendo de esta forma una estimación de carácter económico de los mismos.

Este tipo de reparación monetaria se da inminentemente en casos en que el objeto del delito no pueda regresarse ya que el mismo ha sido destruido; e inminentemente en el daño moral: siendo así el dinero tienen un efecto sustitutivo o indemnizador, en este caso entra la reparación en el homicidio.

Especie

La otra forma de pago es en especie, entendiendo por especie que refiere al conjunto de cosas semejantes entre sí por tener características comunes.

En este caso procede resarcir el daño cuando no es posible la devolución del objeto o cosa obtenida por el delito o bien cuando ésta se hubiese destruido y el bien objeto del delito se ha perdido, por lo que la reparación se efectúa con la entrega de un bien de la misma calidad y especie.

En términos generales en el daño patrimonial la reparación consiste en la restitución de la cosa o el pago del precio; y en cuanto al daño moral solo cabe la indemnización que por regla general y, para ciertos casos especiales – injurias difamación y calumnia-, la publicación de sentencia a costa del infractor.³¹⁵

³¹⁵ CARRANCA Y TRUJILLO. Óp. Cit. Nota 30, p 830.

3.5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO PREVISTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En cuanto a la reparación del daño regulada por el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 42 establece los límites de la reparación del daño; es decir los alcances que tiene dependiendo de la naturaleza y afectaciones que haya traído consigo el delito.

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

Esta fracción establece lo referente al restablecimiento del *statu quo*, al restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito.

Por lo que se debe de establecer lo que se enciende por establecimiento, en esta guisa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al restablecimiento como: “*Acción y efecto de restablecer o restablecerse*”; por otro lado restablecer se define como: “*Volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía. Recuperarse, repararse de una dolencia, enfermedad u otro daño o menoscabo*”.³¹⁶

Así la fracción refiere a la noción de retrotraer las cosas a como se encontraban antes de la comisión del ilícito; siendo sin duda esto la mejor forma de sanear los daños producidos.

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

³¹⁶ <http://buscon.rae.es/drae/>

De la redacción del numeral en comento se puede desprender la circunstancia que tratándose de daño material, el sistema adoptado tiene dos vertientes, la primera de ellas la restitutoria que consiste en devolver el objeto producto del delito; y por otro lado si la restitución no fuese posible se debe de hacer el pago de la cosa.

A este tipo de reparación se le conoce doctrinalmente como “reparación natural” o “perfecta”, ya que con la misma se recupera la cosa perdida como consecuencia de la comisión de un delito; o bien en caso de no ser recuperable la misma, se debe de hacer el pago del precio de la misma.

Ahora bien la restitución refiere el maestro Carranca y Trujillo “*es un beneficio en virtud del cual la persona que ha recibido el daño o lesión en su patrimonio, logra que las cosas se repongan al estado o situación jurídica en que se encontraban con anterioridad al momento en que se produjo dicho daño o lesión*”.³¹⁷

Pero dicha reparación solo es posible si la naturaleza de los daños ocasionados es de naturaleza eminentemente patrimonial, ya que en dichos casos se tiene la certeza de cuál es la cosa perdida, pudiéndose devolver la misma, o bien se sabe cuál es el valor pecuniario de dicho bien a efecto de pagarse su valor actualizado; ya que como se ha referido este tipo de daño tiene la capacidad de ser susceptible de estimación económica, mismo que deberá de ser determinado a juicio de peritos.

Cuando la cosa objeto del delito no pudiese ser posible la restitución de la cosa, se puede realizar el pago de dos formas la primera de ellas tratándose de bienes fungibles con la entrega de una cosa igual; o bien el pago del bien actualizado, el cual debe de ser a juicio de peritos, situación que no sucede en caso de bienes fungibles.

³¹⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado. Vigésimo Sexta Edición. Editorial Porrúa. 2007. p 183.

También hay que resaltar que esta fracción establece el pago en especie, al referirse a los bienes fungibles, respecto de los cuales se puede condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia del delito.

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

Este tipo de reparación refiere a aquellos daños sobre bienes que no son susceptibles de medida económica. Debe de realizarse con un bien de distinta naturaleza al que ha sido lesionado, entendiendo en este caso no como la reparación ya referida con anterioridad sino también como una especie de compensación por el daño causado; bajo este supuesto se encuentra la reparación del daño tratándose de homicidio y lesiones.

Establece lo que la doctrina conoce como reparación por equivalencia, o indemnización, ya aunque en el caso por la naturaleza del bien no es posible recuperar o reponer el bien dañado; o bien por su naturaleza no se puede determinar su valor económico; por lo que se compensa o se resarce el menoscabo patrimonial sufrido. Ahora bien los bienes jurídicos afectados y que necesitan de este tipo de reparación son inminentemente el daño moral o a la salud, ya que dichos bienes no puede ser tasados en dinero; y ante esto la única salida posible es la entrega de dinero a manera de compensación.

Es necesario señalar que el Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño moral incluye el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, refiriendo dicho ordenamiento que la reparación de los daño morales debe ser fijada por el juez de la causa, en base al daño que sea preciso reparar; por lo que dicho daño se debe probar en la secuela procesal.

El gran problema del daño moral tanto a nivel práctico como teórico deriva de la cuantificación del daño moral, para así poder establecer su monto de reparación, lo anterior debido a que como lo se ha precisado al no tener un valor pecuniario como tal.

Pero no se debe de perder de vista que a pesar de no ser de cuantificación tan sencilla, la misma no se debe dejar de percibir, como ya se ha señalado, cumple con diversos fines, siendo el más importante generar, dentro de la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento causado por el delito. Por lo que términos generales el daño moral como tal no implica, directamente una repercusión económica, por lo que no es posible una reparación; si no una indemnización o compensación.

Por lo que considero que para fijar el monto a reparar se deben de tomar en consideración las circunstancias del daño moral, sus consecuencias y efectos; además de lo anterior se deberá de tomar la culpabilidad del condenado a efecto de fijarla de la manera más acertada posible.

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

Para entender este inciso es fundamental definir lo que se entiende por resarcimiento y por perjuicio; así primeramente resarcimiento refiere a “Indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio”³¹⁸; y perjuicio es toda aquella ganancia lícita que hubiera obtenido la víctima y el ofendido de no haberse llevado a cabo el delito; misma ganancia que debe de ser otorgada a la víctima en su quantum monetario.

Esta reparación no se da sobre el daño causado, sino aun interés futuro, supone el pago de bienes que probablemente se hubieran obtenido, refiriéndose al lucro cesante y al lucro emergente; aunque dichos elementos también deben de ser sujetos a su comprobación para su condena.

³¹⁸ <http://buscon.rae.es/drael/>

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Antes de entrar al análisis de dicha fracción es necesario señalar el concepto de salario, así la Ley Federal del Trabajo señala en su artículo 82 que *“Salario es la retribución que debe de pagar el patrón al trabajador por su trabajo”*; el maestro Mario del Cueva refiere que salario es *“la retribución que debe de percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia, una existencia decorosa”*.³¹⁹

Este tipo de reparación del daño dentro de mi concepción entra dentro de los perjuicios, ya que los salarios o percepciones dejados de percibir son perjuicios, de acuerdo a lo estudiado con anterioridad; cabe hacer la aclaración en caso de que por la comisión del delito de lesiones se causen lesiones que impidan al ofendido trabajar, el condenado tiene la obligación de dar la percepciones que el ofendido hubiese percibido.

Ahora bien para que proceda dicho pago se debe de acreditar que la víctima trabajaba o bien tenían ingresos propios por dedicarse a un arte o profesión sin tener un vinculo de trabajo, y acreditar el monto de su salario o ingresos

Después de analizar dichos numerales es menester señalar la reparación del daño, debe de ser fijada por los jueces según la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, siempre que dichos daños sean consecuencia de la comisión de un delito; y lo regularán de acuerdo a las pruebas ofrecidas durante el proceso; de tal guisa que si durante el proceso no se acreditan dichos daños y perjuicios el juzgador no podrá imponer dicha pena, lo anterior de acuerdo al Artículo 43 del Código Penal para el Distrito Federal.

³¹⁹ Citado por DÁVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p 202

La reparación del daño es preferente, con excepción de obligaciones alimentarias y laborales; y el Ministerio Público es quien tiene a su cargo la obligación de solicitar la reparación del daño y a su vez de probar el monto, lo que deja a la víctima u ofendido, fuera de dicha cuestión, y quien mejor para solicitar dicha reparación y comprobar su monto que el mismo víctima u ofendido; por lo que considero que se le debe de aumentar su participación en el proceso penal, mas allá de la coadyuvancia que actualmente se encuentra establecida.

Con respecto a las personas que puedan solicitar la reparación del daño el artículo 46 del Código Penal para el Distrito Federal establece que tienen derecho a la reparación del daño la víctima y/o el ofendido; y a falta de ellos sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Ahora bien antes de entrar al estudio en concreto es necesario establecer la diferencia entre víctima y ofendido así en términos generales se puede establecer que la víctima es aquel sujeto sobre el que recae la conducta delictiva y el ofendido será aquella persona que se encuentra íntimamente ligada a la víctima por razones de parentesco, amor, amistad que lo motivan a sufrir las consecuencias de la comisión de un delito ejecutado en la persona o patrimonio de aquella; por lo que en el caso concreto la víctima es la persona que fallece como consecuencia de la conducta del activo; y los ofendidos son los parientes del mismo, que se encontraban ligados a la víctima por algún vínculo.

Así tanto personas físicas como morales, pueden revestir la característica de víctimas y solo las personas físicas pueden revestir la de ofendidos; pero dicha fracción establece que aparte de dichas personas tienen derecho a la reparación del daño sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes.

En cuanto al delito de homicidio es necesario recalcar que derivado de la muerte del sujeto pasivo, las personas con derecho a la reparación del daño son sus dependientes económicos o herederos.

3.6. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO PREVISTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal para el Distrito Federal establece que en delitos contra la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor que las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo; que comprenderá dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario.

Ahora bien tomando en consideración el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal donde regula el principio de especificidad, que consiste en observar la ley especial sobre la general, de lo anterior se desprende que el monto mínimo a reparar es el aplicable de la ley laboral antes citada. Por lo que en el caso de homicidio no se deben de ofrecer pruebas a efecto de acreditar el daño moral causado, derivado del monto mínimo a reparar, pero si se considera que dicho monto debe de ser superior por el daño originado se deben de ofrecer dichas probanzas.

Los artículos 48 y 49 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen que de acuerdo al monto del daño condenado a reparar y a la situación económica del sentenciado el juez puede fijar plazos para su pago, que no será mayor de un año, y también podrá solicitar garantía para dicho pago y que dicha reparación se hará efectiva por la autoridad ejecutora quien iniciará el procedimiento económico coactivo, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la sentencia ejecutoriada.

En cuanto a la reparación del daño en el delito de homicidio la jurisprudencia refiere los siguientes criterios.

No. Registro: 181,030

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Julio de 2004

Tesis: I.2o.P.81 P

Página: 1795

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN.

En observancia a los argumentos que dieron origen a la jurisprudencia 1a./J. 88/2001 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, página 113, de rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)." en los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo (de aplicación supletoria al Código Penal para el Distrito Federal) se establece la cantidad mínima que por reparación del daño (material y moral) debe pagar quien resulta penalmente responsable del delito de homicidio, de tal manera que si del proceso se obtienen pruebas que demuestran que la indemnización debe ser mayor a la señalada en la legislación laboral, ésta será la cantidad por la que el juzgador debe condenar, pues en tal supuesto cobra plena aplicación lo dispuesto en el artículo 43 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el que se regula que la reparación del daño será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso, de lo que se colige entonces, que los montos de la reparación del daño por concepto de gastos funerarios (daño material) y daño moral pueden ser mayores a

los señalados en la ley laboral, máxime que la aplicación de las normas laborales no puede prevalecer sobre la legislación penal, como en el caso, donde tal aspecto está regulado expresamente en el Código Penal, ello en obediencia al principio general de derecho relativo a que la ley especial prevalece sobre la general.

No. Registro: 188,364

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XIV, Noviembre de 2001

Tesis: I.1o.P.72 P

Página: 537

REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE HOMICIDIO. CUANTIFICACIÓN.

El delito de homicidio conlleva, entre otras penas, a la reparación del daño, aun y cuando el juicio de reproche formulado sea a título de culpa; dada la naturaleza de los daños materiales como morales causados por esa acción delictiva, se da nacimiento a dos acciones, una del orden penal y la otra civil; sin embargo, al momento de intervenir las autoridades penales, las acciones civiles en reparación del daño son absorbidas por la legislación penal; existen algunos casos en que la reparación debe ser pagada por el propio delinciente, y otros en los que la obligación de pago pasa a terceras personas, en cuyo supuesto corresponde intentar la acción de pago a la parte ofendida, esta acción debe ser seguida ante los Jueces de lo Civil, según lo dispone el artículo

539 del enjuiciamiento penal del Distrito Federal, o bien, vía incidente dentro del mismo proceso penal conforme a las reglas establecidas en los numerales 532 a 540 del ordenamiento legal en cita, respecto del cual la legislación civil resulta aplicable en forma supletoria sólo por cuanto hace a la tramitación de ese incidente. Es evidente que existe una diferencia entre la reparación del daño exigible al delincuente y la responsabilidad civil proveniente de delito que se exige a un tercero, ya sea vía civil o a través del incidente mencionado; no obstante ello, es inconcuso que el monto al que debe ascender la indemnización por concepto de reparación del daño debe ser el mismo en ambos casos. Por todo lo anterior, no existe violación alguna de garantías en el hecho de que el juzgador, para cuantificar el monto al que asciende dicha reparación, se fundamente en disposiciones extrañas a la legislación penal, siempre y cuando a ellas recurra sólo para encontrar el criterio de esa cuantificación, razón por la cual es correcto que al no existir en la causa penal elementos probatorios que le permitan determinar la cuantía de los daños causados, se aplique lo dispuesto por el artículo 1915 del código sustantivo en materia civil, en virtud de que únicamente debe existir un criterio eficaz para establecer adecuadamente el monto de la indemnización, y que es el establecido por voluntad del legislador en el ordenamiento civil, ya que en la legislación penal no existe precepto alguno que establezca las reglas a seguir en este supuesto.

Siendo que de esta forma se determinan que los montos señalados por la Ley Federal del Trabajo son montos mínimos para la reparación material y moral, en el delito de homicidio, pero sí de las pruebas obtenidas en el proceso existen elementos que refieran a que la reparación deba ser mayor a lo que determina la Ley Federal del Trabajo. Y el monto a pagar debe ser igual la que se aplique al delincuente que si es exigible a un tercero.

3.7. LA FINALIDAD DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL HOMICIDIO CULPOSO

Ahora bien después del estudio realizado es evidente que el daño moral en el delito de homicidio se desprende de la pérdida de la vida de un ser querido y sus consecuencias; aun cuando exista una reparación pecuniaria de dicho daño no evitará que el dolor de las personas allegadas a la familia de la víctima dejen de sufrir, además de los gastos económicos que implican la pérdida de una vida humana, y por otro lado se encuentra como daño el que sufren aquellas personas que dependen económicamente del ofendido, por lo que es evidente resultan afectadas por la comisión del ilícito en comento; convirtiéndose así en víctimas de dicho ilícito.

Hablar de reparación del daño tratándose de homicidio no es sencillo, existen opiniones polarizadas al respecto, pues como lo refiere el maestro Guzmán Wolfer: *“En los delitos patrimoniales no queda duda en lo referente al monto del daño a reparar, el que normalmente se refiere a la restitución o pago de objetos robados o al monto de la cantidad defraudada. Pero en los citados ilícitos de lesiones y homicidio, determinar el monto del daño a reparar no queda tan claro en cuanto a la forma en que deba fijarse”*.³²⁰

Después del estudio de los puntos anteriores considero en el delito de homicidio no existe forma alguna de reparar el daño causado, ya que considero que la vida humana de ninguna forma tiene precio, es el bien máspreciado e invaluable que tiene el ser humano, por lo que es impensable poder cuantificar su valor de manera alguna; y si bien en el delito de homicidio culposo no se puede hablar de una reparación del daño como tal, creo que si se podría llegar a establecer dicha reparación como una indemnización, misma que tendría como finalidad no dejar desprotegidos a los familiares del ofendido, víctimas indirectas de dicho delito.

³²⁰ GUZMÁN WOLFER, Ricardo. **Omissiones en el articulado de la reparación del daño**, en INTER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales, número 6, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, abril-junio, 2003, p 99 y 100.

Por lo que si bien es cierto es impensable valorar en términos económicos la vida de un ser humano, creo que no se debe de dejar sin una indemnización; una compensación equitativa a efecto de sufragar los gastos originados por el homicidio, así como buscar que todas aquellas personas que dependiera económicamente de la víctima no queden sin sustento por faltar la fuente ingresos.

Establecido lo anterior y de acuerdo a la normatividad imperante con respecto del homicidio culposo, la pena aplicable correspondería a una pena privativa de la libertad y a la reparación del daño derivado de la comisión del dicho delito; pero como se ha visto a lo largo de la presente investigación hay factores que constituyen bases sólidas a efecto de establecer que en los casos de homicidio culposo la pena a aplicarse fuese primordialmente la reparación del daño, dejando de un lado a la pena privativa de libertad por las consecuencias adversas que tiene la misma; y aun más que la reparación del daño no polariza ni contraviene la finalidad de la pena, puntos que se profundiza a continuación.

Primeramente en los delitos culposos, el sujeto al carecer la voluntad para realizar la conducta delictiva tiene un reproche menor socialmente, que cuando la misma se realiza de forma dolosa.

Por lo que se puede afirmar que la conducta culposa no tiene el mismo impacto social que la dolosa, ni la misma afectación al no tener la voluntad de atacar de forma deliberada a la sociedad y al sistema penal; aunque se vulnere el mismo bien jurídicamente tutelado.

Esto es entendible debido a que diversas conductas en las actividades cotidianas del ser humano, entablan un riesgo en sí, desde la simple acción de conducir un vehículo automotor, el uso de instrumentos, herramientas; mismas que dan ventaja al ser humano y facilitan las actividades en las que se desenvuelven, pero que a la vez por el peligro que encierra su uso, la negligencia o descuido pueden ocasionar u originar resultados que contraríen al orden jurídico establecido; derivado de lo anterior creo que cualquier persona puede cometer errores, negligencias, que se traducirían en la violación de normas de cuidado,

que en algunos casos podrían desembocar en la comisión de delitos culposos, por lo que resulta evidente que cualquiera puede ser sujeto a dichas situaciones; siendo de esta forma que el impacto social no es tan reprochable, porque la sociedad ha adquirido conciencia de que dichas actividades pueden desembocar en la afectación de bienes jurídicos tutelados.

Considero que la regulación en torno a los delitos culposos, en términos generales se debería de modificar debido a la aceptación generalizada de la sociedad, de los riesgos que el ser humano en su actuar genera, pero que han sido aceptados por la generalidad, y derivado de esta circunstancia la aplicación de una pena privativa de la libertad en todos los delitos culposos casos la considero innecesaria, recordando en este punto que la pena privativa de libertad no es la única pena existente, por lo que la aplicación de cualquier otra pena, no dejaría de manera alguna impune el delito culposos; y de esta forma se estaría adaptando las necesidad de una regulación realista a la problemática de los delitos culposos que impera actualmente.

Por otro lado, pero en el mismo orden de ideas entendiendo la diferencia de la dañosidad social de un delito doloso y uno culposo, resulta evidente que los mismos no deben de ser sancionados con la misma penalidad; por lo que en este aspecto la legislación actual establece una reducción de la pena debido a dicha situación, sin embargo debido a la realidad de nuestro sistema penitenciario dicha situación implica que personas que no tuvieron las precauciones adecuadas en su actuar diario, y que derivado de lo anterior viola la norma de deber de cuidado, cometiendo delito culposo; tuvieron contacto de forma directa a dichos centros, que como se ha manifestado en lugar de servir para el fin resocializadora que la Constitución establece, son lugares donde por regla general se desocializa a los presos. Por lo que no es deseable que dichas personas, que si bien han delinquido, pero no buscan y quieren en su actuar afectar dolosamente a terceras personas, entren en contacto con dichos centros y pierdan su socialización.

Lo anterior se hace evidente, ya que como se ha estudiado, nuestro sistema penal sanciona por el hecho cometido, y derivado de esto quien comete un delito culposo es sancionado por dicha conducta, y se presupone quien lo ha hecho no presupone un verdadero riesgo para la sociedad, por lo que resulta contradictorio que dichas personas, que se encuentran socializadas, y que viven en dicha sociedad, sometiéndose a sus normas e impulsándola, sean alejados de la misma y que en contados casos, después de estar en prisión puedan encajar nuevamente en su rol social sin resentimiento hacia la misma, lo que resulta perjudicial y contraproducentes a los fines de la sociedad y el Derecho.

Aunque si bien es cierto se propugna por la no aplicación de una pena privativa de libertad en el homicidio culposo, pero no por dicha circunstancia deja de ser necesario que dichas conductas, tengan sanción alguna; y tampoco se es partidario de sancionar dichas conductas por la vía civil; situación que hace evidente que derivado de su actuar es necesario sancionarlos penalmente, a efecto de restablecer el sistema jurídico actual, por lo cual considero que se debe acudir a cualquier otra de las penas que se encuentran legisladas, en el caso concreto creo que la pena a aplicarse consista en la reparación del daño y la aplicación de una medida de seguridad dependiendo del caso concreto.

Lo anterior resulta beneficio en diversos aspectos que a continuación se mencionan, pero en términos generales la reparación del daño cumple de manera ideal con los fines de la pena establecidos en nuestro sistema penal; y aun más con el fin de la pena que se ha desarrollado y que creo que es el adecuado y funcional para la realidad social del país; por un lado y en otra perspectiva resulta motivante y auxilia dicha supresión de la pena privativa; para facilitar la existencia y el éxito de la reparación del daño a las víctimas del delito; en cualquier delito culposo; y en específico al delito de homicidio culposo.

Como se estudio en el capítulo segundo, existe la opinión de algunos estudiosos, principalmente del maestro alemán Claus Roxin, respecto de la importancia de la reparación del daño, como la tercera vía del derecho penal,

siempre que no contravenga los fines de la pena. En nuestro caso concreto la Constitución establece como fin primordial de la misma la resocialización del delincuente (fin preventivo especial), al lado de dicha finalidad se encuentran fines preventivos generales; por lo que de acuerdo a lo anterior encontrar a la reparación del daño como tercera vía resulta adecuada.

Por otro resulta sobresaliente el hecho de que en los delitos culposos, la pena a aplicarse consista en la reparación del daño, ya que de dicha forma se evitan los efectos nocivos de prisión; y facilita la reparación del daño generado, cumpliendo los fines de la pena de una manera cabal.

Ahora bien si es cierto dicho bien por su importancia debe de encontrarse debidamente protegido, se consideroóque dicha protección debe de ser amplia en el caso de homicidio doloso, ya que en dicho delito se tiene la plena intención de atentar y se atenta contra el bien jurídico más importante que tiene el ser humano la vida, y contra la sociedad también ya que derivado de su importancia lo tutela de manera enérgica, lo que no sucede en el homicidio culposo, derivado de que la conducta se deriva de la violación de un deber de cuidado, por negligencia o desatención, encuentra un fundamento diferente y a un ataque a la sociedad de diversa magnitud.

Debido a esto la reparación del daño podría hacerse efectiva de una mejor manera, más pronta y en términos mayores como que como se encuentra en la legislación actualmente, donde el condenado a efecto de que el mismo obtenga su libertad, junto con la aplicación de una medida de seguridad o bien la supresión del derecho que haya originado la conducta culposa, se estaría concordando perfectamente los fines de la pena y encontrando una pronta solución a dicho daño; por lo que creo que debido a que la dañosidad social es menor, que la sociedad ha permitido asumir riesgos cada vez mayores a efecto de encontrarse beneficiada por la utilidad de dichas conductas que en sí mismas implican un riesgo, no es socialmente incorrecto, y aunado a las ventajas que se han enumerado, y al no ser contrario a los principios establecidos en el ordenamiento

legal; creo que la reparación del daño sea el fin primordial de la pena en el de homicidio culposo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La evolución de las ideas es necesario para entender la evolución de las penas, siendo que el primer antecedente de bienes jurídicos lo constituye la venganza privada, misma que evoluciona hasta encontrar su primera limitación en el talión, reconociendo al ofendido el derecho de causar un daño igual al ocasionado-

Pero en dicha venganza privada, evoluciona y surge la venganza divina en la cual el castigo cambia su fundamento y por consiguiente existe un esbozo más adelantado y estructurado de la pena; convirtiéndose en una expiación por el pecado cometido, idea que es retomada por los retribucionistas en ciertos aspectos.

Es hasta el surgimiento de la venganza pública en donde nace la afirmación del carácter público y social del Derecho Penal; y la pena. Encontrando esta su fundamento en el pacto social y la voluntad de mantener la formación social; que hasta actualmente rige. Aunque también surge el abuso de poder por parte del Estado en la aplicación de las penas, por lo que si bien es cierto la pena adquiere la connotación de pena pública la misma aun no alcanza su máximo grado de evolución

Mismo que se alcanza con la humanización del Derecho Penal, que no es otra cosa que la salvaguarda de los ciudadanos a los abusos de las autoridades, imponiendo un límite en sus actuaciones. Siendo Beccaria con su obra "De los delitos y de las penas" quien da forma a esta corriente, obra en la cual realiza una crítica al sistema existente, y cuyo aporte más importante es el principio de legalidad en materia penal, que consiste en que nadie debe de ser castigado por hechos que no se encuentren previstos como delitos con anterioridad a la comisión del mismo, y la prohibición de imponer penas no establecidas

previamente en la ley, con uno de los apotegmas mas importantes del Derecho Penal “*nullum crime, nullum poena sine lege*”.

SEGUNDA.- La pena es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de una conducta ilícita, antijurídica y culpable, consistente en la privación de alguno de sus derechos como puede ser la libertad, patrimonio o ejercicio de derechos; siendo la pena la más grave reacción que dispone el Estado a fin de mantener el control social, siendo un medio de represión para cumplir con la función de procurar las condiciones necesarias para la convivencia social. Así como la función de las penas se encuentra en el bien público, como finalidad y función específica del Estado, en busca de la orden y paz social; consiguiendo de esta forma mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en sociedad.

Pero para que la pena cumpla dicha función considero que debe de ser enérgica para inhibir la comisión de delitos, pero no caer en los excesos históricos; por lo que debe de ser justa, a efecto de encontrar una correcta legitimación. Buscando en su aplicación un beneficio para la comunidad, la víctima y el condenado; por lo que la sociedad encuentra tranquilidad al ver que sus Instituciones Jurídicas le brindan una protección adecuada, la victima encuentra dicha satisfacción al momento de que le es resarcido el daño causado, y el delincuente quien puede redimir su conducta a través de una adecuada rehabilitación y resocialización.

TERCERA.- Las teorías de la pena deben de dejar de ser consideradas como un simple aspecto doctrinal, ya que los fines de la pena deben de encontrarse esparcidos por toda la legislación penal, tanto desde la creación de las normas penales y penas, su aplicación e imposición por autoridad judicial y aun en su ejecución a efecto de que la misma pueda considerarse con legitimación para ser aplicada. Siendo que la coherencia del sistema penal depende de dichas teorías.

Desde mi perspectiva la teoría de la pena adecuada es de corte ecléctico, ya que ninguna teoría por sí sola es completamente funcional, además de que carecen de dar un fundamento real a la pena; aunque ciertamente encuentran elementos importantes y rescatables en su contenido. Así creo que integrando elementos de la retribución como de las preventivas, se pueden buscar elementos como objetivos de la pena. El elemento retributivo dentro de mi concepción consiste en no dejar ningún delito sin un castigo justo y que además se restablece la vigencia del orden jurídico quebrantado, reafirmando el Derecho. Siendo que los fines preventivos complementan esto ya que un Estado Moderno de Derecho debe de cumplir con una función tuteladora y social encontrando fines más profundos y cuya aspiración debe de ser evitar por medio de la pena que se delinca, influenciando tanto a aquéllos que no han delinquido (prevención general), como a quien lo haya realizado (prevención especial); debiéndose entretrejer las ideas generales y especiales.

La resocialización solo entra en función con la colaboración voluntaria y autorresponsable del culpable, ya que cuando no se encuentre dicha cooperación, no es factible la resocialización del delincuente, y entra en acción la prevención general. Por lo que de acuerdo a estas ideas se respeta la esencia consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la resocialización o reinserción de los delincuentes.

CUARTA.- Aunque hay que aclarar que en la realidad social y penitenciaria resulta imposible una resocialización, ya que las cárceles en México son lugares criminógenos por excelencia, siendo escuelas de delincuentes, por lo que a pesar de que se le pueda considerar correcta teóricamente carece de sentido si la misma carece de éxito.

Para que los fines de la pena sean funcionales se debe de dejar a la pena de prisión como la única salida y solución a la delincuencia en México. Evitando lo que actualmente sucede, siendo la pena el único medio para la defensa de la sociedad, retomando la prevención del delito a través de bases educativas y

morales inculcadas a los miembros de la sociedad y con el mejoramiento y desarrollo de las condiciones y calidad de la vida social. Se requieren cambios radicales y de fondo en cuanto a la investigación de las conductas delictivas y el proceso penal, a efecto de que el mismo restablezca su confianza en los ciudadanos y de esta forma de certeza y seguridad de castigo, haciendo que sea mayor el efecto disuasorio de la pena.

QUINTA.- La reparación del daño como tercera vía del Derecho Penal, resulta un medio novedoso por medio del cual se sirve de manera más eficiente a los intereses de la víctima, ayudando a la disminución de la pena de prisión, que en delitos no graves podría prescindirse de ella u originar una remisión parcial de la misma; además de que la reparación del daño cumple y auxilia con la consecución de los fines de la pena.

SEXTA.- Se debe de entender por homicidio la muerte injusta de un hombre causada por otro hombre, encontrando en la ilicitud como elemento característico y común de todo delito.

Siendo el bien jurídico tutelado en el homicidio es la vida humana sin importar condiciones sociales, étnicas, religión, raza, sexo, edad o vitalidad del sujeto, misma vida que se abarca desde el nacimiento. Por lo que el homicidio protege la vida contra ataques que la aniquilan o la ponen en peligro.

SÉPTIMA.- Considero que el dolo y la culpa son elementos de la tipicidad, ya que la misma contiene elementos objetivos y subjetivos, siendo que el dolo y la culpa pertenecen a la parte subjetiva. Siendo la principal justificación de dicha ubicación las siguientes: primeramente el tipo tiene la misión de tipificar el contenido de merecimiento de la pena que corresponde a cada delito, por lo que no se puede renunciar al dolo y la culpa para perfilar el tipo delictivo, siendo que los daños derivados de una conducta doloso difieren a los de una culposa.

Con lo que respecta a la tentativa es de señalarse que el dolo pertenece al tipo, siendo contradictorio que al momento de su consumación se valore a nivel de

culpabilidad, ya que es incorrecto fundamentar de forma diferente los delitos consumados de la tentativa.

Por último la existencia de elementos subjetivos que presuponen la existencia de dolo en la tipicidad.

OCTAVA.- Considero al dolo como dolo de tipo, entendiéndolo como el conocer y querer la producción de un resultado típico; el querer se entiende como el elemento volitivo o intencional, es decir tener la voluntad y determinación de ejecutar algo; por lo que este elemento indica una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo, es el querer obtener un resultado. El elemento “conocer”, o elemento cognoscitivo comprende el conocimiento real y actual de la realización de elementos descriptivos y normativos del tipo, pero no entendiendo esto como el conocimiento del tipo, sino como el conocimiento de las circunstancias en las cuales está realizando su conducta, en la especie que sepa que está matando para configurar el elemento cognoscitivo del tipo del homicidio.

NOVENA.- En cuanto a la culpa creo que su fundamento es la violación de un deber de cuidado, así el reproche en la culpa consiste en la violación de un deber de cuidado mismo que genera la creación de un riesgo no permitido, calificándose de culposa una conducta porque se debió de evitar el resultado típico al actuar dentro de los límites del deber de cuidado. En este orden de ideas la creación de un riesgo no permitido depende de la violación de un deber de cuidado.

La violación del deber de cuidado se entiende como la inobservancia del ciudadano con respecto de las normas de cuidado, que son aquellas normas que guían y conducen la conducta del individuo para la salvaguarda de la sociedad, normas que debe de observar cualquier persona en sus actividades cotidianas a efecto de que los individuos no afecten la esfera jurídica de los demás individuos. Por lo que las normas de cuidado establecen los límites para la actuación de los individuos.

Por lo que esta violación se encuentra íntimamente relacionada con el riesgo permitido, ya que cuando se actúa bajo la permisividad de un riesgo permitido y se genera un resultado lesivo a bienes jurídicamente tutelados el resultado es atípico. Por lo que el Derecho Penal debe de tomar en cuenta normas extrapenales que toleran, permiten o fomentan actividades que encierran un peligro abstracto para bienes tutelados, por lo que la realización de cualquiera de estas actividades peligrosas que el ordenamiento jurídico permite y tolera, siempre que las mismas se den dentro de ciertos límites, no puede ser entendidas como una violación al deber de cuidado. En esta guisa si dicha conducta riesgosa se realiza de forma precavida y dentro de los límites el riesgo la misma es totalmente tolerable para el Derecho Penal, pero si la conducta es descuidada ya no es tolerable el riesgo creado.

La culpabilidad y la aplicación de una pena en el delito imprudente se encuentra legitimada en virtud de que el Estado debe de asegurar la vigencia de las normas de cuidado, y mantener el respeto de las mismas como un elemento irrenunciable para la convivencia de los ciudadanos.

DÉCIMA.- El homicidio culposo ha tomado importancia debido al aumento en su comisión, derivado en gran parte a los avances tecnológicos, ya que entre mas adelantos técnicos y fuerza de la naturaleza son empleados por los humanos, más peligros inherentes llevan consigo mismo dichas conductas, pero se aceptan dichos riesgos por su utilidad, generando que con el empleo de dichos avances, las conductas cotidianas adquieren elementos riesgosos, por lo que cualquier ligera imprudencia o negligencia; la realización de conductas precipitadas o irreflexivas, en su uso puedan producir resultados adversos al Derecho Penal. Por lo que una sociedad moderna requiere establecer un mínimo de cuidados, para que los bienes jurídicos más importantes (bienes jurídicamente tutelados por el Derecho penal), encuentren salvaguarda, ya que el individuo debe de ser defendido también de los delitos imprudentes; derivado de lo anterior el hombre se debe de conducir en su esfera con la debida prudencia y diligencia para evitar dichos daños.

UNDÉCIMA.- La culpabilidad, como ya se ha mencionado es el fundamento y límite de la pena, consiste desde mi perspectiva en un juicio de reproche, es decir se le reprocha al autor de una conducta típica y antijurídica, su realización; el juicio de reproche radica en que el autor no se motivó con la norma, cuando podía y le era exigible motivarse de dicha forma. El juicio de reproche consiste en saber si el autor de un injusto penal le es exigible que en la situación concreta que se hallaba, se condujera conforme a Derecho, ya que sólo de esta forma se puede constatar su culpabilidad.

En los delitos culposos, la culpabilidad radica en si es reprochable la violación de la norma de cuidado; es decir en el caso concreto si le era exigible motivar su conducta en dicha norma. El elemento de conocimiento de antijuridicidad exige que el sujeto conozca que está violando la norma de cuidado, que está superando el riesgo jurídicamente permitido y tolerado.

DUODÉCIMA.- La pena correspondiente al homicidio culposo de dos a cinco años de acuerdo a la legislación penal para el Distrito Federal, la suspensión o privación definitiva de derechos, por un término igual a la sanción impuesta; además se debe de reparar el daño teniendo como cantidad mínima para hacerlo por concepto de reparación \$45,393.40 (cuarenta y cinco mil trescientos noventa y tres pesos 40/100 M.N) y \$3,447.60 (tres mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos 60/100 M.N) por concepto de gastos funerarios, indemnización que puede ser superior de acuerdo a las pruebas ofrecidas en el proceso penal.

Considero que lo anterior es incorrecto ya que la reparación penal a efecto de establecer los montos de reparación del daño remita a la Ley Federal del Trabajo, no resulta afortunado ni mucho menos adecuado. Lo anterior resulta evidente al momento de estudiar y establecer el fundamento y origen de la responsabilidad de dichos ordenamientos legales. Por lo que tratándose de materia laboral netamente se desprende la responsabilidad en caso de homicidio del trabajador, lo que tiene su causa u origen en una relación de trabajo, y a su vez se relaciona a los riesgos de trabajo, a una enfermedad o accidente, por lo

que dicha responsabilidad surge del beneficio que obtiene el patrón del uso de la mano de obra del trabajador, que al final de cuentas consiste en un medio para su enriquecimiento, de ahí que las normas laborales tiendan a la protección de la clase trabajadora. En el lado opuesto se encuentra la responsabilidad derivada de un homicidio en la cual no existe una relación laboral entre la víctima y el condenado, en donde carecen las circunstancias de riesgo y trabajo, siendo el origen de la responsabilidad el ataque a bienes debidamente tutelados por el Derecho Penal; de esta guisa no existe lógica jurídica alguna para que la reparación en el homicidio sea de acuerdo a lo establecido por la Ley Federal del Trabajo.

DECIMOTERCERA.- Todo delito produce un daño público, porque afecta al interés colectivo, ataca la vigencia del Estado, pero también junto a dicho daño público se produce un daño a intereses privados que afecta aspectos patrimoniales y/o morales. Dejándose de lado a la víctima y ofendido, como si el daño que recibieron fuera insignificante por lo que creo que el ordenamiento jurídico en general debe de darse realmente la importancia a la víctima facilitándole el acceso a su restitución de derechos y dar una mayor atención y enfoque a los daños ocasionados a las víctimas u ofendidos del delito, dándoles la satisfacción de la reparación del daño originado por la comisión de un delito. Para lo cual el Estado debe de buscar medios y formas para hacer efectiva la reparación del daño, a efecto de no dejar a la víctima y/o ofendido en una total desatención prologando la injusticia cometida, por lo que de modo coactivo debe de exigir dicha reparación.

Radicando la importancia de la reparación del daño radica en la salvaguarda de los derechos de la víctima y el ofendido, restituyéndoseles el goce de los bienes y derechos que fueron vulnerados; o una compensación en caso de que los bienes o derechos no puedan ser recuperados, encontrando la reparación del daño como un fin de la pena; debiéndose encontrar, la reparación, vinculada con los principios constitucionales de la pena y buscar los fines de la pena.

Además de generar en la víctima la idea de la aplicación del Derecho Penal, y su utilidad.

DECIMOCUARTA.- En el delito de homicidio se debe de buscar la reparación del daño originado por la comisión de dicho ilícito, no como una reparación pecuniaria como tal, ya que considero que la vida de un ser humano es invaluable, pero entendiéndola como una indemnización que tiende a servir a las víctimas secundarias de dicho delito, primeramente para sufragar los gastos originados por el homicidio y también a efecto de no quedar desprotegidas a las mismas, evitando que se deje en un desamparo total a las personas allegadas a la víctima.

Siendo así considero que en el homicidio culposo, la pena a aplicarse debería de ser primordialmente la reparación del daño y una medida de seguridad de acuerdo a la actividad que llevó a la violación de la norma de cuidado; por lo que se debe de dejar en un segundo término, en medida de lo posible, a la pena de prisión; lo anterior resulta evidente debido a su justificación teórica y a los efectos prácticos que se obtendrían de esta idea. Primeramente la pena de prisión tiene muchas cuestiones diversas en su contra, mismas que ya han sido tratadas ampliamente en especial los efectos negativos que tienen en contra de la resocialización, por lo que en el caso del homicidio culposo al ser una conducta en la cual se carece de voluntad y deseo de acabar con el bien jurídico más importante que tiene el ser humano, la misma resulta con un reproche más bajo que en el homicidio doloso, considerando que no es necesaria la aplicación de una pena privativa de la libertad por no corresponder a la reprochabilidad de la conducta, debido a su menor impacto social; esto es perceptible primeramente derivado de los riesgos aceptados por la sociedad en las actividades cotidianas, siendo factible que cualquier persona puede generar una homicidio culposo por negligencia o descuido, situación que es entendida y hasta cierto punto aceptada por la sociedad.

Considero innecesaria la aplicación de una pena privativa de la libertad en el homicidio culposo ya que contradice los fines de la pena teniendo un sustento legal frágil; pues quien comete un homicidio culposo lo comete debido a una violación de las normas de cuidado por la falta de la diligencia debida; pero no por dicha situación representa un verdadero peligro para la sociedad, cuando el mismo es parte integrante de ella, habituándose a la misma, teniendo un rol social, y si se aplicase una pena privativa de libertad se generan mayores riesgos que beneficios. Así en el homicidio culposo la pena a aplicarse debería de consistir en la reparación del daño como pena para dicho ilícito.

PROPUESTA

Se requiere eliminar el aumento de penas que indiscriminadamente nuestros legisladores, tanto locales como federales realizan, con la intención de combatir a la delincuencia ya que es evidente que las mismas no han funcionado para disminuir los índices de delincuencia.

Se debe de dejar de tipificar como delitos todas aquellas conducta o aquellas situaciones que desestabilice la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos; por lo que se debe de penalizar solo aquellas conductas que realmente impliquen afectaciones a bienes jurídicos relevantes y que realmente dañen de manera gravosa a la sociedad; incluso debiendo de revisar los tipo penales existentes a efecto de que sólo se conserven los necesarios de acuerdo a lo establecido anteriormente.

Se requiere redirigir el uso de recursos administrativos y sanciones no penales para aquellas conductas que no impliquen un daño social tan grave. Limitándose la pena de prisión a aquellas conductas gravemente dañosas socialmente; y para aquellos delincuentes que realmente se deban de neutralizar para la protección de la sociedad y la seguridad pública.

Es necesario un cambio de fondo, sustancial en donde la base sea la educación de nuestros jóvenes, en la que se inculquen valores y se formen ciudadanos que guíen su conducta conforme a derecho, buscando una sociedad en donde todos los habitantes tengan la oportunidad de crecimiento, profesional, intelectual, económico y humano.

En materia de investigación y persecución de los delitos se requiere el establecimiento de medios adecuados y eficaces, ya que de no tenerlos y no llegar a sancionar el mayor número de ilícitos posibles ninguno de los fines de las pena servirían, ya que el pronto castigo de cualquier delito que se cometa sirve a la pena siendo un elemento total para su funcionamiento, que radica en que entre

menos delitos impunes existan más confianza existirá en el Derecho Penal, reforzándose los fines de la pena, percibiendo los ciudadanos primeramente que en caso de cometer un ilícito el mismo no quedará impune, y de esta forma los fines de la pena podrán asegurar un mayor éxito. Pero no solo medios de investigación y persecución, sino también previniendo los delitos a través de la aplicación de recursos políticos, sociológicos y criminológicos, que creen conciencia en los ciudadanos.

Es necesario una reforma penitenciaria donde se abarquen los siguientes puntos, el primero de ellos debe de ser que en dichos centros carcelarios se respete la dignidad humana, ya que sin dicho respeto es imposible la resocialización y los efectos adversos de la prisión serán catastróficos; pero no solo la dignidad de los condenados, sino también de sus familias, evitar la extorción, proporcionar una alimentación adecuada, evitar malos tratos por parte de los custodios y personal de dichos centros, y la búsqueda de condiciones verdaderas de sanidad e higiene, lo que conlleva necesariamente una alimentación saludable y el suministro de agua potable necesaria.

Se debe de evitar la realidad de las cárceles en México, ya que los mismos son lugares donde se ejerce un efecto criminógeno que recrudece la actividad delictiva, debiendo en todo momento cambiar esta situación a efecto de que las mismas dejen de ser las “universidades criminales” que actualmente son; evitando que los centros penitenciarios sean lugares que expulsen y marquen al delincuente.

Es necesaria la creación de políticas reintegratoras a efectos de que cada delincuente que desee reintegrarse tenga los elementos necesarios a efecto de que existan posibilidades reales de rehabilitación y resocialización, a través de mecanismos que proporcionen a dicho condenado el sentido de responsabilidad y respeto a semejantes; a través de un nuevo modelo penitenciario en donde exista una verdadera clasificación de condenados, de acuerdo a su edad precedentes,

peligrosidad, nivel de desintegración social, y de esta forma crear tratamientos individualizados de acuerdo al perfil de cada condenado, en busca de dicho fin.

Se debe de dar la importancia debida a la reparación del daño, como un medio de solución novedoso en el sistema penal, ya que con dicha reparación se satisface de manera mas convincente a los intereses de la víctima, en delito leves cuando la reparación del daño sea total se deberá de prescindir de la pena privativa de libertad, y aplicarse una medida de seguridad; y en delitos graves la reparación total del daño constituiría una atenuación parcial de la pena. Lo que de ninguna forma incumpliría con los fines de la pena ya que cuando sea reparado el daño la víctima y sociedad consideran eliminada la perturbación originada por el delito. Dejando de lado la pena de prisión por los efectos dañinos que tiene, y de dicha forma no se deja impunes los delitos ya que la pena consistiría en la reparación del daño; además de cumplir con los fines de la pena expuestos, teniendo un efecto resocializador afrontando el autor las consecuencias de sus hechos, y los intereses de la víctima, reconociendo la norma lo cual facilita su reintegración; buscando así la aplicación de una justicia restaurativa para el beneficio de la víctima, el condenado y la sociedad.

En términos generales en los delitos culposos creo que es adecuado, que el fin primordial de la pena sea la reparación del daño; esto a través de que la pena principal impuesta sea la de reparación del daño, junto con la aplicación de una medida de seguridad, misma que se determinará de acuerdo a la situación que dio origen a la conducta culposa, consistiendo en una privación de derechos para ejercer la actividad que dio origen al delito. Considero que lo anterior resulta adecuado ya que los delitos culposos tienen como elemento basal la violación de normas de cuidado, por lo que resulta aplicable la misma penalidad a todos los delitos culposos; a efecto de que se garantice el pago de la reparación del daño se dejará de aplicar la pena privativa de libertad cuando el daño haya sido reparado totalmente, lo anterior a efecto de garantizar de la mejor forma posible la reparación del daño.

Por lo que para tal efecto propongo modificar el artículo 76 del Código Penal para el Distrito Federal para quedar como sigue “En los casos de delitos culposos, se impondrá como pena la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta. En caso de existir la reparación total del daño por parte del condenado se prescindirá de la pena privativa de libertad, aplicándose solamente la suspensión o privación en los términos anteriormente establecidos.”

Dicha circunstancia también debería de abarcar en cuanto al homicidio culposo por motivo de tránsito, contenido en los artículos 140 el cual establece reglas a la pena en homicidio culposo con motivo de tránsito de vehículos, debiéndose reformar y quedar en los siguientes términos “si el sujeto activo se hallaba bajo el influjo de alcohol o drogas o bien no presentara auxilio a la víctima, el monto básico de reparación del daño será del doble del monto mínimo establecido, además de la suspensión del permiso de conducir por un periodo de 10 años.

Respecto del monto mínimo de reparación del daño en el delito de homicidio culposo el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 47 refiere a la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 500 y 502; cosa que es equívoca ya que no existen elementos comunes entre la reparación del daño derivada de un delito, y de la responsabilidad del patrón en caso de riesgo de trabajo; de acuerdo a lo anterior considero que los lineamientos para la reparación del daño en el de homicidio deben de encontrarse en el Código Penal para el Distrito Federal. Por lo tanto éste debe de establecer sus propios elementos y lineamientos para la reparación del daño tratándose del delito de homicidio, en el cual sea prudente fijar una cantidad mínima, misma que podrá aumentarse de acuerdo a los elementos especiales del caso concreto.

Por lo que de acuerdo a lo anterior se debería de agregar un artículo en la parte correspondiente al homicidio o bien a lo referente de la reparación del daño en el cual se establezca: “El monto mínimo de reparación de daño en el homicidio será de \$100,000.00 (cien mil pesos M.N), cantidad que se podrá aumentar de acuerdo a las pruebas que se obtengan en el proceso”; cantidad que considero más adecuada que la establecida actualmente, y la misma no necesariamente tiene que referir a salario mínimo vigente, por no tratarse de riesgo de trabajo. Siendo una cantidad mínima fija debido a la dificultad que se tienen para establecer el monto del daño moral, evitando así la dificultad de determinar el quantum. Pruebas que tienden eminentemente a demostrar que la reparación del daño debe de ser superior derivado de que el daño causado así lo requiera.

Se debe de reformar el Código Penal para el Distrito Federal con respecto del daño moral a efecto, de que el juzgador tenga mayor libertad para fijar la indemnización tomando en cuenta la naturaleza del daño, consecuencias y efectos del delito y del daño moral ocasionado, la culpabilidad del autor; aunado a factores como ocupación de la víctima y/o ofendido, la merma en la capacidad económica y productiva.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel. **Teorías de la pena y límites al "ius puniendi" desde el estado democrático**. Editorial Dilex. Madrid 2006.

AGOGLIA, María Martha. **El Daño Jurídico, Enfoque Actual**. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**. Editorial Siglo XXI. México. 1986.

BECCARIA, Cesare. **Tratado de los Delitos y de las Penas**. Octava edición. Editorial Porrúa, México.

BERISTAIN, Antonio. **Derecho Penal y Criminología**. Tercera Edición. Editorial Temis. Colombia. 1986.

BERISTAIN, Antonio. **Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología**. Valencia.: Tirant lo Blanch, 1994.

BERNAL PINZÓN, Jesús. **El homicidio**. Edit. Temis. Bogotá, 1971,

BROM, Juan. **Para comprender la historia**. Editorial Nuestro Tiempo S.A. México 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual del Derecho Penal parte general**, Ariel, Barcelona, 1989.

CALDERÓN CERESO, Ángel. **Derecho Penal. Parte General. Parte General**, Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bosch. España. 1999.

CÁRRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.

CÁRRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Código Penal Anotado**. Vigésimo Sexta Edición. Editorial Porrúa. 2007.

CASTELLANOS TENA Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Editorial Porrúa. Cuadragésima Cuarta Edición México. 2003.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. Editorial Porrúa. Decimoséptima edición. México. 1998.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Novena Edición. Editorial Nacional. 1961.

DÁVALOS MORALES, José. **Derecho del Trabajo**. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

DAZA GÓMEZ Carlos Juan Manuel. **Teoría General del Delito**. Editoriales Cárdenas Editores y Distribuidor. México 200. p 399.

DÍAZ ARANDA, Enrique. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Porrúa. México. 2003.

DÍAZ ARANDA, Enrique. **Dolo**. Tercera edición. Editorial Porrúa. México. 2001.

DÍAZ ARANDA, Enrique. **Teoría del Delito**. Editorial Straf. México. 2006.

DONNA Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. 2001.

FALCÓN TELLA, Ma. José. **Fundamento y finalidad de la sanción**: ¿un derecho a castigar? Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. **Resultado lesivo e imprudencia**. Editorial José María Bosch. Colombia. 2003.

FIANDACA, Giovanni. **Derecho Penal**. Temis 2006. Bogotá, Colombia. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar**. Trigésima Cuarta edición en español. Editorial Siglo Veintiuno Editores. México. 2005.

GAMBOA TREJO, Ana. **La pena de prisión (teoría y prevención)**. Universidad Veracruzana. Xalapa, Veracruz. 2005.

GHERSI, Carlos A. **Derecho y reparación de daños**. Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, **El homicidio. Tomo I**. Segunda edición, Edit. Temis. Bogotá. 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fundamentos de la Filosofía del Derecho**. Traducción por Carlos Díaz. Editorial Librerías prodhufi. Madrid. 1993.

HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. **Programa de Derecho Procesal Penal**. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. **Análisis lógico de los delitos contra la vida**. Editorial Trillas. Tercera Edición. México. 1991.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Editorial Civitas. Madrid. 2003.

JAKOBS, Günther. **Función de la pena estatal y evolución de la dogmática Post-Finalista (estudios de derecho penal y funcionalista)**. Editorial Porrúa. México. 2006.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal, Parte General**. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig. Tercera Edición. Editorial Boch. Barcelona. p 96.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Quinta edición. Edit. Losada, Buenos Aires. 1985.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Introducción al Derecho Penal**. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Teoría del Delito**. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2003.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Séptima Edición. Editorial Porrúa México. 2003.

JULIO FIERRO, Guillermo. **Causalidad e imputación**. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.

KANT, Immanuel. **Metafísica de las costumbres**. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.

KELSEN Hans, **¿Qué es la justicia?** Editorial Gernika Cuarta edición. México. 2007

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. **Discurso sobre las penas**. Editorial Porrúa. México. 2005.

LESH, Heiko Hartmut. **La Función de la Pena**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá Colombia. 2000.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Teoría del Delito**. Novena Edición Editorial Porrúa. 2001.

MAIER, Julio B.L. y et al. **De los Delitos y de las Víctimas**. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina, 1992.

MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa, México. 1997

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal Parte General**. Cuarta edición. Editorial Trillas. México. 1997.

- MAURACH Reinarth. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Ariel. Barcelona, 1962.
- MERKEL Adolf. **Las penas. Necesidad, especies, determinación, imposición y extinción**. Editorial Leyer. Bogotá, 2005.
- MEZGER, Edmundo. **Teoría de la Pena**. Editorial Leyer. Trad. José Antonio Rodríguez Muñoz. Bogotá Colombia. 2005.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Tercera Edición. Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona. 1990
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. **Culpa y omisión en la Teoría del Delito**. Editorial Porrúa. México. 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Tercera edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991.
- NEUMAN, Elías. **La mediación penal y la justicia restaurativa**. Editorial Porrúa. Primera edición. México 2005.
- NEUMAN, Elías. **Prisión abierta**. Editorial Porrúa. México. 2006.
- OCHOA OLVERA, Salvador. **La demanda por daño moral**. Editorial Monte Alto. México. 1993.
- OJEDA GÁNDARA, Ricardo. **Diferencias entre el dolo y la culpa**. Editorial Porrúa. México. 2007.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal**. Parte General. Editorial Porrúa. México. 1999.
- ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto. **Teoría del Delito**. Decimocuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, **Manual de Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa México 1978.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Delitos contra la vida y la Integridad Personal**. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México 2000.

PINA VARA Rafael de. **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa. México. 1980.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**, UNAM, México, 1998.

PLATÓN. **La República o El Estado**, Colección Austral, Editorial Espasa-Calpe mexicana S.A. Decimoctava edición. México. 1984.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1979.

RÁMIREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología**. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 2006.

REYES ECHENDIA, Alfonso. **Derecho Penal**. Undécima Edición. Editorial Temis. Colombia. 1996.

RIVERA LLANO, Abelardo. **Derecho Penal Posmoderno**. Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia 2005.

ROMÁN QUIROZ, Verónica. **La culpabilidad y su complejidad de su comprobación**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**. Tomo I. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña y otros Editorial Civitas. Segunda Edición. 1997.

SPROVIERO, Juan H. **Delito de homicidio**. Editorial La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1996.

TERRAGNI, Marco Antonio. **El delito culposo**. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. 1998.

VÁZQUEZ, Rogelio. **El ofendido en el delito y la Reparación del Daño**. Talleres de unión Gráfica. México. 1981. p 18.

VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. Parte general. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 1990.

VILLARREAL PALOS, Arturo. **Culpabilidad y Pena**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán Parte General**. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Onceava Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

WELZEL, Hans. **Teoría de la Acción Finalista**. Editorial B de F. Montevideo 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Entorno de la Cuestión Penal**. Editorial B de F. Montevideo. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal, Parte General**. Cárdenas. México. 1986.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Derecho Penal Parte General**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2010.

Código Penal Federal. 2010.

Ley Federal del Trabajo. 2010.

Ley General de Salud. 2010.

Código Penal del Estado de Chihuahua. 2010.

Código Penal para el estado de Nuevo León. 2010.

Código Penal del estado de México. 2010.

Código Penal para el estado de Morelos. 2010.

Código Penal para el Distrito Federal. 2010.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 2010.

Ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal. 2010.

Reglamento de tránsito metropolitano. 2010.

DICCIONARIO Y ENCICLOPEDIAS

DÍAZ DE LEON, Marco Antonio. **Diccionario de Derecho Procesal Penal**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, México, 2000.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2000.

Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2001

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Diccionario de Derecho Penal**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

RÁMIREZ FRONDA, Juan D. **Diccionario Jurídico**. Editorial Heliasta. Decima edición. México. 1982.

REVISTAS

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. **Consecuencias del Delito. Los sustitutos de la prisión y la reparación del Daño**. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 107. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. mayo-agosto. 2003.

GUZMAN WOLFER, Ricardo. **Omisiones en el articulado de la reparación del daño, en INTER CRIMINIS**, Revista de Ciencias Penales, número 6, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, abril-junio, 2003,

PAGINAS WEB

http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/salarios_minimos/default.asp. 2010

<http://buscon.rae.es/drael/>