

Los antecedentes históricos de los criterios de determinación de la pena en el derecho penal mexicano

Alicia Azzolini*

I. Los distintos criterios de determinación de la pena. /
II. Antecedentes históricos de los criterios de determinación de la pena en la legislación mexicana. /
Bibliografía.

La doctrina penal contemporánea denomina determinación de la pena a la fijación que hace el juez en la sentencia, de la sanción penal aplicable al autor de un delito. Anteriormente se hablaba de individualización judicial de la pena o, tal como lo hace el Código Penal para el Distrito Federal, de aplicación de la pena.

Í. Los distintos criterios de determinación de la pena

La doctrina penal contemporánea denomina *determinación de la pena* a la fijación que hace el juez en la sentencia, de la sanción penal aplicable al autor de un delito.¹ Anteriormente se hablaba de individualización judicial de la pena² o, tal como lo hace el Código Penal para el Distrito Federal, de aplicación de la pena.

Por su parte, Olga Islas y Elpidio Ramírez han contribuido a la delimitación de este tema al diferenciar claramente los distintos niveles del universo penal.³ Ellos distinguen la punibilidad, que es la

conminación de privación o restricción de bienes formulada por el legislador en la norma penal, de la punición, que es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito realizada por el juez en la sentencia, y de la pena, que es la real privación o restricción de bienes del autor del delito que lleva a cabo el órgano ejecutivo.⁴

La punición es, en nuestro sistema penal, una tarea reservada al órgano jurisdiccional, según lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, esta facultad está limitada por el contenido de la norma penal. En efecto, el principio de legalidad penal, contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, obliga a aplicar la pena contenida en la ley aplicable al caso de que se trate. El juez debe moverse dentro del marco que cuantitativa y cualitativamente le fija el legislador. La punibilidad delimita el espacio de la punición.

* Profesor titular C.

1. Véase, por ejemplo, a Mercedes GARCÍA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982 o a Gonzalo QUINTERO OLIVARES, "Política criminal y determinación de la pena", en *Doctrina Penal*, año 1, núms. 1 a 4, Buenos Aires, 1978, pp. 41 a 69.
2. Esta es la voz utilizada por el *Seminario Judicial de la Federación* para clasificar a la jurisprudencia sobre el tema.
3. Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, México, 1991, *passim* y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, núm. 1, vol. I, México, enero-marzo, 1983, pp. 23-36.

4. ISLAS, Olga, *op. cit.*, pp. 24 a 26, Los mismos conceptos son utilizados por Luis DE LA BARREDA en su artículo "Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, núm. 1, vol. I, México, enero-mayo, 1983, pp. 87-120.

Beccaria, precursor de la reforma penal que se produjo en Europa, y consecuentemente en Hispanoamérica, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, fue categórico al decir que... *sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos... ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.*⁵

Pero los jueces, además de moverse dentro del marco punitivo fijado por el legislador, deben fiudar en criterios legales las razones que motiven la determinación de la pena aplicable. El legislador, en los ordenamientos inscritos dentro del modelo continental europeo, establece directrices para la punición.⁶

La finalidad que se reconozca a la actuación penal del estado, ya sea retributiva, o de prevención general o especial, determinará los criterios aplicables al momento de la individualización judicial. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas penales se combinan criterios de las diferentes tendencias.

El derecho comparado y la doctrina permiten distinguir, al menos, tres modelos de individualización judicial de la pena aplicable al delincuente:

a) El modelo basado en la peligrosidad

La peligrosidad es un concepto elaborado por los positivistas italianos. Garófalo habló de temibilidad, que es la medida de probabilidad de que un sujeto cometa eventos antisociales. Ferri prefirió ampliar el concepto por el de peligrosidad que *lleva en sí, como consecuencias propias, de una parte la mayor o menor temibilidad del sujeto, y de otra, la mayor o menor readaptabilidad a la vida social*⁷.

La medida de las penas debe adecuarse, para Ferri, al grado de peligrosidad del sujeto, evaluado sobre sus características personales y la categoría antropológica a la que pertenece.⁸

Este modelo está orientado por la finalidad preventivo especial de tipo negativo, al procurar la defensa social frente al riesgo que representa el sujeto peligroso. La necesidad de neutralizar al individuo prevalece sobre la de reincorporarlo al grupo social: el Estado debe poder reaccionar segregando a aquellos sujetos cuya peligrosidad puede alterar el orden social, y está legitimado para reaccionar preventivamente frente a la peligrosidad social (*ante-delictum*) y represivamente frente al criminal (*post-delictum*).⁹

Este modelo fue adoptado, con mayores o menores variaciones, por gran parte de los códigos penales latinoamericanos, los cuales rechazaron la peligrosidad en su concepción predelictual, pero la aceptaron como criterio delimitador de la pena.¹⁰

b) El modelo basado en la culpabilidad

En la doctrina penal no hay consenso sobre el alcance y contenido de la culpabilidad,¹¹ pero cuando se hace referencia a ella en el marco de la determinación de la pena se alude, indudablemente, al concepto normativo de la culpabilidad.¹² En este sentido se entiende por culpabilidad el reproche a que se hace acreedor el sujeto que pudiendo haberse dejado motivar por la norma penal no lo hace.¹³

En el ámbito de la determinación de la pena, la culpabilidad obliga a valorar aquellas circunstancias que permitan graduar la mayor o menor reprochabilidad de la conducta típica y a desechar aquellas que tienen que ver con la persona del autor o de la víctima, pero que no guardan ninguna relación con el hecho cometido.¹⁴

15. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1990.

16. *En el derecho anglosajón el sistema es diferente, existe mayor indeterminación de las penas, tanto en la ley como en las sentencias. Las decisiones judiciales, en muchas ocasiones, deben ser completadas por la autoridad, administrativa encargada de supervisar la ejecución. Sin embargo, esta situación ha ido cambiando durante la última década, la tendencia es hacia una mayor determinación legislativa y judicial de la pena. Al respecto véase MORRIS, Norval, "Punishment and sentencing reform in the United States", en Revue Internationale de Droit Penal, nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, 1982, Pau, France, pp. 27 a 748. En el derecho español, la corriente correccional ista, representada por DORADO MONTERO y defendida por JIMÉNEZ DE ASÚA en sus primeras publicaciones, era partidaria de la indeterminación legislativa para que el juez pudiera establecer con toda libertad el tiempo y la clase de pena de acuerdo con la individualidad del caso y del criminal. Cfr. GARCÍA ARAN, Mercedes, op. cit., pp. 67-68*

17. FERRI, Enrico, *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933, p. 270.

18. *Ibidem* p.m r> 70.

9. *Loe. cit.*

10. *Al respecto, véase el artículo de Enrique BACIGALUPO, "Acerca de la personalidad y culpabilidad en la medida de la pena", en Nuevo Pensamiento Penal, año 2, Buenos Aires, 1973, pp. 305-316.*

11. *Sobre las distintas concepciones de la culpabilidad y sus consecuencias político criminales, véase el artículo de Alicia AZZOLINI, "La culpabilidad", en Alegatos, núm. 11, México, UAM-Azcapotzalco, Departamento de Derecho, enero-abril 1989, pp. 3-9.*

12. *La culpabilidad entendida como el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado que admite dos grados y formas: el dolo y la culpa, no permite graduar la culpabilidad y, por lo tanto, no la hace apta como criterio de determinación de la pena. Los partidarios de la teoría psicológica deben recurrir a otros criterios, como el de la peligrosidad, para efectos de la individualización. Ibidem, p. 4.*

13. C.Jr. WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 169-170.*

14. *Esta afirmación m&ece un desarrollo más profundo, pero ello excedería los fines de este trabajo. La doctrina no ha precisado, o al me- nos no hay acuerdo, sobre los contenidos de la culpabilidad y su incidencia en la determinación de la pena. Hay autores que dentro del juicio de culpabilidad incluyen el reproche al autor por su personalidad, o por su conducta anterior al delito. Véase, por ejemplo, SAUER, Guillermo, Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1956, p. 224.*

En este modelo pueden distinguirse, a su vez, dos corrientes:

La teoría del *espacio de juego* (Spielraumtheorie), formulada por la jurisprudencia alemana, según la cual no se puede determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad, sino que ésta determina un marco dentro del cual el juez puede fijar la sanción, atendiendo a criterios preventivos¹⁵. La culpabilidad funciona como límite máximo por debajo del cual el juez puede decidir, atendiendo a criterios de prevención general y especial.¹⁶

La culpabilidad como criterio de determinación de la pena, en alguna de las vertientes mencionadas, es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia alemana en razón de que el código alemán, en el §46 dice que *La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena*. Sin embargo, este modelo ha sido incorporado en códigos de otros países, entre ellos, como se verá más adelante, el de México.



La teoría del *punto fijo* (Theorie der Punktstrafe), según la cual la culpabilidad sólo puede corresponder a una pena exactamente determinada (punk- tuell).¹⁷

c) El modelo basado en la necesidad de la pena

Bajo este criterio se pueden agrupar todas aquellas posturas que rechazan la culpabilidad, por considerar que el libre albedrío del ser humano es indemostrable, y porque piensan que la misión del derecho penal no es realizar la justicia sino que la pena es una necesidad para conseguir fines racionales.¹⁸

15. ROXIN, Claus, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", publicado en el libro del mismo autor *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

16. La doctrina discute cuál criterio debe prevalecer al fijar la sanción dentro del marco de la culpabilidad, para la mayoría es el de la prevención especial, para otros el de la prevención general. Al respecto véase el artículo de Diego LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina penal*, año 2, núms. 5 a 8, Buenos Aires, 1979, pp. 604 y ss.

17. ROXIN, *op. cit.*, p. 96.

18. En esta "corriente" pueden mencionarse autores como GIMBERNAT, BACIGALUPO, LUZÓN PEÑA, al respecto, véase el texto ya citado de LUZÓN PEÑA. ROXIN, aunque pone en duda la existencia del libre albedrío, mantiene a la culpabilidad como principio garantista en la determinación de la pena, véase ROXIN. "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36.

La punición es, en nuestro sistema penal, una tarea reservada al órgano jurisdiccional, según lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe aclarar que quienes dentro de esta corriente defienden la finalidad preventivo especial del derecho penal, al contrario de los peligrosistas, ponen el acento en la resocialización del sujeto y no en su neutralización.¹⁹

(i. Antecedentes históricos de los criterios de determinación de la pena en la legislación mexicana²⁰

La legislación penal mexicana, dictada después de la independencia del dominio español, hasta nuestros días, ha establecido diferentes criterios para la determinación de la pena. Los códigos penales, así como los proyectos que se fueron elaborando durante el siglo XIX y el XX, contienen un título, capítulo o sección dedicado a la *aplicación de las sanciones*.²¹ En este lugar se señalan cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el juzgador al decidir la sanción penal aplicable en el caso concreto. Sin embargo, es interesante observar cómo, a lo largo de los años, han cambiado sustancialmente los principios rectores de la punición.

Los ordenamientos penales del siglo XIX se inspiraron en la legislación española de 1822 y 1848. Es por eso que adoptan el sistema de atenuantes y agravantes que el juez debe considerar al momento de la punición. Entre ellos, se pueden mencionar los siguientes:

El *Código Penal para el Estado de Veracruz* de 1835 siguió fielmente al código penal de la España liberal de 1822, que prácticamente no tuvo vigencia en su patria de origen.²² La Sección III -De las circunstancias que agravan o disminuyen el delito, y de las penas que se deben aplicar cuando concurren diversos delitos- contiene un catálogo de agravantes y atenuantes.²³ Asimismo, faculta al juez para que, usando el albedrío que la ley le concede, tome en cuenta unas y otras para aplicar la pena justa dentro de los límites establecidos por ésta.

El *Código Penal para el Estado de Veracruz de 1869*, el más liberal de la época,²⁴ según Zaffaroni, establecía atenuantes y agravantes en la forma ya señalada. También decía que las atenuantes no podían reducir la pena por debajo del mínimo legal, sin embargo, preveía que, cuando los procesos hubieran sufrido demoras que prolongaran indebidamente la prisión de los encausados, podría descontárseles de la respectiva condena el tiempo que se considerara justo de la que ya habían sufrido.

El *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales* de 1871, conocido como el código de Martínez de Castro, combinaba principios retributivos y utilitaristas.²⁵ Igual que los anteriores ordenamientos, establecía un catálogo de atenuantes y

19. Sobre la diferencia entre la postura positivista y la moderna concepción de la prevención especial, véase BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pp. 21-22. Sobre la moderna concepción de la prevención especial, véase HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 352 y ss.
20. Se mencionan sólo aquellos ordenamientos jurídicos que fueron sancionados y estuvieron vigentes, no se incluyen los proyectos de ley.
21. En los primeros ordenamientos, como el Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851 -Proyecto Corona- ley y el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1869, se habla de circunstancias que agravan o disminuyen el delito.

22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, núm. 2, vol. II, México, abril-junio 1985, pp. 50-51.
23. Entre las agravantes, el artículo 119 mencionaba el mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito; la mayor dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquire; la mayor malicia, premeditación ventaja y sangre fría con que se haya cometido ... A su vez, el artículo 120 consideraba como circunstancias atenuantes, entre otras, la corta edad del delincuente, y su rudeza o poca malicia; la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, el arrebatado violento de ira, siempre que hubieran sido causas impulsivas para cometer el delito; el arrepentimiento acompañado de la restitución y reparación de daños y perjuicios que hiciera espontáneamente el reo, en los casos en que se reparen por este medio los delitos cometidos.
24. ZAFFARONI, E. R., *op. cit.*, p. 52.
25. Cfr. AZZOLINI, Alicia y Luis DE LA BARREDA SOLÓRZANO. *El derecho penal mexicano. Ayer y hoy*, Inacipe, México, 1993, pp. 31-33.

agravantes, pero contenía mayores directrices para el juez: si sólo había circunstancias atenuantes, se podía disminuir la pena del medio al mínimo, y aumentarla del medio al máximo si sólo había agravantes.

Por su parte, los ordenamientos penales mexicanos elaborados en el transcurso del siglo XX se apartan de la legislación española y se apoyan, fundamentalmente, en fuentes italianas y alemanas.

El *Código Penal de 1929* contenía graves deficiencias técnicas que hicieron prácticamente imposible su aplicación²⁶ pero, según palabras de su autor, tuvo el mérito de *haber roto con los antiguos moldes de la Escuela Clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito con base en la defensa social e individualización de sanciones.*²⁷ El texto permite apreciar la influencia del positivismo penal, tanto de la escuela italiana como de la vertiente alemana, la escuela de la defensa social de von Liszt, a cuyas clases asistió Almaraz.²⁸

El código contiene una compleja enumeración de circunstancias agravantes y atenuantes, dividida cada una de estas categorías en cuatro clases, *según la mayor o menor influencia en la temibilidad del delincuente.*²⁹

Mientras que en los ordenamientos citados con anterioridad no se observaba un único criterio que prevaleciera en el momento individualizador, sino que combinaban consideraciones preventivas y re-

tributivas, en el texto penal de 1929 se establecía como directriz a la temibilidad del delincuente. El artículo 161 del código precisaba que *dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente.*

De esta manera, siguiendo los postulados positivistas, se daba prioridad a la finalidad preventivo especial del derecho penal. Esto se confirmaba en el artículo 68 del código, que explicitaba que el objeto de las sanciones era *prevenir los delitos, reutilizar (sic) a los delincuentes y eliminar a los incorregibles.*³⁰

Prevalece en el texto, en concordancia con el pensamiento de la época, consideraciones de prevención especial negativa, ya que se pensaba que para la seguridad social era más importante neutralizar al delincuente que readaptarlo. Prueba de ello es la referencia a la *temibilidad* (posibilidad de que el delincuente cometa nuevos delitos) como principal criterio individualizador.

El *Código Penal para toda la República en materia del Fuero Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común* de 1931, retomó la tendencia de los ordenamientos anteriores al de 1929, al establecer criterios mixtos para la determinación de la pena.

En efecto, el artículo 51 ordenaba a los jueces aplicar las sanciones previstas para cada delito, *teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente.* A su vez, el artículo 52 enumeraba en forma enunciativa, esas circunstancias a las que el juez debía prestar atención:

- lo. La naturaleza de la acción u omisión, de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido.
- 2o. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.
- 3o. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

26. *Ibidem*, p. 35.

27. ALMARAZ, José, *Exposición de motivos del código penal de 1929*, México, 1931, p. 25.

28. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 69. Este autor, a su vez obtiene esta información de la obra de Luis GARRIDO, "José Almaraz," en *Ensayos penales*, México, 1952, pp. 28 y ss.

29. Artículo 48 del Código Penal de 1929, en Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, tomo 3, México, 1979, p. 127. Así, por ejemplo, era atenuante de primera clase el hallarse al delinquir en estado de ceguera y arrebatado, producidos por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por un gran afecto lícito, si éste no es un agravio para el mismo ofendido; era atenuante de segunda clase el presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado: era atenuante de tercera clase el dejar de hacer lo que manda la ley por un impedimento difícil de superar, y era atenuante de cuarta clase el haber tenido anteriormente el acusado hábitos de moralidad personal, familiar y social, comprobados con hechos positivos. Por su parte, era agravante de primera clase ejecutar un hecho delictuoso contra la persona, faltando a la consideración que se deba al ofendido por su edad o su sexo; era agravante de segunda clase causar deliberadamente un mal leve, pero innecesario para la consumación del delito; era agravante de tercera clase cometer el delito durante un tumulto, sedición a(sic) conmoción popular, terremoto, naufragio, u otra cualquiera calamidad pública, aprovechándose del desorden o confusión general que producen, o de la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia, y era agravante de cuarta clase cometer el delito por retribución dada o prometida, por mandato de otro, o por cualquier motivo fútil

30. *Ibidem*, p. 131.

Es evidente que este ordenamiento, a diferencia del de 1929, no asumía un único precepto rector, sino que daba al juez libertad para escoger los principios rectores de la punición. Además, este es el primer ordenamiento de los mencionados que, apartándose del modelo español, no incluyó un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes. Esto ampliaba considerablemente el margen de actuación del juez, quien podía valorar cada una de las circunstancias en perjuicio o beneficio del sujeto, de acuerdo con su propia interpretación.

Aunque el artículo 52 mencionaba a la temibilidad como uno de los criterios a ser tenidos en cuenta, también incluía situaciones que se relacionaban con la culpabilidad, como eran la naturaleza de la acción u omisión, de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido, los motivos que impulsaron al sujeto a delinquir y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito.

Otras circunstancias que podían interpretarse en función de la culpabilidad, si se consideraban en relación con el hecho cometido, eran la edad, la educación y las condiciones económicas del sujeto.

Este artículo también permitía al juez utilizar criterios de prevención especial positiva, orientada a la reinserción social del sujeto. La referencia a la temibilidad podía interpretarse en ese sentido y no en su ya mencionada connotación original. Esto podía fundamentarse, además, en la referencia del artículo 18 constitucional a la readaptación social del delincuente.

La medida de las penas debe adecuarse, para Ferri, al grado de peligrosidad del sujeto, evaluado sobre sus características personales y la categoría antropológica a la que pertenece.

Sin embargo, en la práctica forense prevaleció el criterio de adoptar a la peligrosidad -los jueces preferían este término al de temibilidad- como principio rector de la punición. Más aún, todas las circunstancias mencionadas en el artículo 52 eran consideradas como indicadores de peligrosidad.³¹ Esta práctica desvirtuaba el contenido del texto legal y, lo que era más grave, contrariaba los principios constitucionales del derecho penal democrático. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció afirmando que:

La Legislación penal vigente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamentales: uno el del arbitrio judicial, y otro, el de la temibilidad; esto es, que toda pena debe ser cuantificada por el grado de temibilidad del acusado, y el juzgador debe moverse entre los términos que fija la ley, teniendo en cuenta el grado de esa temibilidad para juzgar la pena. Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 42, Pág. 39. A.D. 2637/70. José Medina Manzano. 5 votos.

Asimismo, al valorarse como indicadores de peligrosidad circunstancias que no se relacionan con ella, prevalecía una evidente falta de precisión conceptual. Esto fue, en alguna medida, favorecido por la siguiente opinión de la Suprema Corte de Justicia:-

El alegato que formula el inculpado en el sentido de que no existe documento o alguna otra prueba que demuestre su peligrosidad, no es atendible, porque este concepto no se genera con probanza determinada, sino que es consecuencia del análisis lógico que el juzgador hace de las circunstancias que citan los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal. Amparo directo 5476/75.- Adriana López Hernández." 15 de julio de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva.

Es cierto que cada juez tiene una apreciación particular de los hechos, sin embargo, debe utilizar conceptos claros y precisos, respetando el significado y alcance de cada uno ellos. De lo contrario se da cabida á decisiones absurdas, como fue la emitida por un juez del Fuero Común del Distrito Federal, en el caso de un homicidio simple, en el que se utilizó como arma un cuchillo, donde el activo no corrió riesgos, era reincidente, tenía un índice de estado peligroso alto y, sin embargo, en la sentencia se estableció que el sujeto tenía una peligrosidad ligeramente superior a la mínima.³²

31. Este dato se corrobora con el análisis de sentencias de primera instancia del Fuero Común en el Distrito Federal.

32. Sentencia dictada por el Juzgado Decimocuarto Penal del Distrito Federal en la causa 128/92.

La reforma al código penal llevada a cabo en 1984, orientada por la corriente democratizadora de la dogmática penal que se desarrolló en Alemania, España y en algunos países latinoamericanos a finales de los años 60 y en los 70,³³ estuvo orientada a eliminar los contenidos peligrosistas de la ley. En ese sentido, Luis de la Barreda expresó en su momento que "Está cada vez más extendido el reconocimiento de que nadie ha de ser castigado por su peligrosidad. Con independencia de las innegables dificultades para aprehender lo que tal concepto significa ...es inobjetable que (el sujeto) no puede ser castigado en atención a lo que pueda hacer en el futuro".³⁴

Sin embargo, aunque se eliminaron figuras netamente peligrosistas como la retención, el contenido de los artículos 51 y 52 se mantuvo como en la redacción original. Solamente se incorporó al artículo 51 un párrafo que hacía referencia al cómputo de la pena aplicable cuando el legislador establecía punibilidades proporcionales a las del delito intencional.

Por su parte, los jueces, ajenos a los principios orientadores de la reforma, continuaron individualizando las sanciones como lo habían hecho hasta ese momento. La reforma al código penal de 1992 introdujo una segunda frase al párrafo primero del artículo 51, que decía:

... Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ella sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

De esta manera se reforzó aún más el carácter mixto de los criterios orientadores de la punición. Con este agregado era posible formular interpretaciones que cayeran dentro de la teoría del espacio de juego, el juez, dentro de los límites de la culpabilidad (el texto mencionaba a la justicia), podía individualizar atendiendo a consideraciones preventivas.

sa culpabilidad como criterio de determinación de la pena, en alguna de las vertientes mencionadas, es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia alemana en razón de que el código alemán, en el §46 dice que La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Sin embargo, este modelo ha sido incorporado en códigos de otros países, entre ellos, como se verá más adelante, el de México.

Pero una vez más los jueces se mantuvieron al margen de la reforma y siguieron considerando a la peligrosidad como el criterio rector por excelencia.

La reforma al código penal de 1994 modifica sustancialmente el artículo 52, el cual establece:

El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

Aunque son indudables las ventajas de la nueva fórmula, ella es equívoca. En primer lugar hace referencia a la gravedad del ilícito cuando, en principio, dicha gravedad debe ser tomada en cuenta por un legislador para establecer la punibilidad en la norma, pero ya no por el juez en la sentencia.³⁵ A su vez, las particularidades del hecho concreto que pudieran incrementar la gravedad del ilícito son objeto del juicio de reproche, forman parte de la culpabilidad.

A continuación del párrafo transcrito, se mencionan diversas situaciones que deben ser tomadas en cuenta por el juez, entre ellas la edad, la educación, la ilustración, las costumbres del sujeto y el comportamiento posterior del acusado en relación al hecho cometido. Ninguna de ellas se relaciona con la culpabilidad del sujeto -en el entendido de que el legislador se refiere a la culpabilidad por el acto cometido y no por la conducción de vida o por la personalidad del delincuente-.

Asimismo, el artículo 65 establece que la reincidencia será también tomada en cuenta para la indivi

33. Sobre los recientes movimientos de reforma en derecho penal, véase el texto de Enrique BACIGALUPO, *Principios...*, pp. 58-60.

34. Luis DÉLA BARREDA *op. cit.*, p. 106.

35. Al respecto existe incluso jurisprudencia, en la que se establece que "El juzgador natural recalifica la conducta del reo si se toman en cuenta las calificativas concurrentes en la comisión del delito, cuando éstas por sí mismas ya implican una pena mayor al considerarse tipo agravado el ilícito..." Amparo directo 6362/82.- Roberto LARA ROJAS.- 22 de agosto de 1984.- Unanimidad de 4 votos. Informe 1984. Primera Sala, núm. 38, p. 30.

duahzación judicial, cuando esta es una figura relacionada directamente con la prevención especial y no con la reprochabilidad constitutiva de culpabilidad.

Lo anterior permite suponer que el legislador se ha inclinado por la teoría del espacio de juego, permitiendo que el juez valore consideraciones preventivas generales y especiales dentro del marco de la culpabilidad. Por ello, hubiera sido más acertado establecer que la individualización tendrá como límite máximo la culpabilidad del sujeto.

Lamentablemente esta última reforma no tuvo la repercusión deseada en la práctica tribunalicia. La mayoría de los jueces penales, al menos en el Distrito Federal, se ha limitado a reemplazar la palabra peligrosidad por la de culpabilidad. Así como antes mencionaban indistintamente las circunstancias contempladas en el artículo 52 y, a partir de ellas, inferían el grado de peligrosidad del sujeto, ahora, con similar procedimiento, infieren el grado de culpabilidad.

Es probable que la reforma no haya sido comprendida en todos sus alcances, ya que algunos juzgadores entienden, aún hoy, la culpabilidad en sentido psicológico y no normativo, con las dificultades que ello implica para la graduación de la sanción.

En todo caso, esto pone en evidencia la distancia que existe en nuestro país entre la doctrina, el legislador y los funcionarios encargados de la impartición de justicia.

bibliografía

- ALMARAZ, José, *Exposición de motivo del código penal de 1929*, México, 1931.
- AZZOLINI, Alicia, "La culpabilidad", en *Alegatos*, núm. 11, México, UAM-Azcapotzalco, Departamento de Derecho, enero-abril 1989, pp. 3-9.
- AZZOLINI, Alicia y LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO, *El derecho penal mexicano. Ayer y hoy*, Inacipe, México, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique, "Acerca de la personalidad y culpabilidad en la medida de la pena", en *Nuevo pensamiento penal*, año 2, Buenos Aires, 1973, pp. 305-316,
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal*, Ed. Akal, Madrid, 1990.
- BARREDA, Luis DE LA, "Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, núm. 1, vol. I, México, enero-marzo, 1983, pp. 87-120.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1990.
- FERRI, Enrico, *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933, p. 270.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, México, 1979.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, México, 1991.
- LUZÓN PEÑA, Diego, "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina penal*, año 2, núms. 5 a 8, Buenos Aires, 1979, pp. 587-624.
- MORRIS, Norval, "Punishment and sentencing reform in the United States", en *Revue Internationale de Droit Penal*, nouvelle serie, 53e année, núms. 3-4, 1982, Pau, France, pp. 727 a 748.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Política criminal y determinación de la pena", en *Doctrina Penal*, año 1, núm. 1 a 4, Buenos Aires, 1978, pp. 41-69.
- RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, núm. 1, vol. 1, México, 1983, pp. 23-36.
- ROXIN, Claus, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36.
- SAUER, Guillermo, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1956.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, núm. 2, vol. II, México, abril-junio 1985, pp. 45-92.