

## **¿ES INEXORABLE LA APLICACIÓN DE LA PENA?**

### **ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL DEL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL APLICADO A UN CASO CONCRETO EN EL QUE POR FINES HUMANITARIOS SE PRESCINDE DE LA PENA**

GERARDO A. ESPÍNOLA MENDOZA

Una sociedad se define por lo que prohíbe y castiga, y por cómo lo castiga, más que por lo que dice sostener y querer.

JESÚS ZAMORA-PIERCE

En una época en la que es notorio el incremento en el índice delictivo, resulta incomprensible para la mayoría de las personas creer válido prescindir del castigo “merecido” por quien cometió una conducta delictiva. La sed de que a la víctima de un delito se le retribuya, es insaciable en la actualidad, a grado tal que recientemente hay quien pugna por penas más severas, e inclusive, por la utilización de la pena capital.

Sin embargo, debe aclararse al lector que el Derecho Penal no se debe concebir, exclusivamente, como aquél que se encarga de castigar al delincuente. Por el contrario, se debe entender como el garante de los bienes fundamentales del hombre, como son: la dignidad, la honra, la libertad e incluso la vida. Carnelutti, establece que castigar es sinónimo de juzgar, y aunque el delito se comete sin juicio previo del delincuente “...un castigo sin juicio sería, en vez de castigo, un nuevo delito...”;<sup>1</sup> de ahí se desprende que el Juez debe tener

<sup>1</sup> FRANCESCO CARNELUTTI; *Cómo se hace un proceso*; 5ª ed., Ed. Colofón, S.A., Biblioteca Jurídica Textos Vivos, México, 1998, p. 17.

sigilo al llevar a cabo el procedimiento, pues no puede condenar sin haber hecho un estudio minucioso de los hechos que analiza ya que quien cometió una conducta delictiva, en cumplimiento de su responsabilidad, no debe ser vulnerado en sus derechos fundamentales, pues resultaría contradictorio pretender sancionar dicha conducta, con una actuación conculcatoria de las prerrogativas esenciales de los individuos.

El Estado, detentador del poder punitivo, se convierte en todo proceso penal, en un todopoderoso Leviatán con capacidad suficiente para destruir la dignidad del gobernado mediante su acción autoritaria, aterrorizar las conciencias, doblegar las voluntades e imponer una tiranía irrestricta. Sin embargo, no es esa la voluntad del pueblo, su deseo no es vivir en una tiranía, sino en un Estado de Derecho que reconozca y garantice los derechos fundamentales de sus gobernados, que actúe estrictamente conforme a lo que las leyes le permitan y que propicie condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, así pues, la finalidad de la pena no es dañar al sentenciado, por el contrario, su función, consagrada en la Constitución, es la readaptación social, no el castigo *per se*.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 75, inciso A (anteriormente establecido en el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal), establece que el Juez puede prescindir de la pena cuando el agente activo del delito sufra consecuencias graves en su persona. Dicho artículo no es letra muerta, ya que como se verá a lo largo del presente trabajo, al menos, se aplicó en la sentencia de fecha veintidós de agosto de dos mil, en un proceso seguido por el delito de aborto ante la Décimo Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien determinó que con fundamento en el referido artículo 55, criterios de política criminal y el concepto de Derecho Penal humanitario en un Estado Social de Derecho, el juzgador puede y debe prescindir de la pena privativa de libertad pues resultaría desproporcionada e irracional, en atención a que, la consecuencia última que le provocó el ilícito al sujeto activo del delito, le dejó huellas permanentes, no puramente psicológicas, sino fisiológicas que repercuten en su función reproductora, a grado tal que la sentenciada a pesar de la comisión de un delito, no puede recibir más castigo que la mutilación misma de su órgano reproductor.

Así pues, el presente ensayo tendrá como menester analizar la constitucionalidad del precepto legal referido y la validez de su aplicación, haciendo un análisis breve de la finalidad de la imposición de la pena<sup>2</sup> a la luz de las teo-

<sup>2</sup> Es prudente aclarar al lector que en el presente ensayo se hará referencia a tres conceptos poco ordinarios en el lenguaje coloquial, Roxin establece que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres formas: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, por lo que cada una de esas circunstancias requieren de términos distintos: PUNIBILIDAD: es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste y forma parte del tipo penal; PUNICIÓN: es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes

rías de la misma, conceptos de Política Criminal y del Estado Social y Democrático de Derecho, defendiendo los principios del Derecho Penal cuya vigencia impide que los seres humanos queden a merced del autoritarismo, destacando que con él no se pretende en ningún momento hacer apología de delito alguno.

## 1. EL DERECHO PENAL DENTRO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

### 1.1. *La política criminal: rectora del Derecho Penal*

La política en general es una ciencia que estudia al Estado, que persigue un interés a futuro, a través de la búsqueda de medios idóneos para lograr el propósito del Estado: el buen gobierno de la sociedad.

Por su lado la política criminal se encarga de *configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz para que pueda cumplir su tarea de protección a la sociedad*.<sup>3</sup> Su finalidad es analizar las causas del delito, tratar de verificar la eficacia de las sanciones del Derecho Penal y evaluar los límites al legislador para vulnerar lo menos posible las libertades de los ciudadanos.

Es importante saber que según Jescheck *no todo lo que aparece como eficaz es también justo*,<sup>4</sup> de allí, el autor señala que habrá ciertos baremos (escalas de valores para evaluar los elementos que forman el conjunto de la política criminal) para esta ciencia que determinarán su desarrollo: el principio de Culpabilidad, el del Estado de Derecho y por último el de Humanidad:

a) **Principio de Culpabilidad:** Este principio establece claramente que la validez de la imposición de la pena sólo debe fundarse en la constatación de que el hecho es reprochable al autor del mismo. De allí que sólo puede ser castigado quien sea directamente responsable por el hecho que se reputa ilícito; además, la punición no debe ser nunca mayor a la culpabilidad.

La culpabilidad será entonces el medio a través del cual se graduará la pena, por lo que podrá acreditarse plenamente el injusto penal y no obstante ello, a nivel de culpabilidad, existir causas que hagan necesaria la imposición de una pena mayor o menor dependiendo de las circunstancias bajo las que se dé la conducta. Inclusive, existirán casos en que se pueda prescindir de la imposición de la pena privativa de la libertad. Así pues, la función político-crimi-

---

del autor del delito, realizada por el Juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad, por tanto se entiende como la imposición judicial de una pena; PENA: es la real privación o restricción de bienes del autor del delito llevada a cabo por el Poder Ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

<sup>3</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Volumen Primero (Traducción del libro *Lehrbuch des Strafrechts*, por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), Bosch Casa Ed. Barcelona, 1981, p. 29.

<sup>4</sup> *Idem*.

nal del principio de culpabilidad es limitar al poder estatal y distinguir entre pena y medida de seguridad.

En resumen, la culpabilidad es uno de los medios más efectivos para prever la extralimitación del Estado en su facultad punitiva, pues dicha potestad estará sujeta siempre a ser impuesta en la medida en que la conducta del agente activo sea reprochable.

**b) Principio de Estado de Derecho:** En sentido formal se puede determinar que el Derecho penal puede llevar a cabo las más graves injerencias en la esfera de libertad del individuo, consecuentemente es la rama del Derecho que más tutela requiere, por lo que importan a esta materia sobre todo los elementos del principio de Estado de Derecho que llamen a albergar seguridad jurídica. De allí que dentro de toda convención de Derechos Humanos, tratados internacionales y constituciones exista siempre consagración de un sinnúmero de principios destinados a proteger al gobernado de la aplicación de esta rama del Derecho, posiblemente siendo los primeros derechos fundamentales consagrados en cartas y declaraciones aquellos primordialmente relacionados con evitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal, tanto en lo corporal (libertad, integridad física y vida) como en lo material (confiscaciones, imposición de multas, por mencionar algunos ejemplos).

Zamora-Pierce reflexiona al respecto, que el grado de civilización, libertad y democracia alcanzado por cada nación dependerá de la enumeración de las garantías que la legislación otorgue a los procesados en materia penal.<sup>5</sup>

En el sentido material este principio precisa la forma de determinación del Derecho Penal a fin de que corresponda con el ideal de un Estado justo, por lo que el fundamento para el sistema de valores constitucional debe ser la dignidad humana. Es justamente a partir de la dignidad humana que surge la excusión de penas inusitadas o excesivas.

El Derecho Penal debe constreñirse a intervenir única y exclusivamente para asegurar la convivencia humana en la comunidad, vinculándose estrechamente la política criminal a la realidad para evitar que la punibilidad de una acción dependa de sentimientos o de opiniones preconcebidas.

Del mismo modo, de este principio rector de la Política Criminal surge el de proporcionalidad de los medios, que es un presupuesto esencial en la imposición de medidas del que nace la prohibición en el exceso de la pena.

Dentro del Estado de Derecho el principio de igualdad es cardinal pues de él deriva la prohibición de discriminar a quien ha cumplido una pena de prisión y en consecuencia la resocialización del individuo.

De acuerdo con las reflexiones anteriormente planteadas es posible concluir que el Estado de Derecho equivale a seguridad jurídica y que la misma, consecuentemente, es igual a justicia.

<sup>5</sup> Cfr. JESÚS ZAMORA-PIERCE, *Garantías y Proceso Penal (El artículo 20 constitucional)*, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1984, p. 26.

Es evidente que esta concepción se aparta de la idea tradicional que determina que la seguridad jurídica es la estricta aplicación de la ley y respeto a las formas en ella prescritas; sin embargo, ello no implica que la norma siempre sea justa.

En ese sentido el *Ius naturalismo* determina que la norma obliga moralmente en la medida en que esté de acuerdo con el Derecho Natural —el sistema de valores permanentes e inmutables que provienen de Dios— cuyo contenido se basa en la bondad y la justicia; y en caso de que la norma se considere injusta la obligación moral consistirá en trabajar para derogarla.

Respecto de lo anterior podemos aplicar la frase que Platón, en su diálogo Eutifrón, pone en labios de Sócrates: *lo justo place a Dios porque es justo, pero no es lo justo porque place a Dios.*<sup>6</sup> Dios es amante de la justicia pero no ayuda a esclarecer lo que es justo, por lo que el sistema de valoración dependerá de los hombres y su escala de valores inframORALES.<sup>7</sup>

En sentido positivo, es posible determinar que en la medida en que se vulneren aquellos valores se deberá de sancionar la conducta a través de la imposición de una pena; por otro lado, en sentido negativo, en la medida que se considere que dicha violación no es realmente nociva, la conducta no merecerá ser sancionada por el Derecho Penal. Finalmente, a mayor abundamiento se puede señalar que habrá casos en los que el concepto de justicia vaya más allá de lo aquí planteado, pues habrá casos en que la conducta conculque esos baremos, pero por alguna circunstancia, justa o humanitaria, sea posible prescindir de la sanción contemplada por la Ley.

Parte importante de la certeza necesaria en el Estado de Derecho mexicano es la positivización de la norma jurídica pues prevalece el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Entonces, para el Juez que emita una resolución basándose en la justicia, es relevante el *iuspositivismo*<sup>8</sup> *deontológico*. Esta corriente no niega el carácter jurídico del Derecho positivo, pero sí emite un juicio valorativo respecto del mismo y su justicia o invalidez moral, es decir, hay una relación necesaria entre moral y lo jurídico, pero que no afecta la validez formal —condición jurídica— de una norma, sino que condiciona su obligatoriedad.<sup>9</sup>

**c) Principio de Humanidad:** Toda relación humana debe tener vinculación recíproca, debe existir una responsabilidad social hacia el delincuente, una verdadera voluntad de recuperación del condenado. Carnelutti sostiene que el proceso

<sup>6</sup> PLATÓN, *Diálogos*, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1966, p. 7.

<sup>7</sup> Los valores inframORALES son exclusivos del hombre y se dividen en: Económicos, que atañen a la riqueza, poder y clases sociales; Neoéticos, relacionados con la verdad, la inteligencia y la ciencia; Estéticos, es decir, la belleza, gracia, arte, buen gusto; finalmente en Sociales relativos a la cooperación y la adhesión social.

<sup>8</sup> MARIO I. ÁLVAREZ en su libro *Introducción al Derecho*; de la Serie jurídica de McGraw-Hill, 1998, señala que: *el Derecho Natural es una doctrina que pretende establecer principios ideales de justicia como parámetro permanente, fuente de inspiración y guía del Derecho Positivo*, p. 114.

<sup>9</sup> Cfr., *op. cit.*, MARIO I. ÁLVAREZ..., p. 82.

penal no termina en el momento en que el juez dicta la sentencia, pues entonces sería equiparable al médico que diagnostica al enfermo sin establecer el tratamiento a seguir y vigilar hasta su final con el objeto de curarlo.

Así pues, la tendencia del Derecho Penal europeo, a principios de los años ochenta, que influyó directamente en el Derecho Penal mexicano, sobre todo en la reforma de 1983, se basaba en que la aplicación de la pena y la existencia misma de éste sea la resocialización del delincuente, por lo que lejos de pugnar por penas severas o por un Estado represivo, han desaparecido penas excesivas como la pena capital, la esterilización forzosa del delincuente sexual peligroso, penas correccionales y deshonorosas, por citar algunos ejemplos y han aparecido alternativas que en siglos anteriores habrían sido inconcebibles, como por ejemplo la Condena Condicional contemplada en el artículo 90 del Código Penal Federal y 89 a 91 del Código Penal para el Distrito Federal.<sup>10</sup>

Además de lo anterior el maestro alemán Claus Roxin,<sup>11</sup> basado en la nueva imagen de la *Défense sociale* —que establece que el centro de gravedad del Derecho Penal, procesal y de la ejecución penal se basa en la personalidad del delincuente y con ello en el principio de humanidad—<sup>12</sup> formuló un “decálogo” político criminal en el que se fundamentó a principios de la década de los ochenta la reforma penal en Alemania para lograr su objetivo: un Derecho penal eficaz, eficiente, actual y acorde a las nuevas corrientes de la política criminal en el marco del Derecho penal humanitario.

Dicho decálogo establece diez tesis que fundamentaban la política criminal alemana en la reforma al Derecho Penal alemán de la penúltima década del siglo pasado, en él destaca el reconocimiento del principio de legalidad, la pretensión de sustituir el sistema dualista de penas y medidas por un sistema integral de sanciones, cuya meta esencial es la reinserción social del condenado y el mantenimiento de la paz jurídica, así como principios relevantes para la aplicación de la pena como sustitutivos de la misma y casos en los que se debe prescindir de ella con base en la punición.

<sup>10</sup> Esa corriente de pensamiento nace a partir del movimiento de la *Défense Sociale* que empieza con el positivismo científico de Augusto Comte y se desarrolla más adelante con la obra “*La Défense sociale et les transformations du droit pénal*” de Adolphe Prins (1910), la “*rélegation*” y “*libération conditionnelle*” (Francia 1885), la “*sursis*” en Bélgica (1888) y finalmente con la “*loi de défense sociale*” belga de 1930 y la Ley alemana sobre el delincuente habitual de 1933. Sin embargo el cambio fundamental de la *Défense sociale* fue posterior a la Segunda Guerra Mundial, época en la que se reformó y la orientación de sus nuevas ideas de realizó bajo el signo de dignidad humana, del Estado libre y social de Derecho y de la configuración del Derecho Penal como instrumento de pedagogía criminal plena de sentido. *Cfr., op. cit., HANS-HEINRICH JESCHECK... Volumen segundo*, pp. 1047 y 1048.

<sup>11</sup> CLAUD ROXIN, *El desarrollo de la Política Criminal desde el proyecto alternativo*, Traducción de J. Queralt, *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1982, p. 70.

<sup>12</sup> *Cfr., op. cit., HANS-HEINRICH JESCHECK..., p. 1048.*

En relación con el principio de humanidad del Derecho Penal, podemos distinguir las siguientes tesis o corrientes de política criminal, provenientes del decálogo mencionado:

*Primera tesis:* El derecho penal está limitado a la protección de bienes jurídicos,<sup>13</sup> preservar la norma moral no es misión del Derecho penal, es decir, no puede penalizar conductas que moralmente pudieran ser reprochables (vergüenza: la homosexualidad, rufianismo entre adultos, la sodomía) siempre que nadie se vea perjudicado o importunado en su intimidad.

*Segunda tesis: Ultima ratio,* o en otras palabras el Derecho penal debe ser fragmentario o subsidiario, es decir, se deben descriminalizar los campos que no aseguren el pacífico orden social, partiendo de que no todas las conductas antijurídicas<sup>14</sup> deben ser objeto de tutela del derecho penal. Esta idea está basada en que la pena criminal perjudica la posición social de la persona a la que se le aplica, es decir, socialmente es dañina y en consecuencia sólo deberá aplicarse para evitar un mal mayor.<sup>15</sup>

*Tercera tesis:* La finalidad de la pena no es la retribución pues ésta no legitima su aplicación. La misión de la punición no es realizar en su propia virtud el saldo de la culpabilidad, sino que sólo está justificada si se manifiesta al mismo tiempo como medio necesario para el cumplimiento de la tarea protectora y preventiva del derecho penal. La culpabilidad tiene únicamente interés en la medida en que exige la reincorporación del reo o para la protección de bienes jurídicos, por lo que es de concluirse que la finalidad de la aplicación de la pena solamente puede estar fundamentada por la prevención general o especial.

*Cuarta tesis:* Aunque se abandone la retribución como finalidad de la pena, se debe conservar el principio de culpabilidad (*supra* 1.1 a)),<sup>16</sup> pues la

<sup>13</sup> Bien jurídico tutelado: Es el interés que la Ley penal protege. Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 201. Dichos intereses jurídicos tutelados se dividen en bienes personales o colectivos, por lo que cuando la persona física sea sujeto pasivo serán: La vida e integridad corporal, antes y después del nacimiento, paz y seguridad; libertad y normal desarrollo psico-sexual, salud, estado civil, honor, libertad y patrimonio; cuando el pasivo del delito sea la persona moral o jurídica entonces son bienes jurídicos tutelados el patrimonio y el honor; el Estado también es sujeto de protección de los bienes jurídicos: Seguridad exterior y delitos patrimoniales; la sociedad en general también es sujeto de protección de los bienes jurídicos de economía pública y moral pública.

<sup>14</sup> Antijuricidad es haber actuado en contra del ordenamiento jurídico, lo cual no es un concepto estrictamente de Derecho penal, es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque las consecuencias dependan de cada rama en particular.

<sup>15</sup> Cfr., *op. cit.*, CLAUS ROXIN..., p. 9.

<sup>16</sup> Señala Roxin que hay autores que sostienen que se puede prescindir del principio de culpabilidad y entonces la graduación de la punición se haría de acuerdo a la proporcionalidad. Finalmente concluye que: "...queda patente que GIMBERNAT viene a decir lo mismo que con el principio de culpabilidad y que únicamente en razón a una duda epistemológica, quiere evitar el término 'culpabilidad'...", *Ibid.*, p. 15.

idea de una pena justa se orienta hacia el grado de culpabilidad y el respeto al Estado de Derecho (*supra* 1.1. b)).

*Quinta tesis:* No existen distintas clases de pena graduadas según su gravedad sino que es una pena unitaria: Privación de la libertad.

Las siguientes cinco tesis del decálogo de Claus Roxin, se refieren a la sustitución de penas y multas diversas, relevantes solamente a la reforma alemana mencionada y no al principio de humanidad que se estudia en el presente apartado.

## 1.2. *El Estado Social y Democrático de Derecho*

Se trata de un modelo de Estado que pretende aunar al Estado Social y al Estado liberal añadiendo un nuevo elemento: la democracia participativa.

El Estado liberal adopta la idea del Estado gobernado por el derecho emanado de la voluntad general, expresada sin límite por los representantes del pueblo, en quienes radica de manera delegada la soberanía. Con la finalidad de defender a la sociedad del Estado mismo, adopta entonces el principio de legalidad y de división de poderes, así como el concepto de Estado policía con una intervención limitada

Por su lado el Estado Social, en contraste, no limita la acción del Estado como el liberal, sino que lo "erige como el motor activo de la vida social";<sup>17</sup> así pues, se llama al Estado a modificar las efectivas relaciones sociales, convirtiéndose en intervencionista: en *Welfare State*, *wohlfahrtstaat* o *Estado de Bienestar*. Así pues, podemos determinar que un Estado Social lejos de ser aquel que busca a como dé lugar castigar, ser represivo, tendrá como finalidad la resocialización del individuo. La Constitución de 1917 se tiene como la primera de corte social, los artículos 3, 27 y 123 son los ejemplos más típicos de ello, sin embargo, queda frecuentemente olvidada la disposición del segundo párrafo del artículo 18, que en materia penal establece que el sistema penal deberá estar organizado sobre las bases del trabajo, la capacitación para el reo y la educación como medios para la *readaptación social del delincuente*.

No obstante lo anterior, es necesario destacar que no fue el constituyente de Querétaro el primero en que se plantearon cuestiones referentes al Estado Social. El primer antecedente de las ideas sociales en la Constitución mexicana data de 1856, en los debates de la Constitución del cinco de febrero de 1857, en los que Ponciano Arriaga e Ignacio Martínez habían ya planteado cuestiones relevantes al respecto:

El primero de ellos emitió un voto particular relativo a la tenencia de la tierra, él señalaba que debe tener una función social, garantizada en la Constitución, que a su vez asegurara una distribución equitativa de las tierras, para que las tierras aptas para la agricultura sirvieran para producir alimentos su-

<sup>17</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *et al*, *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, ensayo: Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 1982, p. 70.

ficientes para las personas; así pues, esas tierras no podían ser acaparadas por una persona, pues permitir la propiedad irrestricta produciría desigualdad y gran miseria al dejar grandes porciones de tierra abandonadas o improductivas. La teoría de Arriaga es conocida como la de la propiedad originaria de la nación.

Ignacio Ramírez por su parte, habló a favor de las minorías desfavorecidas a quienes la Constitución debía proteger y garantizar sus Derechos fundamentales, previendo balance entre capital y trabajo, protección a los niños, igualdad entre varón y mujer, de los pobres e indígenas, para tener una Constitución que mejore la raza y convierta al poder público en una beneficencia organizada.

Aunque se podría concebir al Estado liberal como tesis y al Estado social como antítesis, y al parecer sean diametralmente opuestos, ello no quiere decir que no puedan converger en una síntesis, que “supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.”<sup>18</sup> Este último elemento, la democracia, supone que el Estado esté gobernado por el pueblo, tal como en México sucede con los artículos 39, 40 y 41 que prevén los medios para que el pueblo sea quien ejercite la soberanía de la cual es titular.<sup>19</sup>

En resumen, el Estado Social y democrático de Derecho es aquel en que haya intervención, límites a la función del Estado y un gobierno real y efectivo por parte del pueblo, por lo que hecha la explicación de los tres tipos de Estado y habiendo encontrado los elementos constitucionales suficientes se está en posibilidad de determinar que en México, nos encontramos en un Estado Social y Democrático de Derecho.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, SANTIAGO MIR PUIG, *et al.*..., p. 71.

<sup>19</sup> En su artículo *Democracia con diez de calificación*, publicado en el diario *El Universal* el 12 de enero de 1997, el maestro RICARDO SODI CUELLAR señala que literalmente democracia es “gobierno popular”, sin embargo, su significado político evoca una larga historia y una realidad compleja. La democracia no se puede separar de la deontología, pues en un régimen democrático se entrecruzan hechos y valores, procesos e ideales, instituciones y aspiraciones, por lo que se relaciona íntimamente con la legitimidad, legalidad y energía social, entre otros. Además, señala que la herramienta jurídica para la democracia liberal es el Constitucionalismo, pues busca el equilibrio entre Estado de Derecho y el ejercicio del poder controlado y eficaz. Finalmente establece una lista de atributos con base en los que podría prosperar la democracia en México que como reflejo, efecto de síntomas de salud y bienestar social experimente el Estado mexicano en su conjunto: 1. Legitimidad legal; 2. Despertar de la energía social; 3. Privilegiar el litigio; 4. Sistema de transmisión del poder abierto (poliarquía en lugar de oligarquía); 5. Elevada educación cívica y técnico-profesional, cada quien según sus aptitudes; 6. Profesionalización de la Administración Pública Federal y creación de sistema de responsabilidades de Servidores Públicos, congruente y coherente; 7. Respeto a los derechos humanos; 8. Independencia de los medios de comunicación social; 9. División de poderes efectiva, creando un sistema de pesos y contrapesos y límites al ejercicio del poder; 10. Fortalecimiento del federalismo y del régimen municipal.

### 1.3. Teorías de la pena: legitimación y límites de la fuerza estatal

El estudio dogmático del Derecho Penal en México, se ha concentrado básicamente en la parte general, es decir, a las generalidades del delito y en la parte especial al análisis de las hipótesis delictivas, sin tomar en cuenta la justificación de los textos legales fundadores de los delitos. Así pues, deja de considerar el sentido y límite de la intervención estatal al aplicar la pena, sin resolver el problema de la legitimación del Derecho Penal. Frente a esa ausencia, se trata no de definir las sanciones penales y enumerarlas exclusivamente, sino de dar respuesta a los grandes problemas que éstas plantean, como son el sentido y los límites de la sanción penal y la finalidad perseguida.

Claus Roxin se plantea el cuestionamiento de “¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de la libertad a uno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?”<sup>20</sup>

La respuesta a dicha interrogante se encuentra en las tres soluciones que hasta la fecha se ha propuesto y que aquí se estudiarán brevemente.

a) **Teorías absolutas:** Llamada también teoría de la retribución, la cual se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia. Se trata pues, de fundamentar la necesidad de la pena.

A mediados del siglo XIX el fundamento principal de la pena, de acuerdo a M. Ortolan<sup>21</sup> era la venganza, pues la misma es un instinto natural y legítimo: y entonces, cuando la sociedad castiga no hace más que dirigir ese instinto contra el verdadero culpable y corregirlo, en consecuencia, el derecho de punir es legítimo. Esa teoría se conocía como la *teoría de la venganza*.

La teoría *la venganza purificada o ennoblecida*, reconoce que la venganza es una pasión oscura y los actos que incita entre quienes la ejercitan son condenables, de allí que la pena se pueda ejecutar públicamente para apaciguar los sentimientos de venganza privada y satisfacer ese sentimiento y restablecer la calma, siendo en consecuencia legítima dicha aplicación, además es justa pues se fundamenta en el instinto.

Así pues, se puede concluir que de allí nacen las teorías absolutas sostenidas por Kant y Hegel que atienden solamente al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la finalidad que se persigue con ella. Su sentido es exclusivamente la retribución, es decir, imponer un mal por el mal cometido. Para el primero de los citados es una necesidad ética como imperativo categórico, mientras que para el segundo es una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del Derecho.

<sup>20</sup> CLAUD ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, p. 11.

<sup>21</sup> Cfr. M. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Tome premier, Troisième édition, Henri Plon, Libraire-Éditeur, París, 1863, pp. 80-81.

Otra corriente del positivismo, sostenida por Ross, Hägerstrom, Bobbio, Olivecrona y Hart, basados en los escritos de Jeremy Bentham, es la del utilitarismo social, que sostiene que el contenido de las reglas debe ser útil socialmente y tener fines que ayuden al progreso y desarrollo de la sociedad, su fundamento se encuentra en la realidad social, se desprende de la conciencia humana y de la realidad social, no de postulados filosóficos y su lazo con la conciencia de que se debe cumplir depende de esa utilidad. Por lo que de acuerdo a esta teoría se reafirman las tesis anteriores pues la pena socialmente tendría un fin útil: satisfacer por la vía de la legalidad el sentimiento de venganza o bien, retribuir a la víctima del delito a través del castigo del delincuente.

Tales teorías han sido paulatinamente abandonadas y actualmente, de acuerdo a la tercera tesis del decálogo político criminal de Roxin, están vigentes las siguientes dos:

b) **Teorías relativas:** Que a su vez se dividen en teorías de prevención especial y prevención general. La primera concibe a la pena como el medio para evitar que en el futuro el delincuente delinca de nuevo, a través de su corrección, de la intimidación o su aseguramiento. La última de ellas señala que el motivo por el que se impone la pena es la intimidación general de todos los ciudadanos, una coacción psicológica generalizada para lograr que se apartaran de la comisión de delitos.

c) **Teorías de la unión:** Dado que las posturas de las teorías absolutas y las teorías relativas resultan irreconciliables entre sí, actualmente se mantiene una postura intermedia que parte de la base de la retribución, añadiéndole fines preventivos tanto generales como especiales. Finalmente se puede pensar que son las más acertadas, ya que la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones cada vez que aparece.

La más grave objeción a las teorías antes señaladas es que ninguna de ellas determina cuándo se justifican las sanciones penales. Las tres teorías pretenden explicar para qué sirve la pena, pero no a qué hechos debe aplicarse, lo que se resuelve dando un tratamiento especial a niveles conceptuales distintos: al legislativo, ejecutivo y judicial, ya que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, lo que necesita justificación de cada una por separado (*supra* pie de página número 2).

#### 1.4. *La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho*

El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de lucha en contra de la delincuencia propia del Estado social, sino que debe conducir esa lucha por y para los ciudadanos a través de:

1. Asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha tender a la prevención de delitos (conductas que los ciudadanos

estimen violatorias de sus bienes jurídicos fundamentales en la medida que consideren graves dichos hechos). Así pues debe orientar la función preventiva de acuerdo a los principios de protección de bienes jurídicos y proporcionalidad.<sup>22</sup> Lo anterior es así ya que de lo contrario no tendría sentido la abolición del estado de naturaleza para entrar en una sociedad organizada.

2. Estricto apego al principio de legalidad.

3. No debe servir únicamente a la mayoría sino respetar y atender a toda minoría y a todo ciudadano en la medida que sea compatible con la paz social. De allí que no solamente debe defender del delincuente a la mayoría, sino que debe respetar la dignidad del delincuente y ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal.

Así pues la función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho es la prevención de delitos, y la reparación justa de los ya cometidos con la consiguiente readaptación social del delincuente, por lo que queda descartado que se funde su ejercicio en la retribución.

En resumen, Mir Puig establece a la pena: "la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes jurídicos, y no basar su contenido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico."<sup>23</sup>

De ese modo se materializan los principios rectores de la política criminal en el modelo de Estado que se ha analizado, por lo que se puede concluir que la finalidad de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho no es jamás retribuir, sino que sirve un fin preventivo en el que la graduación de la misma estará determinada por la culpabilidad.

### 1.5. La política criminal mexicana y la finalidad de la pena en México

Partiendo de la exposición de los conceptos de la política criminal en general, las teorías de la pena y la finalidad de la pena en el Estado Social y democrático de Derecho, estamos en posibilidad de analizar el caso de México. Es prudente destacar que la política criminal mexicana es ecléctica y no adopta un modelo determinado, ya que las reformas al Derecho Penal mexicano dependerán en gran medida de las personas que tengan ingerencia en la materia, en el momento en que se realicen y dependerán en gran medida de la escuela a la que pertenezcan.

La reforma de 1983, de la cual proviene el artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, se debe a las reformas que se formularon a propuesta del Procurador General de la República, Sergio García Ramírez, quien con su propuesta introdujo nuevos conceptos propios de las corrientes alemanas analizadas (*supra* 1.1., 1.2. y 1.4.) que sustituyeron parcialmente a las teorías de la *scuola classica* italiana.

<sup>22</sup> Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2ª ed. revisada, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1982, p. 17.

<sup>23</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *et al.*, ... *op. cit.*, p. 78.

De ese modo, en el presente apartado, se analizarán los preceptos del ordenamiento jurídico del Distrito Federal que provienen de las corrientes alemanas de fin del siglo pasado, a fin de poder analizar más adelante el artículo 75 (anteriormente 55 del Código Penal para el Distrito Federal).

El Código Penal para el Distrito Federal establece en sus artículos 4º y 5º dos preceptos fundamentales y relevantes de la política criminal moderna, al respecto, los artículos establecen:

ART. 4º—(*Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material*). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.<sup>24</sup>

Es claro que el artículo transcrito es la materialización de la primera tesis de Claus Roxin (*supra* 1.1. c)) y constituye un primer límite a la actuación estatal a través del Derecho Penal, pues establece que la conducta debe lesionar o poner en peligro sin causa justa al bien jurídico tutelado por la ley penal, no obstante, es omisa en fijar un catálogo respecto de cuáles son los bienes jurídicos tutelados, por lo que hay que recurrir a la doctrina a fin de determinar cuáles son (*supra* nota a pie de página número 13).

En el Distrito Federal, siguiendo el orden del Código Penal para el Distrito Federal se enumeran los siguientes: Vida e integridad corporal, salud, libertad personal, libertad y seguridad sexual y normal desarrollo psicosexual, moral pública, subsistencia familiar, dignidad, paz y seguridad de las personas, la intimidad personal, honor, patrimonio, seguridad colectiva, el correcto funcionamiento del servicio público, adecuado desarrollo de la justicia, seguridad y normal funcionamiento de las vías de comunicación y medios de transporte, fe pública, medio ambiente, democracia electoral y seguridad de las instituciones del Distrito Federal.

ART. 5º—(*Principio de culpabilidad*). 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 condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Colección Penal, 1ª ed., Ed. Delma, México, 2002, p. 202.

<sup>25</sup> *Idem*.

El principio de culpabilidad, rector de la política criminal actual y cuarta tesis de Claus Roxin (*supra* 1.1. a) y 1.1. c)) se hace patente en el artículo transcrito, consiguientemente es a través de él que se hacen presentes en el sistema penal del Distrito Federal dos principios fundamentales de la política criminal mexicana, el principio de humanidad y el de culpabilidad, que son a su vez congruentes con el de Estado de Derecho, en la medida en que, a través de ellos se puede fundamentar una sentencia aludiendo a los principios de la justicia, ya que dentro de este artículo se permite al Juez tomar en cuenta las condiciones personales del autor y la necesidad de aplicación de otras medidas penales en atención a los fines preventivos que pudieran alcanzarse.

Es evidente que la parte final del artículo amplía la capacidad del Juzgador para la fundamentación en sus resoluciones al permitirle expresamente utilizar como fundamento la aplicación de otras medidas penales, la prevención y las condiciones personales del autor del delito, propios de un Derecho Penal humanitario.

El artículo 18 constitucional, establece como finalidad de la pena la resocialización del individuo, es decir, en la prevención especial, por lo que la disposición legal anteriormente analizada, tiene estrecha relación con este precepto constitucional al establecer los lineamientos sobre los cuales el Juez debe fundamentar y justificar la aplicación de la pena, es decir, lo limita en el sentido de que la punibilidad deberá ser proporcional a la culpabilidad, sin embargo le libera en cuanto a que la aplicación de la pena debe hallar sustento en la prevención que con su aplicación se pretenda.

Finalmente la política criminal mexicana también se fundamenta en el principio de Estado de Derecho llamado a albergar seguridad jurídica, que se cumple a través de diversas disposiciones, basadas en el sistema constitucional de valores, que haya sustento en la dignidad humana (concretamente consagrada en el artículo 20 apartado A y 22 constitucionales; el primero establece los derechos del inculcado y el segundo la exclusión de penas inusitadas o excesivas), comulgando de este modo con el principio de humanidad sostenido por la política criminal moderna.

## 2. EL ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES

### 2.1. *Análisis del Artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal.* (Anteriormente Artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal)

El artículo 75 del Código penal para el Distrito Federal constituye la piedra angular para la sentencia que se analizará más adelante, al efecto establece:

ART. 75.—(Pena innecesaria). El juez, de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad o sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando la

imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente:

a) Con motivo del delito cometido, haya sufrido consecuencias graves en su persona;

...<sup>26</sup>

El artículo transcrito data de la reforma de 1983, en la que predominaron las corrientes alemanas de la época; el mismo consagra la institución de renuncia a la pena, que constituye una ampliación a los criterios de punibilidad. El relevante para el estudio que se hace, está formulado negativamente, y se basa en la finalidad de la pena. Es decir, cuando la *poena naturalis* ha alcanzado al autor del delito se debe prescindir de la *poena civilis*, ya que sería ocioso pretender agravar la consecuencia del delito si el sujeto activo ha recibido consecuencias graves en su persona que cubren el mismo impacto que tendría la imposición de una pena corporal privativa de libertad.

La validez de esta institución desde la luz de las teorías de la pena actuales es plena ya que:

a) Desde el punto de vista de la prevención especial, difícilmente se podría creer que el reo no ha tomado conciencia de las consecuencias naturales y necesarias de su conducta antijurídica cuando ha resentido un daño mayor al que ocasionó con su conducta; y

b) Desde el punto de vista de la prevención general, ninguna persona buscaría refugiarse en esta institución, pues tendría que ocasionarse un daño personal de mayor magnitud al causado con el injusto penal, sin embargo, el ser humano instintivamente evita hacerse daño.

Pudiera creerse que el precepto que se estudia es contrario al principio de igualdad, pues aunque dos autores hayan afectado al mismo bien jurídico a aquél que encuadre en el supuesto contemplado por el artículo en comento no verá las consecuencias jurídicas de su actuar. Sin embargo, esta reflexión es incorrecta pues el autor del delito sí tuvo una consecuencia proveniente de su actuar delictivo, sufrió un daño personal que causó que la imposición de la pena privativa de libertad sea irracional e inusitada.

Por otro lado, esta institución también se podría considerar violatoria del principio de culpabilidad pues a pesar de que el injusto sea reprochable, no haya lugar a imponer una pena privativa de libertad. Sin embargo, de acuerdo con la prevención especial, sí hubo una lección para el sujeto activo, toda vez que resintió un daño personal, proporcional a la culpabilidad y desde el punto de vista de la prevención general se puede justificar prescindir de la pena pues la sociedad se apartará de la comisión de la conducta delictiva si sabe que en la comisión de la misma, quien pretenda llevarla a cabo, puede resentir un daño grave.

<sup>26</sup> Código Penal para el Distrito Federal, 1ª ed., Ed. Delma, México, 2002, p. 228.

Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la institución que se analiza es un claro ejemplo de justicia ya que legalmente se da la libertad al Juez de prescindir de imponer la pena por una situación humanitaria, garantizando verdaderamente la dignidad de la persona al prever un medio para evitar la imposición de una pena inusitada y excesiva.

Es evidente que aquellas reflexiones que pretendan el descrédito de la institución de renuncia a la pena, pudieran ser correctas para un sistema retribucionista en el que la finalidad es castigar *quia peccatum est*, sin embargo, como se ha señalado dentro de este ensayo, la institución que se estudia cumple con los objetivos político criminales orientados al principio de la resocialización y prevención general, apartándose del punto de vista tradicionalista en el que la satisfacción del sentimiento de venganza hacía a la pena justa.

Desde el punto de vista del Derecho penal humanitario, el precepto que se estudia, constituye ejemplo claro de la búsqueda del mismo, pues pretender sancionar a alguien que ya ha sufrido un daño grave en sí mismo como consecuencia de su conducta sería excesivo e innecesario.

Aunque no se ignoran las bondades anteriormente expuestas, el artículo que se comenta, también se puede criticar en el sentido de que es muy limitada la libertad que dicha disposición otorga al Juez; ya que no constituye realmente una liberación para sus criterios, limitando a tres los supuestos para prescindir de la pena, sin embargo, la misma debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común buscando la reivindicación del delincuente, por lo que en los casos que no sirva a todo lo expuesto es necesario prescindir de ella, pues humanamente no es justa su aplicación. Se advierte que el Juez cumpliría, en una sociedad democrática una importantísima función, actuando no como *longa manus* del ejecutivo, sino como defensor de los Derechos democráticos y garante de la disidencia y el pluralismo, para lo cual la independencia, madurez y preparación del poder judicial es *conditio sine qua non*.

## 2.2. Aborto: es inexorable la pena

Como ya se mencionó, la institución de renuncia a la pena del artículo 75<sup>27</sup> del Código Penal para el Distrito Federal, no es letra muerta, pues la Décimo Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dentro del toca 696/2000, prescindió de la aplicación de la pena con base en ella, pues el sujeto activo del delito sufrió consecuencias graves en su persona como consecuencia de la comisión del delito de aborto.

Durante el procedimiento se le encontró responsable de la comisión del delito de aborto, por lo que en sentido estricto, al haberse cometido el delito

<sup>27</sup> Debe aclararse que la Décimo Sexta Sala aplicó el artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, vigente en la fecha en que se emitió la sentencia. El nuevo Código entró en vigor 120 días después de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el 16 de julio de 2002; es decir el 16 de noviembre de 2002.

correspondía una punición y dada ésta correspondía aplicar una pena, como principio lógico de transitividad, sin embargo, en virtud de que la consecuencia (histerectomía<sup>28</sup> y oforectomía<sup>29</sup>) que le provocó su comportamiento delictivo, fue de tal magnitud, que el indulto resultó fundamentado.

Si bien es cierto que la Sala no aplica una disposición novedosa, también lo es que difiere de los criterios tradicionales, a menudo viciados y que olvidan la verdadera función de impartición de justicia que atañe al Juez, marginando la dignidad del delincuente y buscando únicamente castigar, regresando al retribucionismo; es evidente que el criterio de la Sala constituye un rescate de los principios humanitarios, de política criminal y del Estado de Derecho Social y Democrático.

## CONCLUSIÓN

Del estudio realizado podemos concluir que el Estado mexicano es un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual la finalidad de la imposición de la pena se basa en la prevención especial y prevención general.

Además dentro del mismo, existe una institución legal que acorde a los principios de la política criminal y los fines de la pena propios de este sistema, permite prescindir de la pena, en casos especiales, que se ajustan a la finalidad de la misma en este tipo de organización política; si bien haberla incluido en la reforma de 1983, es sólo la punta del *iceberg* del verdadero Derecho Penal humanitario, basado en la libertad absoluta de decisión del Juez, resulta un avance hacia el olvido de la represión.

Finalmente, el criterio aplicado por la Décimo Sexta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal la ha aplicado, es evidentemente audaz y radical basado en esa institución ya que deja atrás la tradición punitiva, actitud represora bajo la que el Juzgador impone invariablemente la pena privativa de libertad, que aun cuando el precedente estudiado está abrigado por una disposición legal específica, lo cierto es que su aplicación rompe con la ortodoxia de la práctica en los Tribunales.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, MARIO I., *Introducción al derecho*, Serie jurídica, Ed. McGraw-Hill, México, 1998.

BARREDA SOLÓRZANO, LUIS DE LA, *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. Porrúa, México, 1997.

<sup>28</sup> Procedimiento quirúrgico a través del que se extirpa el útero.

<sup>29</sup> Procedimiento quirúrgico a través del que se extirpa un ovario.

- BARREDA SOLÓRZANO, LUIS DE LA, *Ius puniendi et ius poenale*, Sección Editorial de la coordinación de extensión universitaria, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1981.
- BECCARIA, CESARE BONESANO MARQUÉS DE, *Tratado de los delitos y de las penas*, 1ª ed. facsimilar, Ed. Porrúa, México, 1982.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, 5ª ed., Ed. Colofón, S.A., Biblioteca Jurídica Textos Vivos, México, 1998, p. 17.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *Teoría de la pena*, 3ª ed. revisada, Ed. Tecnos, Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1985.
- HERRERA Y LASSO, EDUARDO, *Garantías constitucionales en materia penal*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales (2), 1ª reimpresión, México, 1984.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Volumen Primero, Traducción del libro Lehrbuch des Strafrechts, por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO Y OTROS, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., 2ª reimpresión, Ed. Tecfoto, S.L., Barcelona, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. revisada, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982.
- \_\_\_\_\_, *Política criminal y reforma de Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1982.
- MUÑAGORRI, IGNACIO, *Sanción penal y política criminal, confrontación con la nueva defensa social*, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- ORTOLAN, M., *Éléments de droit pénal*, Tome premier, troisième édition, Henri Plon, Libraire-Éditeur, París, 1893.
- PLATÓN, *Diálogos*, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1966, p. 7.
- RICO, JOSÉ MARÍA, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1982.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales (13), México, 1984.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1981.
- \_\_\_\_\_, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976.
- TOZZINI, CARLOS A., *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

- TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho Constitucional Mexicano*, 34ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales*, 3ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 1ª ed. mexicana, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.
- ZAMORA PIERCE, JESÚS, *Garantías y Proceso Penal (El artículo 20 constitucional)*, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1984.
- , *Garantías y Proceso Penal*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996.

### Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 9ª ed., McGraw-Hill, Serie jurídica, México, 2003.
- Código Penal para el Distrito Federal*, Colección Penal, 1ª ed., Ed. Delma, México, 2002.

### Otras fuentes

- Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tomo 246, año 11, Sexta Época, Segunda Etapa, julio-agosto, 2000.
- Entrevista con la Magistrada Sara Patricia Orea Ochoa, ponente del toca 696/2000, 25 de febrero de 2003.
- SODI CUELLAR, RICARDO, *Democracia con diez de calificación*, artículo publicado en el Diario *El Universal* el 12 de enero de 1997.

El contenido de las leyes es la conducta humana (Kelsen, *Teoría pura*, 2ª ed., p. 32). Hechos y omisiones sucedidos con referencia a la misma motivan, por lo tanto, la creación de nuevos preceptos.

Un ejemplo muy expresivo y directo para esto, es el incendio del llamado *Ringtheater* en Viena, sucedido el día 11 de diciembre de 1881 en ocasión de una función de la ópera *Los cuentos de Hoffmann*, de Offenbach, que fue una de las más grandes catástrofes de este tipo, y no es que ha sido el máximo número en la historia de teatros.

Las causas técnicas de su extensión fueron la falta de una cortina de fierro que hubiera existido en forma adicional a la de la tela, para separar los espacios del auditorio y de la escena, para que en los casos de incendio originado en la escena, como lo fue en el siniestro de Viena a través de una vela encendida y calda, no se extiende el incendio al auditorio.

La segunda causa técnica consistió en el hecho que las puertas del teatro hacia la calle pública no se abrieron a la misma, sino solamente al interior del teatro, de modo que el público no pudo salir para haberse salvado, las personas traseras empujaron en tal grado a las delanteras que éstas cayeron ante las puertas cerradas al piso y se amontonaron los cuerpos así yacidos al piso.

