

GUSTAVO MALO CAMACHO

DERECHO PENAL MEXICANO

TEORÍA GENERAL DE LA LEY PENAL

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD Y EL SUJETO RESPONSABLE

TEORÍA DE LA PENA

Quinta edición



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2003

Primera edición, 1997

Copyright © 2003, por
GUSTAVO MALO CAMACHO
Antiguo Camino Real de Diligencias No. 8,
Magdalena Petlacalco,
Tlalpan, México, DF

Esta edición y sus características son propiedad de la
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República Argentina 15 Altos, col. Centro, 06020, México, DF

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 970-07-4222-9

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MÉXICO

A mis dos Cielitos
A Ian Sergio Malo Bolivar

PRÓLOGO

En memoria de *Gustavo Malo Camacho*

Cumplo el encargo amistoso, que estimo grandemente, de formular el prólogo de este *Derecho penal mexicano*. El libro exigiría mejor prologuista. En todo caso, hubiera preferido hacerlo en otro tiempo y en otra circunstancia: dentro de algunos años, por lo menos, al cabo de otras publicaciones de su autor y antes de varias más que vinieran. En una hora neutra, de reflexión y sosiego, examinando con el autor sus páginas y mis comentarios; es decir, analizando, como lo hicimos muchas veces, sus ideas y las mías y aprendiendo algo o mucho el uno del otro, como suele ser entre los amigos que se quieren y respetan, que cultivan la misma profesión y que han caminado, en afectuosa compañía, un buen tramo de la vida. Todo eso hubiera deseado.

Cuando Gustavo Malo Camacho me hizo saber la empresa que tenía entre manos, esta obra que aborda la parte general del derecho punitivo, le dije que seguramente se trataba del “libro de su vida”. Me explico: en la biobibliografía del intelectual que pone por escrito sus búsquedas y reflexiones, sus dudas y anhelos, sus hallazgos y proyectos, puede haber, entre muchos libros, alguno que reúna, en cierta manera, a todos los otros, que los aproveche como peldaños en un ejercicio ascendente, que sea su culminación y paradigma. Esta obra sería, estrictamente, “la obra” del autor. En ella resumiría su vocación, su capacidad y quizás la razón de su existencia. A esto se llama el “libro de una vida”. Y esto es, para Gustavo Malo Camacho, el *Derecho penal mexicano* al que estas líneas sirven como prólogo, pero también como homenaje.

Mal Camacho ya no está entre nosotros. No está físicamente, quiero decir. Perdura, sin embargo, de muchas formas: en su esposa, en sus hijos, en sus amigos, en las leyes que contribuyó a crear, en las publicaciones que se le deben, en su Academia Mexicana de Ciencias penales. Tiene esa virtud y esa ventaja. En un libro se aloja quien lo hizo y subsiste en sus páginas. Ahí deposita una parte de su espíritu. El hecho de que el Libro aparezca ahora, una vez fallecido su autor, explica el sentido y las características de mi prólogo.

Conocí a Gustavo Malo Camacho poco después de su regreso de Roma, hace unos treinta años. Venía tras haber cursado los estudios superiores de derecho penal. Me visitó en la dirección del Centro Penitenciario del Estado de

México, llevado por don Alfonso Quiroz Cuarón, maestro común. El joven penalista regresaba a la patria para aplicar su talento, sus conocimientos y su laboriosidad en la disciplina de su predilección. A partir de ahí, incursionó en la investigación jurídica, en la cátedra y en el servicio público.

En 1970, Malo Camacho se incorporó al equipo de funcionarios de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, entonces a mi cargo. Como subdirector de Averiguaciones Previas, escrupuloso y enérgico, tendría un excelente desempeño. La procuración de justicia atraía. Progresó en este camino: sería Visitador General y Controlador en la Procuraduría General de la República y Procurador General de justicia en su estado natal, Morelos, en el que tenía arraigo familiar y personal y al que sirvió con amor y fidelidad. Como funcionario de la Procuraduría General de la República, le correspondió compartir con otros colegas el trabajo por mejorar el despacho de ésta y afirmar la soberanía y la dignidad de México frente a pretensiones tan injustas como excesivas en el ámbito de atribuciones de aquella Procuraduría.

Otra vertiente de su labor profesional fue la administración de justicia, trabajo que pone a prueba, como la procuración, el rigor y la probidad del hombre y del funcionario. Por supuesto, de estas pruebas Malo Camacho salió siempre con calificación sobresaliente. En Morelos fue magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia. Corriendo el tiempo, sería magistrado de sala penal en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Este fue su último cargo, el cual cumplió con la mayor devoción, hasta el final.

No quedaba ahí la inquietud profesional del jurista. Sabía que la readaptación social constituye la piedra de toque de la justicia penal: el proceso, que recoge al delito y al delincuente y fija la consecuencia jurídica de la conducta punible, tiene un destino claro: la pena. En la ejecución de ésta se verá si las instituciones y los hechos corresponden al discurso penal del Estado o corren por su cuenta, como suele suceder. Malo Camacho fue subdirector de la Penitenciaría del Distrito Federal y presidente de la Comisión de Reclusorios. De sus manos firmes y honestas recibí esta presidencia, en el distante 1976.

Todo lo anterior dice mucho y dice bien de Malo Camacho. Hay que agregar, para que sea completo y fidedigno el perfil del maestro desaparecido, su ejercicio académico. Colaboró en el instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México, donde fuimos colegas. Impartió derecho penal en la Facultad de Derecho de la misma Universidad, hasta 1995. Un profesor puntual y competente, miembro de esa pléyade de penalistas que ha ilustrado, desde hace muchos años, los estudios de esta especialidad en México.

Un lugar especial en la biografía de Malo Camacho, merece su paso por el Instituto Nacional de Ciencia Penales. Este organismo, llamado a ser el eje del desarrollo penal, criminológico y criminalístico en México, fue instalado a mediados de 1976, como iniciativa de la secretaría de Gobernación. En los trabajos

que condujeron a la fundación del Instituto —el INACIPE, como luego se le conocería, dentro y fuera de México— figuró el profesor Malo Camacho al lado de otros catedráticos: Javier Piña y Palacios, Alfonso Quiroz Cuarón, Celestino Porte Petit, Rafael Moreno González, Antonio Sánchez Galindo, Victoria Adato Green, Héctor Solís Quiroga, Olga Islas de González Mariscal y yo mismo. El flamante plantel inició sus actividades, previa inauguración por el Presidente Echeverría, el 25 de junio de 1976, sustentado en el “decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales”, que se publicó en el “Diario Oficial” del 22 de ese mismo mes.

Malo Camacho sucedió a don Celestino Porte Petit en la dirección del INACIPE y antecedió a este cargo a Gustavo Barreto Rangel. Presidía la Junta de Gobierno del INACIPE un distinguido jurista, con el que Malo Camacho había colaborado en la Secretaría de Gobernación: don José Rivera Pérez Campos. En 1993 desapareció el INACIPE, suprimido por una decisión errónea, que retrasó el desarrollo de las ciencias penales en México. En el *Derecho penal mexicano*, el antiguo director del INACIPE dice de éste: “hoy inexplicablemente suspendido en su función de formación en altos estudios, lo que esperamos sea pronto rectificado en bien del país”. Lástima que Malo Camacho no alcanzó a ver, en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 1996, un nuevo “Decreto por el que se crea el instituto nacional de Ciencias Penales” (en realidad, no se crea, sino se restablece).

En su condición de penalista destacado, Malo Camacho intervino activamente en la formulación de diversos proyectos de ley. En este sector de actividades requiere mención particular el anteproyecto de Código Penal para la Federación y el Distrito y Territorios Federales, redactado en 1983, tras una verdadera “Consulta nacional sobre Procuración de Justicia y Seguridad Pública”. El anteproyecto fue elaborado por una comisión de las Procuradurías de la República y del Distrito Federal, aspa como del Instituto Nacional de Ciencias Penales, integrada por los abogados Celestino Porte Petit, Victoria Adato Green, Luís Porte Petit, Sergio García Ramírez y el propio Gustavo Malo Camacho. Fue éste quien hizo entrega del valioso documento al Presidente De la Madrid, el 8 de agosto de 1983, al concluir la Consulta Nacional mencionada, en la biblioteca “Emilio Portes Gil” de la Procuraduría General de la República.

Ese anteproyecto, en el que se halla la profunda huella de mi dilecto compañero y amigo, fue la cantera de la que se tomarían las propuestas que año con año, a partir de 1983, modificarían radicalmente el rumbo del derecho penal mexicano. Por eso se ha sostenido, con razón, que la reforma penal de 1983 ha sido la más relevante de todas las realizadas, a propósito de la legislación penal mexicana, entre 1931 y el presente. Sería imposible decir en qué puntos del anteproyecto intervino más el doctor Malo Camacho. Lo hizo en todos, tanto en la parte general como de la especial. Por ello su nombre se asocia, con justo título, a la más fecunda reforma penal mexicana. En los meses

anteriores a su desaparición física, compartía conmigo la tarea de redactar el proyecto para un Código Penal de Morelos.

Dije que el libro *Derecho penal mexicano* es la obra de una vida. Pero no fue la única que produjo su autor. Entre las muchas que dio a la prensa, sólo me permitiré mencionar algunas: *Tentativa del delito* (UNAM, 1971), *Método para la aplicación práctica de la Ley de Normas Mínimas para la Readaptación de Sentenciados* (ENAG, 1973), *Manual de Derecho penitenciario mexicano* (Secretaría de Gobernación-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1976), etcétera.

A raíz de la reforma penal de 1983 (por el año de su promulgación) o de 1984 (por el de su publicación: 13 de enero y entrada en vigor: 12 de abril), elaboró el artículo “La reforma de 1984 al Código Penal, Parte General. Algunos comentarios”, que figura en la obra colectiva *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia* (PGR, 1984). Otro ensayo suyo aparece en la más importante obra jurídica colectiva hecha recientemente en México: la *Obra jurídica mexicana* (PGR, tomo V; coeditor: Gobierno del Estado de Guerrero, 1988); se denominó “Los derechos humanos en el sistema de justicia penal (instrumentos de protección)”.

¿Qué pudo llevar a Malo Camacho a dedicarse, en el ejercicio de una exitosa profesión, al cultivo de las ciencias penales, y específicamente, del derecho penal sustantivo? Acaso fue su interés por la expresión más humana del derecho, la más intensa y dramática, que se exhiba en el oscuro fenómeno de la delincuencia y en su protagonista, el autor del hecho reprochable, el criminal. Este es, desde luego, un terreno resbaladizo: ora sirve para exaltar, preservar, defender la dignidad humana, ora para humillarla, menoscabarla, negarla.

La tipificación penal de las conductas y la formulación de las penas, por una parte la organización del proceso y de las participaciones procesales, por la otra y el régimen de ejecución de penas y medidas, finalmente, pueden dar testimonio de autoritarismo o de humanismo. Malo Camacho, como la generalidad de los penalistas mexicanos, se ha inclinado por esta última versión del orden penal del Estado.

El derecho punitivo mexicano ha recorrido un largo camino desde que florecieron en la antigua Mesoamérica las culturas originales. Derecho minucioso y terrible, aquél. Vino luego el sistema jurídico español e indiano, introducido por la invasión europea y aclimatada en lo que fuera la Nueva España. Y al final de nuestra guerra insurgente —la primera Revolución Mexicana—, México se dio un nuevo derecho, paulatinamente, al paso en que construía con infinito esfuerzo, entre toda suerte de avatares, sus instituciones políticas.

Desde los Códigos de Corona, en Veracruz, y el Código de Martínez de Castro para la Federación y el Distrito Federal, en el tiempo del ilustre Presidente Juárez, el signo dominante del derecho penal mexicano ha sido humanista. Hoy se dice, generalmente, “democrático”. Se habla, así, de un derecho

penal democrático. Pero no es la democracia —ni siquiera como democracia integral, ya no simplemente electoral—el valor que preside el orden jurídico punitivo; lo es el “humanismo”; culto de ser humano, respeto a los bienes preciosos que encarna el hombre, inclinación frente al destino humano en su tránsito por la Tierra. Debemos hablar, pues, de un derecho penal humanista, por oposición al derecho penal autoritario.

Ese humanismo ha recogido el pensamiento y el esfuerzo de la mayoría de los penalistas y se ha traducido —las más de las veces, pero no todas—en los textos de nuestras leyes y en las páginas de nuestros libros especializados. Me refiero a este asunto, porque quiero identificar la afiliación del jurista Malo Camacho y la filiación de su *Derecho penal mexicano*.

En la primera parte de la obra, plétórica de enseñanzas y sugerencias, malo Camacho, filósofo del derecho penal, cultivador de la dogmática penal, el ciudadano consciente de la necesidad y de los riesgos del sistema punitivo, advierte: “Un estado de derecho democrático y liberal que reconoce a la persona en su dimensión individual y social, como un ámbito medular del contenido de su decisión política fundamental, en la que se recogen también las garantías constitucionales individuales y sociales como contenido mismo de su afirmación de respeto a los derechos humanos, establece la delimitación de las características fundamentales de sus sistema punitivo y, consecuentemente, del contenido y el alcance de la pena. Esto, a la vez, enuncia el sentido y contenido político de la pena, a través de la cual el Estado también se define y se afirma”.

El humanismo de esta aseveración enlaza con otras precisiones rotundas que el *Libro* encierra. Ante todo, la inteligencia del orden penal como recurso último del control social; la idea, en fin, de que este orden debe atenerse al principio de intervención mínima; su espacio y su frontera tienen una referencia estricta: lo absolutamente indispensable, no menos. También hay humanismo cuando Malo Camacho asegura que “la pena... no debe ser un ámbito que coarte al individuo en su capacidad de búsqueda y alcance de su espacio social, sino, por el contrario, un ámbito, promovido por el Estado, justamente a la consecución de dicho fin”.

En consecuencia de lo anterior y a la vista de nuestro mundo atribulado, Malo camacho abriga un temor ampliamente compartido. Habla del crecimiento demográfico y de la disminución en el nivel de vida —esto es, reflexiona sobre los efectos de la imprevisión, es cierto; pero, también de la injusticia—y medita: “Frente a este panorama, no es difícil intuir las posibilidades de un incremento en los niveles de violencia, sobre todo la urbana y, consecuentemente, como reacción frente a esta, la rigidización del derecho y del sistema de justicia en general para mantener el orden público y la seguridad”. Por eso, insta a enarbolar los derechos humanos y los principios de la democracia.

El finalismo llegó tarde a México. Se había desarrollado ampliamente en Alemania, de donde es oriundo, y en otros países, cuando en México era, toda-

vía, desconocido. Los estudiantes de mi época juvenil —que fue la misma de Malo Camacho—no supieron del finalismo. Las cosas han cambiado. Hoy esa orientación va dominando los estudios juspenalistas e ingresa ya en el derecho positivo. Malo Camacho se confiesa finalista. Sigue a Welzel, cuya doctrina es, “en nuestra opinión —escribe—, más integrada y completa que las precedentes”.

Tras examinar la teoría de la ley penal, emprende la del delito y en esta explora los elementos y las causas de exclusión. La teoría del delito “supone una verdadera ‘disección jurídica, acerca del contenido social del precepto de la ley penal, la cual aparece observada desde la perspectiva no del análisis abstracto, general e impersonal de la ley penal que, en general, se constituyó en el método lógico normativo de la época del racionalismo clásico, sino en sentido inverso, es decir, a partir del hecho social regulado (conducta típica), a la luz de todos y cada uno de los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) lo que, en general, a fin de determinar si la misma es o no constitutiva de delito”.

En la línea del pensamiento que profesa estima que “conducta es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada”, y reconoce al dolo en la tipicidad, como su elemento subjetivo”: un “querer la parte objetiva y normativa del tipo”. Al abordar la culpabilidad, asegura: “culpabilidad es responsabilidad, responsabilidad propia, de su presencia como actor y, también, como parte de la dinámica social... Culpabilidad es responsabilidad; no es solo el reproche derivado del planteamiento de que podría actuar de otra manera... Culpabilidad es juicio de reproche, pero su contenido esta determinado, precisamente, por la responsabilidad, que a su vez, determina su función”.

La última parte de la obra se asigna a la teoría de la pena. El autor se mueve aquí con la misma competencia que demostró en el desarrollo de las teorías de la ley y del delito. Su vocación humanista se exhibe de nuevo. En este caso, además, acude a las enseñanzas que él mismo reunió en obras precedentes, como aquella —antes mencionada—que dedicara a la historia de las cárceles en México. Cuando analiza la pena de prisión, reconoce: “no sin razón, se ha cuestionado la realidad de la prisión, en cuanto forma de tratamiento para la readaptación social, orientado a lo fines de la prevención especial, debiendo reconocer que, salvo contadas excepciones, el así denominado tratamiento penitenciario ha implicado fuertes reveses, sobre todo, en relación con los efectos de la prisionización y de la despersonalización que se genera con la privación de la libertad mas prolongada”.

Por eso ha sido necesario “replantear las ventajas y desventajas de la prisión como pena y, en su caso, la búsqueda de soluciones alternas que puedan resultar asimismo eficaces... este es el camino por el que hoy el mundo de las penas transita”. No deja de observar, empero, que se advierte “también, a la vez, el grave riesgo de la sombra del pasado, con sus penas corporales, infa-

mantes, deshumanizadas y de la pena capital, como el fácil recurso social eliminatorio...”. El mundo violentado, pues, pudiera optar por la justicia entendida apenas como “la medida defensiva del *status* establecido, sin reconocer que una parte importante de la violencia se vería disminuida frente a una mejor respuesta de la justicia social”.

Malo Camacho cita a los autores cuyas ideas comparte o combate, ambas cosas con argumentos y respeto intelectual. En el número de esos tratadistas, que pueden significar influencias valiosas —por admisión o por oposición—, figuran los pensadores, filósofos, politólogos, historiadores, literatos inclusive, que contribuyen al marco general de las reflexiones de un jurista y, específicamente de un penalista, que debe vivir y trabajar arraigado en unas ideas y rodeado —e ilustrado— por un horizonte que confiera asidero, profundidad y trascendencia a su pensamiento. Es imposible y, en todo caso inconveniente, que el derecho penal se recluya en sí mismo, abastecido solo de sus propias sugerencias: abarcaría convertido en un artificio, tal vez ingenioso, pero distante y ajeno y sus cultivadores constituirían individuos de una nueva tecnocracia, deshumanizada y fría.

También recurre el autor, por supuesto, a un amplio conjunto de penalistas, nacionales y extranjeros. No extrema las citas. Las modera, según lo aconseja la exposición de cada tema. Entre los mexicanos, hay algunos que parecen pensar más —maestros o colegas— en la obra de Malo Camacho. Me parece que éstos son, por una parte, Celestino Porte Petit y, por la otra, Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez. Dedicó un buen espacio, justamente, al modelo lógico formal del tipo, desarrollado por estos notables juristas.

Diré, por último, que aunque el autor insiste en que su libro constituye un *manual* de derecho penal mexicano y, efectivamente se trata de una obra de aquel género, vinculada con el derecho y la jurisprudencia nacionales, su estudio puede ser muy útil para penalistas de otros lugares. Si se hace abstracción de las referencias al sistema jurídico nacional, aun quedara un macizo volumen, una buena construcción doctrinaria, que satisfará el interés de estudiantes y profesionistas, mexicanos o no, por conocer la parte general de esta disciplina.

Me asombra y admira que Gustavo Malo Camacho haya encontrado fuerzas, en su último año difícil, para concluir el libro *Derecho penal mexicano* que, un buen día, su hijo llevo a mi cubículo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lo redactó, en esta etapa, contra viento u marea, resistiéndose al asedio que pudo vencer a otros, pero no derrotó a Gustavo. Lo hizo con la misma entereza, decisión y competencia con que seguía estudiando los expedientes de su ponencia de magistrado en el Tribunal Superior de Justicia. Mucho debieron fortalecerlo la lealtad, la cercanía, el afecto de su esposa y sus hijos. Estos fueron, sin duda, su baluarte: en los buenos y en los malos tiempos. Es natural, por lo tanto, que Gustavo les hubiese dedicado el *Libro*, para que su nombre, de esposo y de padre, se ligara también aquí con los nombres de quienes lo

acompañaron, sin fallarle, hasta el umbral de esa otra dimensión de la vida que alguna vez todos franquearemos.

Durante varios meses de 1995, Gustavo Malo Camacho formo parte del Consejo Consultivo del Instituto de Formación profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Asistió con entusiasmo y apporto lo que le sugirieron, con buena fe, sus conocimientos y su experiencia. El Procurador José Antonio González Fernández dispuso que la sala de reuniones de aquel Consejo, en la nueva instalación del instituto, llevara el nombre del Dr. Gustavo Malo Camacho. Hizo la oración correspondiente otro amigo recordado, Gustavo Barreto Rangel, sucesor de Malo Camacho, como señale, en la dirección del INACIPE.

En el discurso de Barreto se hablo de malo Camacho estudiante, catedrático, funcionario. En todas esas dimensiones se le recuerda –lo recuerdo yo mismo- como sumo aprecio. Lo tengo presente, por ejemplo, en su asistencia al Quinto Congreso de naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, en Ginebra (1975), cuando participamos en la delegación mexicana. Y en su primera entrevista con don Luís Garrido, que le brindo su apoyo hospitalario, con una nobleza muy suya, para ingresar a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Y en las numerosas jornadas de vigilia, pobladas de papeles y debates, dedicadas a la elaboración del anteproyecto de Código penal de 1983. Y en muchas horas de conversación sobre reformas penales, procuración de justicia, menores infractores, prisiones o, también, cada vez más, sobre las tribulaciones de México, un tema recurrente, que le apasionaba. Y en su última visita, en que lo vi, lucido, amable, valiente, sin decir nada, absolutamente nada, ni con el gesto ni con la palabra, sobre lo que ya llegaba.

Ese es el Dr. Gustavo Malo Camacho que yo conocí. Así lo recuerdo, más allá de los códigos penales y los libros que escribió. Por su edad, por la madurez de su talento, por su producción en marcha, me queda la impresión de que murió antes de tiempo; de que aun podía dar mucho a su familia, a su tribunal, a sus colegas, a sus alumnos. En todo caso, dio mucho a su patria, de la que tanto había recibido.

Dr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Ciudad Universitaria, México,
Abril de 1996

INTRODUCCION

La presente obra, intitulada: *Derecho penal mexicano*, ha sido elaborada a nivel de Manual y, por lo mismo, recoge como contenido un conocimiento general de la Materia; su contenido y estructura sistemática adopta los lineamientos que a continuación se describen.

En primer lugar, se parte del entendimiento de que el derecho es un “orden de relación social” que se explica a partir de la regulación de la conducta social del hombre, para su convivencia; convivencia propugnada a partir de la seguridad jurídica, en función de la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad para el establecimiento y mantenimiento del equilibrio, de la paz y del orden social. Este argumento aparece recogido y reiterado como base del análisis de cada uno de los temas de que se ocupa esta obra.

El derecho es un orden de relación social eminentemente dinámico, dialéctico y de comunicación; lo que se refleja, lo mismo en la estructura de la norma, como en las características del sistema jurídico general. Esto significa que el derecho requiera ser entendido a partir de una concepción ética social, más que ética individual, y debe ser explicado, precisamente, en dicho sentido; independientemente de que en la base de sus normas puedan buscarse, también, objetivos morales y éticos individuales que, sin embargo, están más allá del ámbito específico del derecho.

En segundo lugar, entendemos que el derecho, y específicamente el derecho penal, debe encontrar como base de su contenido, las características de la estructura jurídico política en que se manifiesta, lo que, naturalmente, recoge ámbitos socio-económicos, dentro de la delimitación histórica cultural que se da en tiempo y espacio. Así, el derecho debe ser interpretado a la luz de los principios recogidos en la ley constitucional que lo afirma, y debe ser reconocido, precisamente, con las características afirmadas en ella.

Es en este sentido que el presente libro constituye un *Manual de derecho penal mexicano*, aludiendo al hecho de que se trata del derecho penal vigente en el Estado mexicano; derecho que, por ello, exige ser interpretado a la luz de sus principios fundamentales, recogidos en la Constitución de la Republica y en las constituciones de lo Estados. Esto significa que necesariamente la ley penal mexicana se fundamenta y nutre de los principios que definen el *ius pu-*

niendi del Estado mexicano, con fundamento en la decisión política fundamental, en relación con la definición de las garantías individuales y sociales que la misma reconoce, especialmente, pero no exclusivamente, las relacionadas con los principios de seguridad jurídica. De esta forma, la presente obra responde a la concepción de un derecho penal democrático y liberal, que entiende al derecho y, lógicamente, también a la sociedad y al Estado, en función del individuo reconocido individual y socialmente, y no al revés, es decir, el individuo, no puede ser entendido solo en función y como parte de la sociedad o del Estado. Es sobre estas bases que debe darse la interpretación del contenido, el sentido y el alcance de la ley penal.

Esto obliga a entender al derecho, como he señalado al principio, en función de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de las personas miembros de la comunidad, que es la razón que genera la norma de cultura que esta en su base, y que, a su vez, origina su elevación a norma jurídica penal, con la coercibilidad como característica de diferencia específica, como expresión de la potestad punitiva del Estado, que a su vez se concreta a partir de la culpabilidad del autor.

El objetivo del derecho penal propugnado por la sociedad y el Estado, tanto en la definición de sus normas preceptuales, como en el concepto mismo de la pena, como expresión y autocontestación ideológica y formal del propio Estado, necesariamente dentro de los límites de su estructura de poder recogida en la constitución, no es solo la protección y defensa del Estado mismo, en el interés de convalidar su existencia, sino el objetivo es salvaguardar las bases que permitan la relación social necesaria para la convivencia, dentro de la definición democrática en que la estructura del Estado reconoce, es decir, el objetivo de la seguridad jurídica a partir de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de las personas que integran la comunidad. Entender al derecho como la sola autocontestación de la potestad punitiva estatal, incluso afirmada en relación con fines de convivencia, en función de objetivos de seguridad jurídica, siendo una explicación válida en sí, implica, sin embargo, un contexto que abarca también concepciones cuyo punto de sustentación no son necesariamente las que corresponden al perfil de la democracia liberal, en un estado de derecho.

El modelo sistemático que adopta la obra, responde a un criterio político criminal funcionalista del derecho penal, a su vez sustentado en la estructura finalista de la conducta típica, que, a nuestro parecer, es el que mejor responde a los objetivos de la dogmática jurídica penal, toda vez que permite su mejor y más precisa interpretación, con lo que en consecuencia, se facilitan los criterios que autorizan una administración de la justicia más eficaz y congruente.

Se aborda así, en primer término, el estudio de la teoría de la ley penal, misma que se inicia, precisamente, con el estudio de la estructura y función de la norma y de la pena, vinculada con la responsabilidad, para atender, ensegui-

da, el estudio y desarrollo de las diversas instituciones jurídicas relacionadas. Después, se atiende el estudio de la teoría del delito, en dos partes: primero, la teoría de los presupuestos de la conducta típica (bien jurídico y tipo), cuyo estudio se inicia bajo un criterio funcional y no cronológico de estos, y después, la teoría de los elementos del delito, cuyo estudio, a su vez se inicia con el análisis de la conducta típica, en sus elementos normativos, objetivos, y subjetivos, que permiten determinar la atribuibilidad de la propia conducta al tipo de la ley penal y, consecuentemente, su antinormatividad penal, a partir de la inicial e indiciaria lesión al bien jurídico y la violación a los deberes ordenados o prohibidos por la norma. Tal determinación, naturalmente, exige también el análisis de las atipicidades.

Se aborda a continuación el estudio de la antijuricidad, la cual, contrario a la frecuente observación en el sentido de que no tiene un contenido propio, obligando su estudio solos a partir de sus elementos negativos (causas de justificación), es concebida como un ámbito fundamental del derecho, que se ocupa, precisamente, del reconocimiento que el propio orden jurídico hace acerca de los derechos que asisten a las personas, lo que se sostiene sobre la base de entender que el propio derecho es un orden que establece y reconoce obligaciones y derechos y, en consecuencia, es en relación con estos últimos que se Construyen las reglas permisivas que reconoce el orden jurídico en general y no sólo el derecho penal, determinando las situaciones legitimantes o causas de justificación, unidos los conceptos de la tipicidad y la antijuricidad, conforman el injusto.

La culpabilidad es entendida en sentido estrictamente normativo, como reproche a la persona por su responsabilidad en la comisión de un delito, lo que exige el estudio de tres aspectos: la imputabilidad (como responsabilidad de la persona, en función de su capacidad de autodeterminación y para actuar conforme con ella); el estudio del conocimiento y comprensión de la persona acerca de la antijuricidad de su conducta; y los casos de la no exigibilidad de otra conducta. Naturalmente, en relación con los anteriores temas se aborda el estudio de las causas de inculpabilidad. Congruente con la concepción del derecho en el sentido de ser un orden de relación social, la culpabilidad es entendida en sentido ético social y no ético individual, lo que permite un fundamento que no necesariamente tiene que estar apoyada solo en el libre albedrío, cuestionado por la dificultad de su comprobación; a la vez que se afirma su fundamental contenido garantizador, similarmente al que observan también la tipicidad y la antijuricidad.

Esta formula sistemática, permite hacer énfasis en la persona del sujeto responsable, favoreciendo la mayor facilidad para observar su estudio de manera autónoma, reconociendo su entidad y dimensión como persona, que con mayor propiedad le corresponde y no solo como un elemento mas para la conforma-

ción del delito. Esta misma situación, a la vez, armoniza con la teoría de los presupuestos de la pena, que reconoce al injusto o delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica) y a la culpabilidad, como los presupuestos de la punibilidad y de la pena. Para los efectos de la interpretación de la ley, misma que afirma a la pena como consecuencia del delito, naturalmente será necesario entender al propio delito, bajo una concepción amplia que abarque a los dos presupuestos de la punibilidad antes señalados.

Por último, la pena, a la vez que es entendida en un sentido funcional político criminal, congruente con el fin mismo de la norma y del derecho penal en todo su conjunto, su contenido observa, también un sentido de prevención general que le deriva de la característica de conminación y retribución vinculante de la coercibilidad propia del derecho. De igual manera, se reconoce que la pena esta conformada también por los fines de prevención especial, que se orientan hacia objetivos de carácter correctivo, reconociendo la condición humana de la persona a quien se la aplica, lo que obviamente le fija un límite y sentido a la propia pena, en la medida en que, independientemente de que por su naturaleza implique una aflicción a la persona misma, sin embargo, sólo debe suponer acciones que no impidan o coarten las facultades del hombre en su derecho para ser y hacer, sino que las fortalezcan, dentro de la obvia delimitación a las libertades que naturalmente supone la función punitiva, orientándose asimismo, en cuanto posible, a la reincorporación social útil de la persona.

Finalmente, vaya mi agradecimiento a las personas que de una forma u otra contribuyeron de manera importante en la realización del libro: A Sergio García Ramírez, jurista ejemplar, quien además de aportar opiniones siempre relevantes, tuvo la atención de prolongar y presentar el libro; a los distinguidos jurisconsultos sobre todo especialistas en el derecho penal, con formación jurídica occidental europea de origen latino, de México y de diversos países del mundo, quienes en sus obras desarrollaron las orientaciones doctrinales que han sido relevantes en la formación del autor y en su definición doctrinal, lo que naturalmente se refleja en la orientación político criminal de la obra, en la definición acerca de los conceptos, estructura y sistemática seguida y, en fin, en el tratamiento de cada uno de los temas abordados. Así, a la literatura penal extranjera, sobre todo, Carrara, Feuerbach, Binding, Litz, Beling, Radbruch, Mezger, Antolisei, Bettioli, Petrocelli, Vaninni, Manzini, Mezger, Vassalli, Briccola, Baratta, Kelsen, Welzel, Maurach, Kaufmann, Hulsman, Stratewerth, Jescheck, Roxin, Shunemann, Jakobs, Córdoba Roda, Mir Puig, Beristain, Cuello Calón, Gimerbernat Ordeig, Cerezo Mir, Bustos Ramírez, Jesús Ma. Silva, Muñoz Conde, Jiménez de Asua, Soler, Novoa Monreal, Echeverri, Zaffaroni, Bacigalupo, Edgardo A. Donna, Reyes Echendia, Lola Aniyar, Rosa del Olmo, entre otros; muy especialmente Litz, Welzel, Roxin, Shunemann, Jakobs, Cerezo Mir, Bustos Ramírez, Zaffaroni y Antolisei. De la literatura penal y criminoló-

gica mexicana, salvo omisión, Larzabal y Uribe (de origen), Cororna, Martínez de Castro, Macedo, Luis Garrido, Jose Angel Ceniceros, Teja Zabre, Chico Roerme, Franco Sodi, Porte Petit, Quiroz Cuarón, Piña y Palacios, Edmundo Buentelo, Carranca y Trujillo, Jiménez Huerta, González de la Vega, Castellanos Tena, pavón Vasconcelos, García Villalobos, Raúl F. Cardenas, Franco Guzmán, Carrancá y Rivas, García Ramírez, Olga Islas, Elpidio Ramírez, Rafael Moreno, Victoria Adato, Fernandez Doblado, Moisés Moreno, Rodríguez Manzanera, Sanchez Galindo, Gustavo Barreto, Vela Traviño, Zamora Pierce, Alvaro Bunster, Antonio de P. Moreno, Marquez Piñeiro, González Quintanilla, Hernández Silva, Rene González de la Vega, Acosta Romero, Cortes Ibarra, Lopez Bentacourt, Orellana Viarco. Entre los jovenes nuevos valores González Salas, Carlos Dhaza y Enrique Díaz Aranda, principalmente.

A mi esposa Cielito Bolivar, que apoyo coordinando el trabajo preliminar para la edición de la obra; a mis hijos Ian Sergio Malo Bolivar, quien se encargó de procesar la composición de la misma y Cielito Malo Bolivar, que participó en el proceso de su revisión; a mis colaboradores y compañeros del Instituto Nacional de Ciencias Penales, excelente centro de estudios y de formación especializada en relacion con el sistema de la justicia penal (hoy inexplicablemente suspendido en su función de formación en altos estudios, lo que esperamos sea pronto rectificado en bien del país), que en el trabajo y en el estudio compartido favoreciendo la mejor comprensión de no pocos de los temas tratados en el texto; a mis compañeros profesores e investigadores de la Facultad de Derecho, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con quienes me ha unido el interés invariable por la justicia y por la ciencia del derecho penal; a mis alumnos, a quienes de manera especial aparece dedicada la elaboración del libro; a mis excompañeros de Tribunal Superior de Justicia, de la Procuraduría General de Justicia, de la universidad y del foro en el Estado de Morelos, de quienes guardo grato recuerdo; y a mis compañeros magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y a mis compañeros de Sala, con quienes he tenido el honor de trabajar en el desempeño de una justicia siempre digna y con quienes al igual que con mis compañeros Pascual Cisneros, Roberto Ávila y Jose Antonio Almazan, en el ejercicio diario de la función jurisdiccional, en la discusión de los casos, con el permanente interés de impartir una justicia siempre digna y pronta, se facilito la aclaración de problemas, a los que naturalmente se refiere la doctrina y la jurisprudencia, permitiendo la adopción de una posición definida y cierta en la interpretación y exacta aplicación de la ley, invariablemente entendida a partir del alcance de su fundamento constitucional, a la vez que teniendo presente el objetivo invariable de la seguridad jurídica a que tiene derecho el justiciable y también la sociedad, lo que naturalmente aparece abordado y afirmado permanentemente en la obra, confirmando, finalmente, que el estudio de

la ley penal y su precisa y congruente interpretación, tiene como fin último el hacer justicia a quien la espera y tiene derecho a ella, lo que, expresado en otros términos, es solo afirmar la seguridad jurídica de la sociedad; a mis maestro y amigos, el primero, mi padre, Rodolfo Malo Paulin, y a quienes en su enseñanza y generosidad favorecieron la definición existencial y profesional del autor, particularmente Alfonso Quiroz Cuarón y Celestino Porte Petit.

USO DE ESTE LIBRO

El presente libro es un manual *de derecho penal* que se ocupa del estudio de los conceptos e instituciones jurídicas que conforman el contenido del derecho penal, en el nivel de conocimiento básico y general que corresponde a un manual, si bien procurando agotar la temática que abarca la materia.

El contenido de la obra responde, en general, al programa académico de la materia de derecho penal, parte general, que estudia las diversas instituciones jurídicas que conforman el contenido del libro primero del código penal, las cuales, sin embargo, para su entendimiento, naturalmente exigen ser estudiadas en relación estrecha con los tipos de delito previstos en el libro segundo del mismo ordenamiento.

El contenido de este programa académico, en algunas Universidades aparece dividido en dos o tres cursos o módulos, respectivamente referidos a la teoría de la ley penal, a la teoría del delito (a la que en su caso se suma la teoría de la culpabilidad o del sujeto responsable) y la teoría de la pena (tal es el caso de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México que, en su nuevo programa académico de la materia, la recoge en los módulos “Introducción al estudio del derecho penal” y “teoría del delito”). La presente obra, naturalmente, aborda todo este contenido.

El libro también es de utilidad para el curso segundo de derecho penal, el cual se orienta hacia el estudio y análisis específico de cada uno de los delitos en particular, previstos en el libro segundo del código penal, los cuales exigen ser estudiados en función de las instituciones jurídico penales recogidas básicamente en el libro primero, si bien en su aplicación específica a cada tipo de delito.

La ley penal utilizada como base de estudio en esta obra es el código penal vigente en México, para el Distrito Federal y para la Federación, de 1931, con sus reformas. Eventualmente, se hacen algunas referencias a las legislaciones de los Estados de la República. Consecuentemente, su uso como bibliografía básica de la materia, en los Estados exige tener presente lo dispuesto en sus respectivas leyes penales, considerando sus similitudes y diferencias respecto de lo dispuesto en la ley penal Federal y del Distrito Federal.

La obra esta dirigida fundamentalmente a los estudiantes de la materia de derecho penal. Asimismo, es de utilidad como libro de consulta general para los profesionistas, estudiosos e interesados en el derecho penal, profesores uni-

versitarios, jueces, agentes del ministerio público, abogados, penitenciarios y, en general, personas interesadas en el conocimiento del derecho penal o relacionadas con el servicio de la justicia penal.

El libro procura ofrecer un conocimiento general de la materia del derecho penal conforme con una sistemática que intenta integrar de manera armónica todas las instituciones jurídicas analizadas.

Todas las obras para el conocimiento del derecho penal son útiles, tanto las generales, de este tipo, como las más específicas, relativas al estudio de los delitos en particular, o bien al estudio monográfico sobre determinadas instituciones jurídicas. Debe tenerse presente, sin embargo, que los modelos de análisis pueden ser distintos, de acuerdo con las posiciones filosóficas que los sustenten y, consecuentemente, las orientaciones doctrinales que supongan, las que naturalmente se reflejan en el planteamiento, tratamiento y solución de los problemas propios del derecho penal. Por esto, resulta aconsejable, para el estudiante, seguir el estudio de la materia conforme con una sola sistemática y solo cuando se ha concluido el estudio inicial de la materia conforme con ella, será de evidente utilidad para quienes se interesen en una mayor profundización en el conocimiento de la materia, abreviar en otras obras generales o más específicas, lo que naturalmente redundará en un marco referencial más amplio en el conocimiento del derecho penal.

En términos generales el programa académico de la materia de derecho penal, en las universidades del país, ha sido tradicionalmente en dos partes, en los términos expuestos, en forma similar a como en general acontece en los programas académicos de la materia de otras universidades del extranjero, cuya formación jurídica responde también al ascendiente del derecho occidental europeo de origen latino. Naturalmente este contenido, aparece diversificado tanto en función de los objetivos propugnados y afirmados por cada Estado, de acuerdo con la definición constitucional de su estado de derecho, con todas sus características de cultura, que naturalmente se reflejan en las políticas educativas y también en las orientaciones doctrinales que sustentan su orden jurídico. Así, lo mismo la temática y sistemática de los programas académicos, como la doctrina que recogen y también la metodología de exposición, que incluso puede adoptar el sistema de “casos”, siendo diferentes, no necesariamente implican la alteración del conocimiento básico de la materia, respecto del programa académico.

En ocasiones el programa académico del derecho penal se ve ampliado con un tercer curso, o más, que incorpora sobre todo como objeto de estudio a las leyes penales especiales, es decir, las disposiciones penales que se encuentran localizadas en otros ordenamientos diversos del código penal; o bien, al estudio específico de algunos delitos, de algunas instituciones jurídico penales en especial; o también a los delitos de la competencia Federal. Para favorecer el apoyo didáctico en este sentido, la obra recoge en la parte introductoria una información general relativa a las leyes penales especiales.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

INFORMACION INTRODUCTORIA

SUMARIO: I. Contenido de la obra. II. El contenido general del Código Penal Federal y para el distrito Federal.

I. CONTENIDO DE LA OBRA

El conocimiento y el estudio de la materia se emprende con una parte introductoria, que acerca al lector al conocimiento del derecho penal al establecer un marco referencial que permite ubicar mejor al derecho penal dentro de lo que es el sistema de la justicia penal. El tema se aborda, naturalmente, solo después de hacer algunas explicaciones iniciales acerca del programa académico y el contenido de la obra.

El estudio de la materia del derecho penal, en sí, se inicia con la parte primera de la obra, denominada *Teoría General de la Ley Penal*, frecuentemente enunciada en la bibliografía, como “teoría de la norma”, “teoría de la ley penal”, “teoría del conocimiento penal” o “teoría del saber penal”. Su contenido general se ocupa del concepto del derecho penal en sentido objetivo y subjetivo, ámbitos en los cuales respectivamente se atiende los elementos conceptuales relativos a la estructura de la norma y del sistema jurídico, su contenido valorativo y su génesis, y después al estudio de la sanción del derecho penal (penas y medidas), vinculados armónicamente con el contenido de la prohibición en función de la protección de los bienes, como base de la seguridad jurídica para el equilibrio, la paz social y el orden social que permitan la convivencia. En seguida se procura el estudio de los temas relativos al objeto; el método; la interpretación e integración de la ley penal, las fuentes del derecho penal; la aplicación de la ley penal en el tiempo, en el espacio, en orden a las personas y a la materia y el concurso aparente de normas. Finaliza con una referencia complementaria acerca de la historia de la ley penal en el mundo y en México.

A continuación, como segunda parte del manual, se desarrolla la *Teoría General del Delito* que supone, precisamente, el estudio del contenido social del derecho, el cual aparece desarrollado en dos momentos:

la teoría de los presupuestos y la teoría de los elementos del delito. Dentro de la última se parte el estudio de la tipicidad, lo cual analiza la conducta típica para revisar su atribuibilidad al tipo de la ley penal, para analizar después la antijuricidad, con lo cual es posible afirmar el injusto.

El concepto del delito, así, si bien implica una construcción jurídica, en tanto que surge a partir de la norma de la ley penal, a la vez se reconoce su contenido social, que naturalmente supone el contenido social dinámico del derecho, y que consiste en las situaciones de conflicto social que como desiderata de la voluntad social se pretenden regular y evitar en aras del objetivo de convivencia, y que, en la medida en que acontecen, implican el concepto del delito en sentido social, que supone la conducta típica, antijurídica y culpable, a que regularmente se refiere la teoría del delito. A la vez, la prohibición como contenido del elemento normativo de la conducta típica, como toda la conducta misma, es estudiada en relación y a partir del bien jurídico (y su lesión), que implica el contenido político social de la ley, en tanto que su protección es la razón político social que la justicia.

La ubicación sistemática para el estudio del bien jurídico, por esto, al igual que el tipo, aparece recogida básicamente en la teoría de los presupuestos, toda vez que es el objeto que, existiendo en la sociedad y representando un cierto valor para la misma, es objeto de protección por la ley y su lesión por vía de la conducta típica y antijurídica es lo que determina la existencia del delito. Por esto el bien jurídico es, a la vez, un concepto que se presenta como punto de intersección entre los presupuestos y los elementos del delitos mismo.

En la teoría del delito se mencionan los diferentes métodos de análisis del delito, tanto de las teorías unitaristas como de las teorías pluralistas. Por su contenido de mayor precisión y, por lo mismo mas garantizadora para los miembros de la sociedad y para el justiciable, el estudio del delito se atiende conforme al segundo modelo, lo que significa su análisis en sus diversos momentos susceptibles de estudio, afir-mándolo o negándolos, en manera de permitir, en cada momento o fase, afirmar o negar la existencia del delito y la responsabilidad del agente, como presupuestos de la punibilidad. En su oportunidad, se abordara el estudio de la punibilidad y de la necesidad de aplicación de la pena.

En consecuencia, el análisis estratificado del delito es el método de estudio seguido en la obra por estimarse el mar preciso para el análisis de las situaciones concretas, respecto de las cuales se pretende determi-

jurídica y explica su regular manejo, tanto en la practica judicial como en la doctrina.

Toda vez que en relación con el analisis estratificado del delito existen diferentes modelos, en la parte inicial del estudio de la teoría general del delito, se enuncian las características fundamentales de los diversos sistemas, para concluir, lógicamente, en la aceptación del modelo que se estima mas sostenible en la solución de los problemas que plantea el derecho penal, lo que es dado desde la perspectiva de la funcion y fin del orden jurídico penal.

La tercera parte del texto, integra dentro del tomo segundo del manual, se refiere al analisis de la *Teoría de la Culpabilidad*, entendida como el reproche al agente por su responsabilidad en la comisión del injusto penal. El tratamiento del tema aparece desarrollado como ámbito fuera del injusto, integrado su contenido con todo lo relacionado con la persona que comete el delito, observándolo precisamente en su dimension biopsicosocial, con todo su contenido especifico, lo que evidentemente parece ser mas acertado.

La cuarta parte, que corresponde al tomo tercero del manual, se refiere a la *Teoría de la Pena*, ámbito dentro del cual son objeto de atención: el concepto de la coercibilidad penal o punibilidad y el de la sanción misma, que cubre a la penas y medidas. En dichos rubros se estudian las causas personales de exclusión y de cancelación de la pena o excusas absolutorias; las penas y medidas, con especial atención de la pena de prisión, con el analisis critico de la pena de muerte; la pena pecuniaria de multa y la reparación del daño; el trabajo a favor de la comunidad. El tratamiento en libertad y en semilibertad, así como las restantes penas que previene la ley penal en México, los sustitutivos penales en la función jurisdiccional y en la ejecución, la condena condicional y la libertad preparatoria, las causas de extinción del delito y la individualización de la pena.

II. EL CONTENIDO GENERAL DE L CODIGO PENAL FEDERAL Y PARA EL DISTRITO FEDERAL

El ordenamiento penal utilizado como base de estudio en la pesente obra es el código penal vigente para el Distrito Federal en materia de jurisdicción común y para toda la Federaci3n en materia de jurisdiccion federal, oficialmente denominado: *Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la Republica en materia del fuero federal*.

El código fue promulgado el 2 de enero de 1931 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de agosto de 1931, para en-

trar en vigor a partir del 17 de septiembre de 1931, conforme con lo señalado en el artículo primero transitorio que determinó el período de *vacatio legis* mencionado. A su vez, el artículo transitorio declaró abrogado el código penal de 15 de diciembre de 1929 y las demás leyes que se opusieron a la nueva ley.

Para precisar el contenido del derecho penal en México, vale observar que el país se encuentra políticamente constituido como una federación de estados, atento a lo señalado en el artículo 40 de la constitución de 1917 vigente, siendo cada estado libre y soberano en cuanto a su régimen interior (artículo 124 constitucional), salvo en las materias expresamente convenidas como de jurisdicción federal en el pacto federal (Artículo 73 constitucional) y, toda vez que la materia penal no forma parte de ellas, origina que la legislación penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva, así como naturalmente la orgánica relacionada, corresponda a la jurisdicción de los Estados. Esto significa que en el país existen 32 códigos penales y un igual número de leyes penales procesales y de ejecución de sanciones, una para cada estado de la república, además del código penal para el Distrito Federal, que es el mismo de la Federación (esto, a su vez origina la jurisdicción doble del código penal vigente para el distrito federal en la materia común y para toda la Federación en la materia federal). En materia procesal y ejecutiva existen códigos diferentes.

Cuando en la obra se hace referencia genéricamente a las expresiones “ley”, “ordenamiento”, “ley penal” o “código”, debe entenderse que se alude al código penal federal y del Distrito federal. Igualmente, cuando de manera general se alude a la “Constitución”, debe entenderse que se hace referencia a la federal del país.

Vale señalar, por último, que si bien, desde su origen, existe una cercanía general en el contenido de las leyes penales del país, y la orientación legislativa penal ha marchado en la línea de evolución hacia la mejor protección a los derechos humanos, tanto respecto de los tipos de delito como de las penas, y en general las instituciones jurídicas relacionadas, tales como los criterios de individualización y de los sustitutivos penales, sobre todo en las últimas décadas, algunos Estados las han incorporado con mayor celeridad o e grado diverso, por lo que en tal sentido el contenido de las legislaciones penales del país se ha diversificado.

En el panorama de la legislación penal del mundo, dentro del marco de los países de formación jurídica latina, responde a la cultura

occidental europea, entre los que se encuentran sobre todo Europa y América, algunos ordenamientos penales siguen el modelo francés que originalmente dividió su ley penal en tres libros. Crimines, delitos y

contravenciones. La ley penal mexicana, cuyo origen primario, al igual que la generalidad de aquellos, es también, en parte importante, el código penal napoleónico de 1810; en su estructura temática actual, sigue una división diferente que hace referencia exclusivamente a los delitos, concepto lógico bajo el cual se comprende tanto el rubro relativo a crímenes como a los delitos en sentido estricto, quedando fuera de la ley penal contravenciones, las cuales son reguladas en leyes administrativas diversas, básicamente en la ley de faltas de policía y de buen gobierno.

El libro primero, en relación a su sistemática, aparece integrado en seis títulos, además de un título preliminar. Cada título dividido en capítulos, en los que se integran los artículos, a su vez, divididos en fracciones que se subdividen en incisos.

La sistemática general seguida en la ley penal es la siguiente: el libro primero, relativo a la parte general, permite observar un conjunto de normas, permisiones y reglas que son de aplicación general en relación con los delitos o tipos delictivos previstos en el libro segundo. Naturalmente, tales temas, como la sistemática misma, son un indicador claro de la orientación político penal del código, que, a su vez, encuentra secuencia en el libro segundo siguiente. De aquí que resulte siempre útil y revelador el análisis preliminar del índice del código penal. En este sentido, el contenido general del libro primero del código penal es como sigue:

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRELIMINAR

TÍTULO PRIMERO

(Responsabilidad Penal)

Capítulo I. Reglas generales sobre delitos y responsabilidad, Capítulo II. Tentativa, Capítulo III. Personas responsables de los delitos, Capítulo IV. Circunstancias excluyentes de responsabilidad, Capítulo V. Concurso de delitos, Capítulo VI. Reincidencia.

TÍTULO SEGUNDO

Capítulo I. Penas y medidas de seguridad, Capítulo II. Prisión, Capítulo III. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad, Capítulo IV. Confinamiento, Capítulo V. sanción pecuniaria, Capítulo VI. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, Capítulo VII. Amonestación, Capítulo VIII. Apercibimiento y caución de no ofen-

der, Capitulo IX. Suspensión de derechos, Capitulo X. publicación especial de sentencia, Capitulo XI. Vigilancia de la autoridad.

TÍTULO TERCERO

Aplicación de las sanciones

Capitulo I. reglas Generales, Capitulo II. Aplicación de sanciones a los delitos culposos, Capitulo III. Aplicación de sanciones en caso de tentativa, Capitulo IV. Aplicación de sanciones en caso de concurso, delito continuado, complicidad, reincidencia y error vencible, Capitulo V. Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el habito o la necesidad de consumir estupefacientes y psicotropicos, en internamiento o en libertad, Capitulo VI. Sustitución y conmutación de sanciones.

TÍTULO CUARTO

Ejecución de sentencias

Capitulo I. ejecución de sentencias, Capitulo II. Trabajo de los presos, Capitulo III. Libertad preparatoria, Capitulo IV. Condena condicional.

TÍTULO QUINTO

Extinción de la responsabilidad penal

Capitulo I. muerte del delincuente, Capitulo II. Amnistía, Capitulo III. Perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, Capitulo IV. Reconocimiento de inocencia o indulto, Capitulo V. Rehabilitación, Capitulo VI. Prescripción, Capitulo VII. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad, Capitulo VIII. Vigencia y aplicación de una nueva ley mas favorable, Capitulo IX. Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos, Capitulo X. extinción de las medidas de tratamiento de inimputables.

TÍTULO SEXTO

Delincuencia de menores (Derogado)

Capítulo Único. De los menores

El libro segundo del código penal, a su vez, aparece integrado con títulos, divididos en capítulos en los que se contienen los artículos, divididos en párrafos, a veces distribuidos en fracciones e incisos.

No es precisa la afirmación en el sentido de que cada artículo de la ley penal prevé un delito; esto no ocurre necesariamente así, por el contrario, es frecuente el caso de que un mismo artículo describa diversas conductas, cada una de las cuales, de configurarse, habrá de implicar un delito (véase, por ejemplo: artículo 386); o bien, igualmente se da el caso de tipos delictivos que aparecen descritos en más de un artículo (véase, por ejemplo: artículos 288 y 289), que es también el su-

puesto en que se dan los casos mencionados como de extensión de la responsabilidad penal como son la tentativa o la participación. También es frecuente que la ley penal completa, con la norma y la sanción, apa-

rezca recogida en más de un artículo, de manera que el precepto o tipo se encuentra recogido en un artículo y la sanción en otro (véase, por ejemplo: artículos 367 y 370).

El contenido general del LIBRO SEGUNDO del código penal, es como sigue:

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO PRIMERO

Delitos contra la seguridad de la nación

Capitulo I. Traición a la Patria, Capitulo II. Espionaje, Capitulo III. Sedi-
cion, Capitulo IV. Motín, Capitulo V. rebelión, Capitulo VI. Terrorismo,
Capitulo VII. Sabotaje, Capitulo VIII. Conspiración, Capitulo IX. Disposi-
ciones comunes para los capítulos de este Titulo.

TÍTULO SEGUNDO

Delitos contra el derecho internacional

Capitulo I. piratería, Capitulo II. Violación de inmunidad y de neutra-
lidad.

TÍTULO TERCERO

Delitos contra la humanidad

Capitulo I. violaciones de los deberes de humanidad, Capitulo II. Ge-
nocidio.

TÍTULO CUARTO

Delitos contra la seguridad pública

Capitulo I. evasión de presos, Capitulo II. Quebrantamiento de sanción,
Capitulo III. Armas prohibidas, Capitulo IV. Asociación delictuosa.

TÍTULO QUINTO

Delitos en materia de vías de comunicación y de Correspondencia

Capitulo I. ataques a las vías de comunicación y violación de correspon-
dencia, Capitulo I bis. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito
aéreo, Capítulo II. Violación de correspondencia.

TÍTULO SEXTO

Delitos contra la autoridad

Capitulo I. desobediencia y resistencia de particulares, Capitulo II. Oposi-
ción a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos, Capitulo III. Que-

brantamiento de sellos, Capitulo IV. Delitos cometidos contra funcionarios públicos, Capitulo V. ultraje a las insignias nacionales.

10

GUSTAVO MALO CAMACHO

TÍTULO SÉPTIMO

Delitos contra la salud

Capitulo I. de la producción, tenencia, trafico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos, Capitulo II. Del peligro del contagio.

TÍTULO OCTAVO

Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres

Capitulo I. ultrajes a la moral pública, Capitulo II. Corrupción de menores, Capitulo III. Trata de personas y lenocinio, Capitulo IV. Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio.

TÍTULO NOVENO

Revelación de secretos

Capitulo Único. Revelación de secretos

TÍTULO DÉCIMO

Delitos cometidos por servidores públicos

Capitulo I. (Sin denominación), Capitulo II. Ejercicio indebido del servicio público, Capitulo III. Abuso de autoridad, Capitulo IV. Coalición de servidores públicos, Capitulo V. uso indebido de atribuciones y facultades, Capitulo VI. Concusión, Capitulo VII. Intimidación, Capitulo VIII. Ejercicio abusivo de funciones, Capitulo IX. Trafico de influencia, Capitulo X. Cohecho, Capitulo XII. Peculado, Capitulo XIII. Enriquecimiento ilícito.

TÍTULO DECIMOPRIMERO

Delitos cometidos contra la administración de justicia

Capitulo I. Delitos cometidos por los servidores públicos, Capitulo II. Ejercicio indebido del propio derecho.

TÍTULO DECIMOSEGUNDO

Responsabilidad profesional

Capitulo I. Disposiciones generales, Capitulo II. Delitos de abogados, patrones y litigantes.

TÍTULO DECIMOTERCERO

Falsedad

Capitulo I. Falsificación y alteración de moneda, Capitulo II. Falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito publico, Capitulo III. Falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, Capitulo IV. Falsificación de documentos en general, Capitulo V. falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una

autoridad, Capítulo VI. Variación del nombre o del domicilio, Capítulo VII. Usurpación de funciones publicas o de profesión y uso indebido de

Condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, divisas, insignias y siglas, Capítulo VIII. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.

TÍTULO DECIMOCUARTO

Delitos contra la economía publica

Capítulo I. Delitos contra el consumo y la riqueza nacional, Capítulo II. Vagos y malvientes (derogado), Capítulo III. Juegos prohibidos.

TÍTULO DECIMOQUINTO

Delitos sexuales

Capítulo I. Atentados al pudor, estrupo y violación, Capítulo II. Rapto, Capítulo III. Incesto, Capítulo IV. Adulterio, Capítulo V. disposiciones generales.

TÍTULO DECIMOSEXTO

Delitos contra el estado civil y bigamia

Capítulo Único. Delitos contra el estado civil y bigamia.

TÍTULO DECIMOSÉPTIMO

Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones

Capítulo Único. Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones.

TÍTULO DECIMOCTAVO

delitos contra la paz y la seguridad de las personas

Capítulo I. Amenazas, Capítulo II. Allanamiento de morada.

TÍTULO DECIMONOVENO

Delitos contra la vida y la integridad corporal

Capítulo I. Lesiones, Capítulo II. Homicidio, Capítulo III. Reglas comunes para lesiones y homicidio, Capítulo IV. Homicidio en razón del parentesco o relación, Capítulo V. infanticidio (derogado), Capítulo VI. Aborto, Capítulo VII. Abandono de persona.

TÍTULO VIGÉSIMO

Delitos contra el honor

Capítulo I. Golpes y otras violencias físicas simples (Derogados), Capítulo II. Injurias y difamación (injurias derogado), Capítulo III. Calumnia, Capítulo IV. Disposiciones comunes para los capítulos precedentes.

TÍTULO VIGESIMOPRIMERO

Privación de la libertad y de otras garantías
Capítulo Único (sin denominación).

12

GUSTAVO MALO CAMACHO

TÍTULO VIGESIMOSEGUNDO

Delitos en contra de las personas en su patrimonio

Capítulo I. Robo, Capítulo II. Abuso de confianza, Capítulo III. Fraude, Capítulo III *bis*. Extorsión, Capítulo IV. De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, Capítulo V. despojo de cosas inmuebles o de aguas, Capítulo VI. Daño en propiedad ajena.

TÍTULO VIGESIMOTERCERO

Encubrimiento

Capítulo Único (sin denominación).

TÍTULO VIGESIMOCUARTO

Delitos electorales y en materia de registro nacional
De ciudadanos

Capítulo Único. (sin denominación).

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

CAPITULO SEGUNDO

LAS LEYES ESPECIALES.

Además de los tipos delictivos previstos como tales en el código penal, existen, asimismo, otros que aparecen recogidos en las leyes diversas de aquel, regularmente denominadas por la doctrina: “leyes penales especiales”.

Estas figuras suponen leyes penales completas en tanto que observan en su contenido la presencia del precepto y al sanción. En su formulación siguen técnicas que no siempre son iguales. En ocasiones, la ley especial en cuestión incorpora el tipo de delito, señalándole también la pena, a veces, inmediatamente después, o bien, posteriormente en artículo diverso; en otras ocasiones, la ley especial incluye el tipo delictivo pero reenvía al código penal para los efectos de la pena; o bien, refiere el delito pero hace el reenvío a la ley penal tanto para la definición del tipo como para la determinación de la pena.

En relación con estas figuras de los tipos delictivos especiales, debe cuidarse de no confundirlos con la expresa prohibición constitucional de la ley fundamental mexicana, similar a la existente en otros países, relativas a la prohibición de las “leyes privativas” frecuentemente denominadas también como “leyes penales especiales” y que prohíbe el artículo 13 constitucional.

Una información sintetizada acerca de las leyes penales especiales existentes en el estado mexicano, salvo error u omisión, responde a la relación siguiente:

Ley aduanera (*diario oficial de la federación* de 30 de diciembre de 1981, con reformas de 1983, 1984, 1985, 1988, 1989, 1992, 1993, y 1994.) la ley previene infracciones administrativas (artículos 102-103), cuyo contenido aparece estrechamente vinculado con el delito de contrabando (artículos 102-107), previsto en la ley penal especial incorporada en el código fiscal de la federación .

Ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. (*Diario oficial de la federa*

14

13
GUSTAVO MALO CAMACHO

ción de 10 de enero de 1936 con reformas en 1984 , 1986 y 1988 y 1994.)

Ley federal de armas de fuego y explosivos. (*Diario oficial de la federación* de 11 de marzo de 1972, con reformas en 1984, 1985 y 1989), (delitos previstos en el título IV, relativo a las sanciones, artículo 77-91).

Ley general de bienes nacionales. (*Diario oficial de la federación* de 8 de enero de 1982, reformada, en 1984, 1985, y 1992), (delitos previstos en el capítulo XI, relativo a las sanciones, artículos 96-100).

Ley federal de caza. (*Diario oficial de la federación* de 5 de enero 1952), (delitos previstos en el capítulo XI, relativo a los delitos y faltas en materia de caza, artículos 29-40, relacionados con el artículo 160 del C.P.)

Ley de la defensoria de oficio en el fuero federal. (*Diario oficial de la federación* de 9 de febrero de 1922), (delitos previstos en los artículos 2 al 7 transitorios relacionados con los artículos 43 y 231 del C.P., sobre responsabilidad profesional).

Ley federal de derechos de autor. (*Diario oficial de la federación* de 21 de diciembre de 1963, que reformo y adiciono la ley de 29 de diciembre de 1956, con reformas de 1991), (delitos previstos en capítulo VIII, relativo a las sanciones, artículo 135 a 144, que guardan relación con el artículo 386 del C.P.)

Ley sobre la elaboración y venta del café tostado. (*Diario oficial de la federación* de 25 de mayo de 1972), (delitos previstos en los artículos 3, 7 y 9 que hacen reenvió al artículo 253 del código penal).

Código de instituciones y procedimientos electorales. (los delitos en materia electoral aparecerán en el código penal federal, artículos 401 a 410, por reforma publicada en el *diario oficial de la federación* de 21 de enero de 1985, reformado el 17 de julio de 1992, originalmente los delitos en materia electoral aparecian el código federal electoral, artículos 340 a 351. al ser abrogada dicha ley por el COFIPE , publicado el *diario oficial de la federación* de 15 de agosto de 1990, la misma dejo de regular dichos delitos por haberse incluido los mismos en el C.P. la reforma constitucional aprobada por el congreso el 15 de septiembre de 1993 dio origen a un nuevo código electoral).

Ley sobre el escudo, la bandera, y el himno nacional. (*Diario oficial de la federación* de 8 de febrero de 1984, reformada el 9 de enero de 1991), (delitos previstos en capítulo VII, sobre competencia y sanciones, en los artículos 55 y 56 relativos a los artículos 191, 192 del C.P.)

Ley de extradición internacional. (*Diario oficial de la federación* de 29 de diciembre de 1975, reformada el 4 de diciembre de 1984.)

Código fiscal de la federación. (*Diario oficial de la federación* de 31 de diciembre de 1981, reformado en 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1988,

1989, y 1992), (delitos previstos en el capítulo I, relativo a las infracciones y delitos fiscales, artículos 70 al 114 bis, y 207).

Ley forestal. (*Diario oficial de la federación* de 22 de diciembre de 1992.)

Ley de hacienda del departamento del distrito federal. (*diario oficial de la federación* 31 de diciembre de 1982, reformada el 29 de siembre de 1983, 31 de diciembre de 1985, 29 de diciembre de 1989, 28 de diciembre de 1990, 26 de diciembre de 1991 y 20 de julio de 1992), (delitos previstos en el capítulo I, sobre las infracciones y de los delitos, artículos 136 al 150).

Ley de imprenta. (*Diario oficial de la federación* de 12 de abril de 1917), (delitos previstos el los artículos 10 al 22.)

Ley de instituciones de fianzas. (*diario oficial de la federación* de 29 de diciembre de 1950, reformada el 30 de diciembre de 1965, 29 de diciembre de 1981, 31 de diciembre del 1984, 3 de enero de 1990 y 14 de julio de 1993), (delitos previstos en los artículos 68 al 122 bis).

Ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares. (*Diario oficial de la federación* de 31 de mayo de 1941.) Esta ley ha sufrido numerosas modificaciones alterando, adicionando y en ocasiones reformando totalmente el texto, sigue vigente para el city bank, conforme al artículo decimocuarto transitorio de la nueva ley de instituciones de crédito. (*Diario oficial de la federación* de 18 de julio de 1990.) Esta Ley fue derogada el 1982 y actualmente (1993) solo es aplicable al city bank, (delitos previsto en el capítulo IV, relativo a las prohibiciones generales y las sanciones), (artículo 143 a 153 bis 1 a 153 bis 4).

Ley de instituciones de crédito. (*diario oficial de la federación* de 14 de enero de 1985, reformada el 18 de julio de 1990, reformada y adicionada el 9 de junio de 1992, y el 23 de julio de 1993), (delitos previstos en el capítulo I, relativo a las prohibiciones, sanciones administrativas y delitos, artículos 103 a 116).

Ley general de instituciones y sociedades mutualistas de seguros. (*Diario oficial de la federación* de 31 de agosto de 1935, reformada el 14 de enero de 1985, 3 de enero de 1990, y 14 de julio de 1993), (delitos previstos en los artículos 108 a 146).

Ley del instituto de l fondo nacional de la vivienda de los trabajadores. (*Diario oficial de la federación* de 24 de abril de 1972, reformada el 23 de diciembre de 1974, el 30 de diciembre de 1983 y el 24 de febrero de 1992), (delitos previstos en los artículos 55 al 58).

Ley del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado. (*Diario oficial de la federación* de 27 de diciembre de 1983, reformada el 23 de julio

de 1992 y el 4 de enero de 1993), (delitos previstos en el título sexto, de las responsabilidades y sanciones, artículos 189 a 196).

Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. (*Diario oficial de la federación* de 9 de marzo de 1973), (delitos pre

16

GUSTAVO MALO CAMACHO

vistos en el capítulo VI, relativo a las disposiciones generales, artículos 28 a 31.

Ley federal de juegos y sorteos. (*Diario oficial de la federación* de 31 de diciembre de 1947), (delitos previstos en los artículos 8 a 17).

Ley del mercado de valores. (*diario oficial d la federación* de 2 de enero de 1975, reformada el 8 de febrero, 27 de diciembre de 1985, 4 de enero de 1990, 18 de julio de 1990, y 23 de julio de 1993), (delitos previstos en el artículo 50).

Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas. (*Diario oficial de la federación* de 6 de mayo de 1972, reformada el 23 de diciembre de 1974), (delitos previstos en los artículos 12 a 55).

Ley de navegación y comercio marítimo. (*Diario oficial de la federación* de 21 de noviembre de 1963, reformada el 22 de diciembre de 1975), (delitos previstos en los artículos 4 a 5).

Ley orgánica del patronato del ahorro nacional. (*Diario oficial de la federación* de 19 de julio de 1991), (delitos previstos en el capítulo V, relativo a las disposiciones generales, artículo 36).

Ley general de organizaciones y actividades auxiliares de crédito. (*Diario oficial de la federación* de 14 de enero de 1985, reformada el 26 de diciembre de 1986, 3 de enero de 1990, 27 de diciembre de 1991 y 15 de julio de 1993), (delitos previstos en el título VI, capítulo I, relativo a las infracciones administrativas, artículos 88 al 101).

Ley general de población. (*Diario oficial de la federación* de 7 de enero de 1974, reformada el 7 de julio de 1990 y 22 de julio de 1992), (delitos previstos en el capítulo VIII, relativo a las sanciones, artículos 113 a 144).

Ley federal para prevenir y sancionar la tortura. (*Diario oficial de la federación* de 27 de mayo de 1986, reformada el 27 de diciembre de 1992, a 2 de julio de 1992), (delitos previstos en el artículo 14).

Código federal de procedimientos penales. (*Diario oficial de la federación* de 30 de agosto de 1934), (delitos previsto en título sexto, capítulo IV, artículos 228 a 316).

Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente. (*Diario oficial de la federación* de 11 de enero de 1982, reformada el 28 de enero de 1988), (delitos previstos en el capítulo IV, sanciones administrativas, artículos 171 a 227).

Ley de fomento a la propiedad industrial. (*Diario oficial de la federación* de 27 de junio de 1991), (delitos previstos en el capítulo III, artículos 226 a 227).

Ley de quiebras y suspensión de pagos. (*Diario oficial de la federación* de 20 de abril de 1943, reformada el 13 de enero de 1987), (delitos previstos en el título primero, capítulo III, relativo a la sentencia de declaración y de su publicidad, oposición y revocación, artículos 17 a 449).

Ley federal de radio y televisión. (*Diario oficial de la federación* de 19 de enero de 1960, reformada, el 31 de diciembre, de 1974, y adicionada el 13 de enero de 1986), (delitos) previstos en el título sexto, capítulo único, relativo a las infracciones y sanciones, artículos 101 a 106

Ley federal de juegos y sorteos. (*Diario oficial de la federación* de 31 de diciembre de 1947), (delitos previstos en los artículos 8 a 17).

Ley del mercado de valores. (*diario oficial d la federación* de 2 de enero de 1975, reformada el 8 de febrero, 27 de diciembre de 1985, 4 de enero de 1990, 18 de julio de 1990, y 23 de julio de 1993), (delitos previstos en el artículo 50).

Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas. (*Diario oficial de la federación* de 6 de mayo de 1972, reformada el 23 de diciembre de 1974), (delitos previstos en los artículos 12 a 55).

Ley de navegación y comercio marítimo. (*Diario oficial de la federación* de 21 de noviembre de 1963, reformada el 22 de diciembre de 1975), (delitos previstos en los artículos 4 a 5).

Ley orgánica del patronato del ahorro nacional. (*Diario oficial de la federación* de 19 de julio de 1991), (delitos previstos en el capítulo V, relativo a las disposiciones generales, artículo 36).

Ley general de organizaciones y actividades auxiliares de crédito. (*Diario oficial de la federación* de 14 de enero de 1985, reformada el 26 de diciembre de 1986, 3 de enero de 1990, 27 de diciembre de 1991 y 15 de julio de 1993), (delitos previstos en el título VI, capítulo I, relativo a las infracciones administrativas, artículos 88 al 101).

Ley general de población. (*Diario oficial de la federación* de 7 enero de 1974, reformada el 7 de julio de 1990 y 22 de julio de 1992), (delitos previstos en el capítulo VIII, relativo a las sanciones, artículos 113 a 144).

Ley federal para prevenir y sancionar la tortura. (*Diario oficial de la federación* de 27 de mayo de 1986, reformada el 27 de diciembre de 1992, a 2 de julio de 1992), (delitos previstos en el artículo 14).

Código federal de procedimientos penales. (*Diario oficial de la federación* de 30 de agosto de 1934), (delitos previsto en título sexto, capítulo IV, artículos 228 a 316).

Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente. (*Diario oficial de la federación* de 11 de enero de 1982, reformada el 28 de enero de 1988), (delitos previstos en el capítulo IV, sanciones administrativas, artículos 171 a 227).

Ley de fomento a la propiedad industrial. (*Diario oficial de la federación* de 27 de junio de 1991), (delitos previstos en el capítulo III, artículos 226 a 227).

Ley Federal del trabajo.(diario oficial de la federación de 1 de abril de 1970, reformada, el 4 de enero de 1980), (delitos previstos en el título XVI, sobre responsabilidades y sanciones, artículos 992 1010).

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la republica en Materia Federal (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1991), (delitos Previstos en los artículos 42 a 109)

Ley de las Vías Generales de Comunicación (*Diario oficial de la Federación* del 19 de febrero de 1940, Reformada el 15 de diciembre de 1975 ,29 de diciembre de 1975, 31 de diciembre de 1976, 21 de enero de 1985, 19 de noviembre de 1986 y 15 de junio de 1992), (delitos previstos en el capítulo XI, artículo 127 a 592)

Ley Federal de vivienda (*Diario oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984, y 12 de julio de 1990), delitos previstos en el artículo 29.

Decreto de Promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el trafico ilícito contra estupefacientes y sustancias psicotrópicas Viena Austria 20 de diciembre de 1988 publicado en el *Diario oficial de la Federación* del 5 de septiembre de 1990, artículo 3 sobre delitos y sanciones artículo 5 decomiso, artículo 6 extradición, artículo 7 asistencia judicial reciproca y artículo 8, remisión de actuaciones penales).

Leyes que contienen remisiones directas al código penal:

Ley de Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (*Diario Oficial de la Federación* del 29 de junio de 1976) delitos previstos en el título cuarto, sobre prevenciones generales capítulo único artículos 220 a 225)

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación* de 27 de julio de 1931, reformada el 7 de enero de 1980, 23 de julio de 1992 , en vigor el primero de enero de 1993, capítulo primero de la moneda y de su régimen legal) (delitos previstos en los artículos 10 al 21 sobre disposiciones transitorias) En relación con los artículos 2 a 7 del código penal para el distrito federal en materia común y para toda la republica en materia federal (reformada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 1991, el 30 de diciembre de 1991, y el 17 de julio de 1992)

(Delitos previstos en los artículos 30 bis y 400).

CAPITULO TERCERO SOCIEDAD, ESTRUCTURA DE PODER, CONTROL SOCIAL, SISTEMA PENAL Y DERECHO.

SUMARIO I. A Sociedad y Sistema Penal. II. Estructura de poder y control Social III El control Social IV Las ideologías V. Los discursos VI Derechos Humanos y Control Social VII. Sistema Penal y Control Social. VIII. Los Segmentos del Sistema Penal. IX Derecho y sistema Penal X Derecho Penal. IX Ley Penal y Delito

I. SOCIEDAD Y SISTEMA PENAL.

El hombre es un ser social. Independientemente de la diversidad de posiciones orientadas a explicar y fundar esta verdad, lo cierto es que desde todos los tiempos el hombre se ha manifestado eminentemente social. No faltaba razón a Aristóteles cuando en sus consideraciones en torno al hombre lo entendía como el zoon politikon o ser político, lo que naturalmente implica su condición de ser social.

Desde las más diversas perspectivas, históricas, sociológica, económica, política, psicológica, o de cualquier otra índole, es lo cierto que invariablemente aparece reconocida esta necesidad social del ser humano; esencia que resume la condición de necesaria relación en que el hombre existe, en la que se identifica así mismo y se manifiesta, lo que da sentido a la convivencia y permite entender así mismo y manifiesta, lo que da sentido a la convivencia y permite entender, a sí mismo, el sentido de que la afirmación de que existir y coexistir es lo mismo, ya que solo se existe coexistiendo.

Al respecto, basta considerar que únicamente en el seno social puede el hombre satisfacer no solo sus necesidades, sino sus instintos más primarios y atávicos, como pudieran ser los de conversación y reproducción. A su vez, desde los tiempos más remotos que escudriñan y exploran la historia del hombre, en la arqueología, la arqueología y la paleontología, invariablemente su referencia ha sido reconocida siempre dentro de la estructura social.

Si tomamos encuentra el calendario solar a que se refiere Carl Sagan, cuando intentaba medir el tiempo de todos los tiempos, es decir, el tiempo del universo, trasvolándolo y reduciéndolo al lapso de un año y

donde incluye la probable aparición del hombre solo durante los últimos minutos de tal cronología, en la inteligencia de que plantea la antigüedad probable del universo en 15 millones de años y el nacimiento probable de la tierra en 4.5 millones de años. En tal medición las primeras manifestaciones de la evolución que llevaría a la presencia del hombre, datan, según alguna de las más recientes opiniones, probablemente desde hace 3 millones de años, etapa en que su condición prehomínido, da el primer gran salto en la evolución cuando desciende los árboles para empezar a caminar erecto aquel, *Australopithecus Afarensis*, para iniciar su marcha en el largo camino en el protopaleolítico para llegar al paleolítico (periodo de la piedra tallada de hace un millón de años, en que manifiesta ya el *Homo habilis* y el *Homo erectus* primitivos que descubren el uso del fuego. La carrera será muy larga para llegar neolítico (periodo de la piedra pulimentada), en que se manifiesta el *Homo sapiens* solo hasta solo hasta hace unos 15, 000 millones de años, y en que, después de su continuo peregrinar de hace unos 40,000 años que lo llevan a poblar todos los continentes a tierra, se produce el segundo gran cambio en la evolución, cuando el futuro del hombre al subsistir su base económica depredadora (caza, pesca, y recolección de frutos), para traducir en el futuro, una economía de producción que, con base en la agricultura y la ganadería le permite asentarse, dando origen así al surgimiento de las nuevas culturas iniciales de la humanidad, en esa etapa, frecuentemente apuntada como del “creciente fértil” en que aprovechando, las tierras de aluvión, en los deltas y márgenes de los grandes ríos, hace aproximadamente 10,000 años se propicia el desarrollo de los grandes centros urbanos que alcanzan su primer y más remoto esplendor aproximadamente a los 3,000 a.C.

Durante todo este proceso, el hombre aparece presente, en escala ascendente, dentro de un invariable contexto de definición social. Así lo mismo en las manifestaciones remotas de las culturas más primitivas en cromagnon o en Altamira, como milenio después de las primeras grandes culturas del mundo, en la mesopotámica (Ur. Uruk, Lagash, etcétera); en

Egipto; o en la india (Moenho Daro y Harappa), o el Jericó israelita, todas ellas dan testimonio de esa naturaleza social.

Independientemente de tales consideraciones, una mas por si sola, logra expedirla. El hombre, en cuanto ente racional, tiene posibilidad de plantearse fines y de realizar lo necesario para su consecución, aprovechando para esto su experiencia y su conocimiento acerca de los procesos causales, o dicho de otra manera, el hombre como ser pensante en atención a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a ella, puede tener conciencia de si mismo. Solo en la medida

en que tenga conciencia del mundo que lo rodea puede identificar su “yo” frente a un “tu” del cual se distinga por esta razón, hablar de la existencia del hombre es lo mismo que hablar la coexistencia, que solo es el conjunto de existencia comunes

Atento a lo anterior se afirma, con razón la importancia de la delación social. El hombre es un ser de delación; es un ente de relación social; es un ente de convivencia.

Todo lo que se refiere al hombre a de planearse así, necesariamente, dentro de un ámbito dialogal y dialéctico, precisamente por que su mundo es un mundo de relación social con sus congénes que, a su vez, supone un mundo dinámico, en permanente cambio

Por la misma razón el derecho se extiende, también solo en función del hombre y en su naturaleza de relación, igualmente en su ámbito dialéctico, dialogal y eminentemente dinámico, que refleja el mundo de relación en que se mueve y desarrolla el hombre.

II ESTRUCTURA DE PODER Y CONTROL SOCIAL

Sobre la base de la afirmación anterior, como apunta zaffaroni, vale observar que en todos los grupos sociales, existe la tendencia a la integración de grupos que se unen o distancian, básicamente en distinción, básicamente en función de intereses comunes que, a su vez se jerarquizan

Al equilibrarse las fuerzas y los intereses entre los diversos grupos y reconocerse las jerararquias, se conforma y generaliza la estructura de poder del grupo social, lo que es un fenómeno político natural de todas las sociedades del mundo, independientemente de las características que identifiquen esa misma estructura. Lo cierto es que en todas las sociedades del mundo existen grupos dominantes y grupos dominados, que son cambiantes pero siempre se presentan.

Asimismo se presenta que en todas las sociedades de todos los tiempos, que el grupo en el poder, en su interés por mantenerse, determina sus objetivos y fines y también sus métodos en función de ellos, intenta

establecer las formas de control social que estima mas adecuadas y eficaces para la consecución de sus objetivos y sus fines. Naturalmente, en este proceso, se define también las características de esa estructura de poder

III. EL CONRTROL SOCIAL.

Independientemente de las características de la estructura de poder, invariablemente se manifiesta en todo grupo social una cierta forma de control que, por lo demás, es también indispensable para mantener el orden social dentro del grupo en que se manifiesta.

22

GUSTAVO MALO CAMACHO

El control social esta en relación directa con el esquema mismo de la estructura de poder existente. Así, en un estado de derecho, aparecerán recogidas sus características precisamente en el orden legal que le da vida, y será el marco constitucional donde se definan los rasgos característicos de la propia estructura de poder.

En México tales preceptos aparecen recogidos como la decisión política fundamental del estado mexicano, en los artículos 39, 40, 41 y 49 de la constitución, que lo definen como un estado democrático y liberal, a partir de la voluntad soberana del pueblo, que es la afirmación política básica del estado, a partir de la cual se entienden las restantes, que a su vez, lo definen como constituido en una republica, federal, respectiva con el régimen de la división de poderes como formula para el equilibrio en el ejercicio del poder, como garantía de la relación política entre gobernándoos y gobernados y gobernantes, unido al expreso reconocimiento de los derechos humanos que como garantías individuales y sociales se incorporan en el texto de la propia constitución la estructura de poder en México y el control social que la misma ejerce, reúne por lo tanto , los rasgos de definición política afirmadas en la constitución de la Republica y se manifiesta precisamente con las características señaladas,.

El control social se reconoce, en general, como institucionalizado o formal el que aparece integrado e incorporado dentro de la estructura del gobierno, en alguna de las diversas instituciones políticas, sociales ,culturales y económicas deportivas y educativas o de cualquier otro tipo que la conforman, integradas dentro del poder establecido. Por otra parte, se denomina como control social difuso e informal a las diversas formas de control que existiéndose y manifestándose en la sociedad, no aparecen directamente integradas como parte de la estructura gubernamental.

El control social naturalmente esta presente en su manifestación de sistema formal como en el informal. Entre las ultimas basta tener presente las características de la estructura familiar, los medios de información de la prensa, radio o televisión; y entre las primera, lo

mismo se puede pensar en el sistema de educación, con todas sus características de contenidos, formas de exposición, desarrollo, favorecimiento o no de los diversos niveles educativos, apoyo o no a la investigación científica y específicamente, a los contenidos de la investigación; o bien en la cultura, las formas de expresión artística que aparecen favorecidas o limitadas, el teatro, la pintura, el cine, la música, etcétera; o bien, en el ejercicio profesional, el favorecimiento y apoyo para el desarrollo o no del ámbito general o de una cierta parte de la medicina, el derecho, la

ingeniería, la arquitectura, la economía, las finanzas, etc.; o bien, en el sistema de justicia.

El sistema de control social institucionalizado puede aparecer expresado a través de un discurso formalmente punitivo. Es decir puede estar directamente vinculado, de una manera abierta, con el control social, según se puede observar de la relación muy sucinta de ejemplos expuestos sobre las más diversas actividades en el que se manifiesta.

El sistema de la justicia penal, por definición la forma mas visible y clara del sistema del control social institucionalizado con discurso punitivo, mismo que se manifiesta a través de las instituciones expresamente establecidas y al efecto que básicamente aparece conformada con la policía del ministerio publico, los tribunales, las instituciones penitenciarias y otra de la ejecución. Así mismo se integran en aquel, el publico cuya presencia y participación es decisiva en la dinámica del sistema; también el poder legislativo, el cual en cuanto órgano generador de la ley, es base de la función del propio sistema.

Tal sistema de justicia, así conformado, debe responder a la característica de la estructura del poder constitucionalmente integrado en el estado de derecho, conformando lo que con frecuencia se conoce y reconoce como el ius puniendo del estado mexicano o potestad punitiva del mismo.

IV LAS IDEOLOGIAS

El concepto de la ideología, aparece estrechamente relacionado con aquellos otros del poder y del control social.

Por “ideología”, recuerda Abbagnano, se entiende todo aquel conjunto de creencias o sistema de ideas que siendo útiles son adoptadas para el control del conocimiento de colectivo independientemente del contenido de validez objetiva de sus afirmaciones. Es decir, son los argumentos utilizados por el poder establecido (Estado) para la consecución de sus objetivos, en la inteligencia que pueden responder a afirmaciones ciertas o bien aprovechar de ellas solo los aspectos mas utilizables y manejables

para la consecución de sus objetivos; incluso, incluso duden llegar a manejar contenidos oscuros o hasta imaginarios. Naturalmente el contenido de la ideología no tiene nada que ver con el significado mismo de la ideológica en si, si no que esta relacionado con quienes las utilizan para sus objetivos. La ideología, entendida así, corresponde a un sentido no peyorativo y significa no solo un método, un sistema de ideas para la consecución d un objetivo, lo que naturalmente es independiente de la verdad o valides objetiva de sus contenidos

Todos los países, en cuanto a estructuras de poder establecido, han

observado siempre sistemas de control; y en todos los tiempos el control se ha valido de las ideologías para el logro de sus objetivos. Ciertamente, existen estructuras de poder que las han manejado con verdad y honestidad, y tan bien han existido otras que las han utilizado para la consecución de objetivos socialmente negativos.

V. LOS DISCURSOS

Por “discurso” se entiende el argumento utilizado para sostener una idea. Se habla también de los “discursos” estableciendo una diferencia del contenido del llamado “discurso de realidad” y los “discursos” jurídicos, políticos, sociales, o de cualquier otra índole. Lo que intenta significarse con esto, es la diferencia que puede existir entre el contenido del texto de una ley, o de una afirmación de contenido económico, social, político y cultural, y el contenido de realidad que ese mismo tipo guarda en el mundo de la realidad social.

Es siempre deseable, obviamente la coincidencia o el mayor acortamiento entre la distancia que guarda el discurso y los discursos de otro cualquier contenido específico,. En el campo del derecho, naturalmente, esto significa la desiderata de la diferencia mínima entre las afirmaciones de los contenidos relacionados con el sistema de la justicia y los contenidos de realidad acerca de los mismos. Esto mismo, por otra parte, guarda relación con el texto de la ley y el contenido de realidad acerca de los mismos. Esto mismo, por otra parte, guarda relación con el texto de la ley y el contenido de realidad social de la misma, lo que a su vez se relacionado con la dinámica propia del derecho.

VI DERECHOS HUMANOS Y CONTROL SOCIAL

En todos los tiempos han sido afirmados y aprovechados argumentos (discursos que reflejan y son expresión de ideologías) al amparo de las cuales se han llegado a cometer algunas de las mas graves de que tiene noticia la conciencia mundial al amparo de “la liberación de los pueblos” se han producido guerras que han producido miles de muertes y la afectación a los bienes de todos; con el supuesto apoyo en el avance de la

ciencia, y específicamente en la teoría de la evolución, se han desencadenado hechos aberrantes y acciones genocidio a la tesis del sano “sentimiento del pueblo” y de la “supremacía de la raza”, relacionada a su vez con la teoría del superhombre (segunda guerra mundial), también, fundado en la teoría de la evolución y en la teoría de la estructura económica generadora de desigualdades sociales, la cual independientemente de la validez de sus afirmaciones, se perfiló hacia un sistema “liberalizador” que, en poco tiempo, en su interés por regular y controlar los factores de la

Producción, introdujo un sistema que en una aplicación práctica tradujo un totalitarismo que resultó ser más cortador de la libertad individual que el sistema que se intentaba superar ante sus deficiencias o insuficiencias sistemáticas. Lo mismo ocurrió en la época de la colonización etapa en la cual las acciones aparecieron apoyadas en razones adujeron verdades de la religión, imprimiéndose, la presencia de la cultura considerada como superior y más avanzada, interesada en participar a los otros pueblos su cultura y avance.

Todos estos sistemas, en sus extremos penales, rompieron también la certeza jurídica, derivada del principio de legalidad, en la medida en que entendieron como delito a la conducta considerada en general como contraria al interés del Estado, como antes lo había sido contraria al interés del monarca o de la autoridad en turno.

Por razón de esto, y en el antecedente y la experiencia de las conflagraciones mundiales sucintadas, la conciencia mundial derivada del concierto de las naciones, perfiló una serie de recomendaciones, a nivel internacional, que, en la medida que fueron suscitadas y ratificadas por los países miembros de la Organización de Naciones Unidas, en la esfera internacional y de la organización de los Estados Americanos, en lo referente a los países integrantes de dicho continente, crearon un límite internacional a todas las acciones estimadas violatorias de los derechos humanos, perpetradas y justificadas al amparo de las respectivas ideologías. Tales regulaciones internacionales aparecen incorporadas principalmente en: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10 de diciembre de 1948), La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (Carta de Bogotá de 1948) El pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966) vigente a partir de 1976, después del plazo de 10 años para la ratificación por los Estados, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica, de 1969), y la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Carta de Tlatelolco, suscrita en México el 12 de diciembre de 1974)

Con suscripción de tales documentos, que representan y reflejan la desiderata de la conciencia universal en la materia, es clara la definición y relimitación que marcan todos los países acerca de la cual es, a nivel internacional, el concepto y contenido del límite mínimo del respeto a los derechos humanos, lo que sin duda es, sobre todo en el ámbito de la conciencia ética de los países, un importante límite en sus respectivas definiciones.

No significa esto que la sola presencia de tales instrumentos internacionales supongan, pese, y prácticamente por decreto, que ya no existan violaciones a los derechos humanos en los diversos países, lo que evi

26

GUSTAVO MALO CAMACHO

dentamente resulta falso, pero se supone, en cambio, que independientemente de los discursos internos justificadores de las violaciones de los países que incurren en sus prácticas, siempre resultan tales conductas como lesivas a los límites establecidos por la conciencia mundial, y esto, en sí, representa un fundamento en la garantía de seguridad jurídica de todos los hombres.

VII SISTEMA PENAL Y CONTROL SOCIAL

En términos de lo expuesto, el sistema penal forma parte del sistema del control social. Es necesario precisar, ahora, cuál es el lugar que tiene el sistema penal dentro del control social y, sobre todo, cuál es el contenido del así denominado sistema penal que nos permita conceptualarlo y entenderlo.

El lugar que ocupa el sistema penal dentro del sistema de control social, no es único y tampoco es necesariamente el más relevante. Esta reflexión exige ser considerada dentro de la perspectiva interna de cada país, a la luz de su estructura jurídica política y de los objetivos reales del grupo en el poder. Lo mismo acontece con la otra forma del control social, tanto del formal como del informal.

Como antes fue señalado, el sistema penal es, por definición, la parte del sistema del control social institucionalizado con discursos punitivos. Implica en consecuencia todo el conjunto de acciones y situaciones que van desde la creación misma de la ley penal y demás leyes relacionadas con la justicia penal (leyes procesales, ejecutivas, orgánicas y las de responsabilidades de funcionarios como, asimismo, toda la secuela de acciones que transcurren desde que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta la fase en que el responsable cumple la pena impuesta, e incluso el momento posterior relacionado con las llamadas formas de preliberación en la ejecución, de la ordena condicional, de la libertad preparatoria y, también, las acciones relacionadas con la asistencia social del liberado

VIII. LOS SEGMENTOS DEL SISTEMA PENAL

Así, el sistema penal abarca desde la actividad de la policía en la prevención (policía Preventiva) y la investigación de delitos (policía judicial); la del ministerio público, como órgano a cargo de la persecución de los delitos, en ejercicio de la acción penal; de los jueces, entendidos en sentido genérico como los órganos a cargo de la función de la administración e impartición de justicia (jueces, magistrados, ministros); los órganos a cargo del sistema de la ejecución de las penas. También involucra a la actividad de los legisladores, en la medida en

que intervienen, precisamente, en el proceso de la formación de la ley penal, en representación de los miembros de la sociedad; en presencia del público o miembros mismos de la comunidad, quienes precisamente, con su intervención e interés, son los que pueden determinar los cambios y ajustes de la dinámica del derecho exige, como también, con su presencia, son los que pueden determinar el avance del procedimiento y determinar la orientación de las políticas vinculadas con la justicia penal.

Esta explicación acerca del sistema penal y contenido de base también para el entendimiento para lo así denominado “segmentos del sistema penal”, concepto por el cual se hace referencia precisamente a uno de los ámbitos en que se manifiesta el sistema penal o sistema de la justicia penal (policía, ministerio público, tribunales, órgano de la ejecución, legisladores y público) vinculados y analizando sus características específicas, como vía para entender mejor al manera en que funciona el sistema penal mismo.

Se estudian, así, los discursos conforme a los cuales actúan cada uno de los segmentos, fundamentalmente los segmentos llamados básicos (policía, ministerio público, tribunales, y sistema ejecutivo); las características de las personas que integran a cada uno, haciendo funcionar el sistema. Y, en relación con estos y otros factores, se entiende el estudio de su problemática y las propuestas de solución, como también el sistema penal mismo.

Los discursos de los segmentos son diferentes entre sí, el de la policía es en general moralista y moralizante. El del poder judicial es principalmente jurídico y garantizador; orientado al estricto análisis de la ley y, en el momento de la imposición, es retributivo en la línea de la pena, de la prevención general y especial orientada por la necesidad de la pena y por el discurso de la readaptación social como fin de la pena. El discurso del ministerio público es en parte garantizador y jurídico y en parte moralizante. El discurso de la ejecución es en de carácter terapéutico. El discurso de la ejecución es de carácter terapéutico.

El estudio de este ámbito, plantea como problema, la insuficiente comunicación entre los discursos y las acciones frecuentemente independientes entre sí de cada uno de los segmentos, generando la “compartimentalización” de los discursos, programas y acciones, que significan el cierre hacia dentro de los mismos, dificultando la necesaria intercomunicación, interrelación e interacción funcional entre ellos, para el logro más eficaz en los objetivos del sistema penal.

De aquí la necesidad de reconocer los aspectos positivos y negativos del funcionamiento de cada uno de los segmentos, que permitan ofrecer, en su oportunidad, una mejor respuesta social y de mayor eficacia para el funcionamiento del sistema penal

En este sentido, es frecuente escuchar los cuestionamientos al segmento policial, en relación con la falta o insuficiente preparación de la misma y los fenómenos de desviación o de falta de conciencia acerca del ejercicio; el segmento judicial es principalmente cuestionado en relación con los elementos burocratizantes de sus procedimientos; el segmento de la función penitenciaria aparece cuestionado en relación con la pena de prisión y su eficacia respecto de sus fines de readaptación social, con los problemas derivados de la reclusión y la despersonalización, en las desviaciones relacionadas con aspectos de violación a los derechos humanos, en relación a los elevados costos que exige su eficaz funcionamiento y los problemas de la sobrepoblación; o bien, en relación con la incorporación de otros mecanismos subsidiarios y sustitutos, que a su vez, exigen de la infraestructura necesaria para su adecuado funcionamiento, al mismo tiempo que, exigen también de la reflexión serena acerca de su aplicación, tanto por los órganos de jurisdicción como los de la ejecución, en el sentido de que su aplicación indiscriminada o irreflexiva puede, a su vez, traducirse en puerta falsa a la impunidad. En fin, tales son las objeciones que principalmente se plantean al sistema penal, las cuales, nos parece, están todos vinculados con aspectos del proceso de cultura, que implica el valor social y político de aquellos. ¿Qué es lo que la sociedad estima que debe ser el sistema penal? ¿Qué es lo que espera de éste? y ¿Qué es lo que está dispuesta a hacer para lograrlo? , interrogantes que a su vez implican la conciencia de la función que tiene el sistema de la justicia, basada en la seguridad jurídica y en los objetivos de equilibrio, paz y orden social, como también el sistema de la seguridad pública. Aspectos, éstos, todos, en que necesariamente interviene toda la sociedad, tanto los gobernados como los gobernantes.

En síntesis, para procurar la mejor atención de estos aspectos, es indispensable que se acorten los espacios entre los discursos de los diversos segmentos del sistema penal entre sí y, especialmente, que se acorten también las diferencias entre los discursos de cada uno y el discurso de realidad que los cuestiona, lo que debe ser entendido no como una mera

posición de crítica sino como el punto de partida crítico del interés social, que refleja la preocupación por el problema y que el interesen su solución, que, naturalmente, sólo puede estar en la respuesta social que conjuntamente ofrezcan gobernados y gobernantes, lo que implica el esfuerzo conjunto de ellos.

IX. DERECHO PENAL SISTEMA PENAL

El derecho penal o ley penal, en sentido amplio, a la vez que forma parte del sistema penal es, al mismo tiempo, la base normativa del pro

pio sistema penal. En este sentido, son conceptos que mutuamente se condicionan. El derecho penal se presenta como un conjunto de normas jurídico penales que son el espacio y el límite dentro del cual el sistema penal puede actuar.

Entendido el derecho en forma amplia, aparece subsumido dentro de su concepto, no sólo el campo estricto de la ley penal, sino, asimismo, aquellas previsiones que caen en el terreno de lo administrativo penal, frecuentemente enunciadas como infracciones administrativas de poli-da y buen gobierno, cuya violación origina el arresto o la multa; como también la ejecución de medidas de tratamiento administrativo, que a su vez, significan otras formas de respuesta social, sin la necesidad de un procedimiento penal. Encuadran también en el mismo concepto, las acciones policiales o incluso, en circunstancias extraordinarias del ejército cuya ejecución pueden constituir acciones que caen en el campo que regularmente corresponde al ámbito penal.

Al hacer referencia al ámbito de la ley penal debe cuidarse de no caer en el equívoco de creer que la sola creación de la ley, o bien su reforma, resuelve la conflictiva social que el propio Estado, con la promulgación de la nueva ley, evidentemente se muestra interesado en atender. La ley sólo fija el nuevo espacio social dentro del cual habrá de desplegar su acción el sistema penal en su conjunto.

Esto permite entender también el contenido eminentemente programático que tiene el derecho, ya que, en efecto, al crearse los nuevos tipos delictivos, señala el espacio social deseado, y de aquí su carácter programático; como también ocurre, similarmente, en el ámbito de los procedimientos.

X. DERECHO PENAL Y LEY PENAL

Si el derecho penal, al que frecuentemente se alude con la expresión genérica de ley penal, implica la presencia de un conjunto de normas y de reglas jurídicas, es evidente que la diferencia entre tal concepto y el de la ley penal en sentido estricto, es que esta última, en términos generales,

hace referencia al concepto mismo de la disposición legal penal que contiene a la norma penal ya la punibilidad. Así, ley penal en sentido amplio es el conjunto de normas, en tanto que ley penal en sentido estricto es la disposición legal en sí, con su contenido de precepto y de sanción penal.

XI. LEY PENAL Y DELITO

Existe una estrecha relación entre la ley penal en sentido estricto y el delito, en tanto que, efectivamente, el delito surge como una cons-

Traducción jurídica, a partir de su prevención legal en una norma jurídico penal. Naturalmente, a la vez, tal disposición o tipo penal, no surge de la nada, o como minerva de a la cabeza de Zeus, si no que precisamente, obedece a la situación de conflicto social que a partir del interés social, genera la norma de cultura que a sus vez origina la norma jurídica al preparar el proceso de formación jurídica respectiva. Así, es el contenido social consistente en el interés de superar la situación de conflicto social lo que determina la ley penal y, consecuentemente, es esto lo que se constituye en el contenido social de la ley. En este orden de ideas, el delito será, precisamente la conducta que lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, viole por lo mismo la ley penal, en tanto que se constituya en una conducta típica, antijurídica y culpable, con lo que hace merecedor, al responsable, de una determinada sanción penal.

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL DE LA LEY PENAL

CAPITULO CUARTO.

EL DERECHO PENAL CAPITULO I *IUS POENALE. LA NORMA. ASPECTOS GENERALES*

SUMARIO: I. Denominación. II. Concepto del derecho penal. III .La norma penal. 1 El delito como construcción jurídica y como fenómeno factico social. a) consideraciones generales. b)el delito como fenómeno jurídico y factico. IV. Teoría de la norma penal. 1. concepto y evolución. 2. teoría monista de las normas. 3. teoría dualista de las normas. 4. la teoria pura del derecho. V. La estructura de la norma y la estructura del sistema jurídico penal. VI. Origen de la norma penal. 1. teoría del consenso. 2. teoría del disenso o conflicto.

I. DENOMINACION.

La materia que nos ocupa es el derecho penal. Tal denominación ha sido siempre la misma; ha variado en el tiempo, siendo evidentemente que aparece históricamente condicionada. En tiempo de los romanos fueron utilizadas las expresiones *ius poenale* y *ius criminale* que conoció aquel derecho, las que también fueron utilizadas en la Edad Media. Durante esta ultima etapa, el contenido del derecho penal estuvo fuertemente influenciado por la iglesia, lo que determino una relación estrecha entre los conceptos de delito-pena y pecado-penitencia. Un ejemplo claro es el de el derecho alemán, en donde para referir la mataría que nos ocupa se utilizaron sucesivamente las expresiones *peinliche Rect.* y *criminal Rect.*, entendiend, el primero, como un concepto de la pena estrechamente vinculada con la idea de la expiación, de fuerte contenido religioso y que durante largo tiempo significo el fundamento de la imposición; en tanto que por *criminal Rect.*, se entendió un contenido mas amplio, haciendo referencia a las normas relativas al crimen o delito, involucrando al agente y a su consecuencia penal.

Con posterioridad al iluminismo europeo del siglo XVIII, el orden jurídico penal se incorpora en codificaciones sistematizadas y específicas para cada materia, lo que acontece sobre todo a partir del siglo XIX, observando como punto de partida a la legislación napoleónica, que en el ámbito penal, parte del código penal de 1810. En este a diferencia

del concepto antiguo de “código”, conocido a partir del derecho romano y durante la Edad Media, donde se lo entendió fundamentalmente bajo la idea de compilación de leyes, que no necesariamente eran de la misma materia, el nuevo concepto de “código”, apareció entendido como ordenamiento integrado con normas de una misma rama jurídica, debidamente sistematizada de acuerdo con un objetivo, lo que ocurrió a la luz principalmente del racionalismo contractualista, con la tipificación de los delitos conminados con penas, que recogían el interés en el principio de legalidad que fue característico de este periodo histórico, fijando las bases para individualizar la responsabilidad penal de quienes hubieran podido participar en su comisión, con lo que, a la vez, se fijaron las bases para desarrollar la doctrina penal. A sí mismo, en esta época se adoptó como denominación de la materia aquella de *derecho penal*, denotando, con esto, la característica fundamental de esta rama jurídica, la pena, a diferencia de otras ramas jurídicas cuya coercibilidad implica la imposición de otras respuestas no punitivas o penales y de sentido básicamente preparatorio.

Posteriormente, con el crecimiento y desarrollo del positivismo naturalista, que en otra de sus manifestaciones refiere también una orientación biológica, antropológica y sociológica, a mediados del siglo XIX, con ella, la denominación *derecho penal*, sufrió su más fuerte embate para sostener nuevamente la expresión *derecho criminal* frente a la naciente preocupación por el delincuente o criminal, en la medida en que el acento se pone en este último, atendiendo a consideraciones antropológicas o sociológicas, que disminuyen el interés por la norma que prevé el delito, para traducirlo en el interés por el delincuente. Tal orientación favoreció el que se desarrollara el nombre de “derecho criminal” para sustituir al de “derecho penal”, y de que se hablara de la responsabilidad social y de las medidas de seguridad predelictivas y posdelictivas y que bajo el concepto de la “defensa social” se hablara también de un “derecho de defensa social” y hasta de un “derecho protector de los criminales” como en España lo hiciera Dorado Montero.

Superadas las manifestaciones del positivismo sociológico, con la misma corriente positivista se manifestó una nueva reorientación del interés hacia el estudio del derecho y así, hacia la norma, el delito y el sujeto responsable, si bien en una línea causal naturalista, obviamente de origen positivista, que recogió aportes de la tendencia precedente, con lo cual favoreció la expresión de “derecho penal”, que ha sido la que en general ha alcanzado una mayor aceptación por la doctrina penal; sin embargo, a la vez, también se mantuvo el interés defensivo, que favoreció la denominación “derecho criminal”, por estimar que la expresión “criminal” permitía más fácilmente el fenómeno social de la criminalidad y a la persona del criminal, esto fue sostenido sobre

todo por algunos de los seguidores de la “escuela de la defensa social”, tesis defendida de manera relevante en los foros internacionales, aun en tiempos posteriores, bien entrada y cercana la mitad del siglo XX. Esta orientación, conocida como escuela positivista, en su oportunidad tuvo importante influencia en la legislación penal de su tiempo, no pocos países, como ocurrió también en Latinoamérica y específicamente en México, no solo con el contenido fuertemente positivista del código penal de 1929, sino también, en diversas instituciones recogidas por la ley penal vigente de 1931.

En síntesis se observa en general que en los países de formación jurídica occidental europea se habla preferentemente de derecho penal. En Italia, de *diritto penale*; en los países de habla hispana de Europa y de Latinoamérica, de “derecho penal”; en Francia, de *droit penale*; en Alemania de *strafrecht y penal Recht.*; y solo en los países sajones de habla inglesa, se utiliza con más frecuencia la expresión de *criminal law*, en lugar de *penal law* aun cuando también esta última es utilizada. Actualmente las diferencias en relación con la materia, aparecen más en orden a las posiciones doctrinales sostenidas en su contenido que en relación a la denominación misma.

II. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. En el primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius poenale* y que aparece conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad.

Se entiende por derecho penal subjetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano donde emana; se hace alusión así, al *ius puniendi* del Estado o potestad punitiva del mismo. Uno y otros conceptos de derecho penal, en sentido objetivo y subjetivo, aparecen

interrelacionados y exigen ser explicados. El contenido de uno y otro son tema del presente y siguiente capítulos.

III. LA NORMA PENAL.

1. *El delito como construcción jurídica y como fenómeno factico social*

a) *consideraciones generales*

El estudio del derecho penal exige el inicial entendimiento de lo que es “delito” y lo que es la “pena” como su consecuencia jurídica penal.

La conceptualización del delito y su contenido no ha sido uniforme. Al Transcurso del tiempo ha sido objeto de variadas interpretaciones que han correspondido a las características histórico culturales, determinadas dentro de las coordenadas de tiempo y espacio, relacionadas con variables económicas, sociales y políticas, a su vez, conformadas en consideraciones filosóficas y de avance científico que, en su momento, ha definido el concepto de derecho y, específicamente, del orden jurídico penal, como también del delito, cuanto contenido de los preceptos de aquel y también como fenómeno de la realidad social. Ello ha determinado la concepción del derecho la dinámica misma de la evolución de las ideas penales y su metodología.

Esta diferencia en forma de entender y conceptualizar el delito, se hace aun mas patente en la época moderna, siguiente al siglo XIX, y durante el siglo XX, una vez que frente a la existencia de nuevas legislaciones penales nacionales conformadas bajo el nuevo mapa geopolítico europeo, y el desarrollo penal de la doctrina consecuente, siguiente a la concepción del estado de derecho en sentido moderno, el que, naturalmente recibe la presencia de las corrientes filosofías iluministas, del racionalismo, el jusnaturalismo, y el utilitarismo, después recoge y refleja también, el impacto cientificista del positivismo, que, con su ideología fundada en la experiencia, plantea un cambio, también, en el estudio del derecho penal, pronunciando un nuevo interés por el concepto del delito, en manera tal que su estudio, primero planteado en su perspectiva de estricto concepto jurídico, con previsión de la norma penal, cambia su concepción, para ser estudiado como fenómeno social, entendido en sentido naturalistico y factico, sea en sentido antropológico o sociológico, para después, en el posterior retorno de la doctrina penal al interés jurídico por la norma y su contenido, si bien con el impacto de la decisiva influencia positivista, que deviene en la concepción causal naturalista de la dogmática jurídica penal, recoge el interés por el estudio de la ley(teoría de la ley penal) y, también, por el estudio de su contenido

social, el delito,(teoría del delito). Esta concepción del delito trascenderá en los futuros modelos sistemáticos, según se reconoce en el causalismo valorativo y en el finalismo, como también en la orientación político criminal, cuyas raíces derivan también del positivismo jurídico. La excepción a esta línea de pensamiento se reconoce, acaso, en las posiciones mas extremas de la formula polarizada del formalismo lógico del derecho.

En síntesis esto lleva a observar que dentro del estudio del derecho penal, se planten dos conceptos en torno al “delito”, mismos que actualmente se manejan reconociendo su contenido social. Así, parten,

uno, del entendimiento del delito como fenómeno jurídico, que presenta dos vertientes, la primera , que concibe al delito solo a través de la presencia del precepto o tipo de la norma penal, estimando que, toda vez que el estudio del derecho se agota en la ley, es por tanto innecesaria y equívoca la referencia a la teoría del delito, siendo preferible, por tanto, el análisis unitario de la ley; y una segunda vertiente que, reconociendo la estructura normativa, a la vez, reconoce también el contenido social del derecho, y es en tal sentido que admite y procura el estudio de la teoría del delito. Para la segunda posición, si bien se admite el estudio analítico del delito, sin embargo, es improcedente el análisis de la conducta como un concepto “prejuridico”. Una segunda formula para esta segunda posición, en cambio, es frecuente que inicie el estudio de la teoría del delito precisamente apartar de la “conducta”, como el primer momento de análisis del delito, lo que sistemáticamente parece conceptuarla como un concepto “prejuridico” del delito que se delimita en el momento inmediato siguiente, con el análisis de la tipicidad, que precisamente limita la conducta dentro del marco de la ley penal.

Sobre el particular, no parece que tiene que existir congruencia entre la concepción del delito, su ubicación sistemática y su metodología de estudio, sí reconocemos en el derecho un orden de relación social, de regulación de la conducta humana, precisamente por la vía jurídica, debemos concluir que su contenido es necesariamente la realidad social, y no tendría sentido su estudio por una vía metodologica que perdiera esta característica esencial del derecho. A la vez, es evidente que asta en tanto no exista una norma jurídica que le de vida, no puede existir el delito y, por lo mismo, es bordando sobre la base de estas dos consideraciones que debe ser conceptuado el delito.

En este orden de ideas entendemos que el delito es una construcción jurídica, que tiene como origen una situación de conflicto en la realidad social que el Estado pretende evitar a través de la creación de la ley penal, lo que precisamente “tipifica” al delito, creándolo. A partir de esto, todas las nuevas situaciones de conflicto social, naturalmente

causadas por la conducta del hombre, serán constitutivas de “delito” si son atribuibles al tipo penal en cuestión, de aquí la importancia del estudio del derecho penal también a través de la teoría del delito, que juntamente reconoce y recoge la relevancia de este contenido social del derecho penal, contrastando el contenido del “delito” en sentido naturalístico, con el concepto del “delito” en sentido normativo jurídico, afirmado con esto, un elemento garantizador de fundamental importancia para la seguridad jurídica. En este orden de ideas, a la vez que se reconoce la naturaleza jurídica del delito como su origen, se reconoce también su contenido social que lo explica y justifica, y en base a esto se fija la me

todología y sistemática de su estudio, en la teoría del delito, que precisamente se desarrolla en relación con el concepto social y fáctico del mismo, a partir del estudio de la conducta típica.

b) *El delito como fenómeno jurídico y fáctico*

El delito es una configuración jurídica. Es una construcción legal que nace y surge con la creación misma de la ley penal que, por lo mismo, no tiene una individualidad fáctica social propia. Basta tener presente, al respecto, que si prescindieramos de la existencia de la ley, podríamos observar que ninguna relación guardan entre sí las diferentes conductas y hechos que la ley penal previene como delitos, salvo el hecho de que implican situaciones de conflicto social.

En efecto, ninguna relación guarda entre sí el hecho de sustraer un objeto ajeno para alcanzar un beneficio económico (robo), con la violencia ejercida sobre una mujer para satisfacer un deseo erótico-sexual (violación) o con la expedición de un cheque librado sin previsión de fondos para alcanzar un lucro indebido y causando un perjuicio económico a un tercero (fraude); o con las imprecaciones amenazantes lanzadas en un altercado entre vecinos (amenazas) o con el funcionamiento de una industria contaminante a sabiendas de que ello afecta la salud general de la población (delito ecológico) o con la alteración de precios para el pago de los alimentos (fraude), etcétera. En todos estos casos, hasta este momento el único denominador común es el hecho mismo de la situación de conflicto social que invariablemente se plantea.

En cambio, los mismos aparecen socialmente uniformados como conductas consideradas contrarias al interés social que los califica como "delitos", a partir del momento en que son institucionalizados como tales por vía de su tipificación en la ley penal. con la amenaza de una pena, la cual será aplicada sólo mediante un proceso de verificación, previsto en leyes que emanan del órgano del Estado constitucionalmente reconocido para ello (legisladores) y en donde funcionarios públicos tienen la obligación de perseguirlos y resolver sobre su existencia y sobre la

responsabilidad de sus autores, bajo la amenaza de que, de no hacerla en los límites de lo legalmente previsto, podrán ser, a su vez, objeto de responsabilidad. Todo esto permite constatar que el delito es una configuración jurídica y no una realidad social individualizable.

En la realidad física y naturalística lo que existe son fenómenos físicos, únicamente vinculados por leyes físicas, regidas por el principio de la causalidad que mueve la mecánica física del mundo y en donde todo Efecto es producido por una causa. A su vez, lo "social", entendido como el ámbito de la realidad natural afectado por la presencia del hombre en su relación social con sus congéneres, en que se distingue el ser huma

no precisamente, por su conducta finalmente determinada, lo que existen son "fenómenos sociales", en los que invariablemente interviene el hombre en su ámbito de relación y comunicación social, lo que, a su vez, sólo puede manifestarse a través de conductas. En esa realidad social, en consecuencia, lo que se dan son comportamientos, es decir, conductas y resultados (causalmente producidos por conductas), que en el ámbito social se presentan como situaciones de conflicto social, que afectan a la vida de convivencia y que, por lo mismo, en aras del objetivo mismo de convivencia, exigen de su atención para controlar las y evitarlas.

El Estado, en cuanto estructura jurídico política encargada de velar por lo necesario para asegurar la convivencia dentro de los rasgos de la relación social definida en la Constitución, no puede ordenar que los fenómenos físicos ocurran o dejen de acontecer, lo que sí puede hacer, en cambio, es regular la conducta de las personas que conviven e integran la misma sociedad, en manera tal que, a partir de la definición de la conducta socialmente deseada, vía la ley, que a su vez implica la definición de la conducta prohibida, se procure, por dicho medio, evitar los resultados no deseados, a la vez de inhibir las conductas generadoras de las situaciones de conflicto social.

Los comportamientos que generan situaciones de conflicto son de diversa índole, sin que tengan entre sí más relación que la de plantearse como situaciones de conflicto que la sociedad debe de resolver. Así, para dar tales soluciones y garantizar la natural relación social que es necesaria para la convivencia, el derecho procura la regulación de la conducta humana y, atendiendo a la diversidad de esas situaciones de conflicto, plantea regulaciones que son, también de diferente especie. Los problemas derivados de la falta de pago de salarios o por incumplimiento en el trabajo será origen del derecho laboral; conflictos derivados del uso y tenencia del suelo será origen del derecho agrario; la dilucidación de conflictos concretos entre particulares y no como conflicto de una comunidad social dará origen al contenido de la regulación del derecho civil o mercantil; la fijación de los procedimientos de verificación dará origen al derecho procesal, etcétera. Lo mismo ocurre en el campo del derecho penal que, sin embargo, se ocupa de atender la regulación de aquellas conductas cuya normal regulación por otras vías jurídicas no aparecen suficientemente garantizadas, lo que naturalmente exige tal valoración a la luz de la relevancia de los bienes jurídicos protegidos y las características de la eficacia de su regulación.

En el ámbito del derecho penal este objetivo se logra precisamente a través de la previsión en la ley penal de las conductas consideradas

como delito (tipos penales), las que se plantean como obligatorias a partir de la amenaza de un castigo o respuesta social para el caso de su violación (coercibilidad de la norma, que en la semántica penal se identifica con la punibilidad).

Otras conductas, también generadoras de situaciones de conflicto, a su vez, si no son particularmente relevantes desde la perspectiva social. o bien, siéndolo, desde esta misma, se estima que no deben ser objeto de regulación por parte del derecho, las mismas naturalmente, quedarán como ámbitos específicos de la relación social del individuo, pero que no tienen relevancia jurídica penal o jurídica de otra clase. (*Vgr.*: las relaciones familiares internas pueden suponer eventualmente discusiones u otro tipo de respuestas que, sin embargo, no tienen relevancia jurídica, salvo que impliquen la violación a una norma específica sea del derecho familiar, civil, penal o cualesquiera otro).

Por otra parte, por cuanto se refiere a la coercibilidad de la norma jurídica o, específicamente, a la punibilidad de la norma jurídica penal, se observa que la misma implica el sostén del contenido ético social del derecho, a la vez que representa, también, el factor especificante vinculante del orden normativo jurídico. La pena, así, en cuanto respuesta social del Estado frente a la lesión a bienes jurídicos y, consecuentemente, a la violación de la norma, es lo que determina la presencia del derecho penal. En este sentido vale observar que, frente a las situaciones de conflicto que hacen nacer la norma jurídica, el Estado, en su posibilidad de respuesta, tiene diversas opciones: la reparatoria, la eliminatoria, la punitiva y la terapéutica.

El derecho, en general, en su coercibilidad se rige por la respuesta reparatoria; sólo el derecho penal hace uso de la respuesta punitiva (pena), como también hace uso de otras, si bien de manera colateral, dentro del contexto de la respuesta penal. Por esto, el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, que significa que sólo debe tener cabida cuando no sean suficientes otras formas de regulación del orden jurídico.

IV. TEORÍA DE LA NORMA PENAL

1. Concepto y evolución

En relación con el concepto de la norma dos han sido principalmente las expresiones con las que con mayor frecuencia se ha utilizado. *Lato sensu* se entiende como toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* se entiende como regla de comportamiento que impone deberes o confiere obligaciones. El supuesto filosófico que contiene, radica en la libertad para determinar sus actos, en mane

ra tal que el imperativo de acatada se contiene en el "deber ser" que implica la misma.

Las normas pueden ser de diverso tipo. Entre éstas, fundamentalmente se encuentran las normas morales, las religiosas, las de convención social Y las jurídicas.

Las características de las normas en general, son:

a) Bilateralidad o unilateralidad:

Bilateralidad. Cuando el contenido de la norma supone la imposición de "deberes", respecto de los cuales surgen facultades correlativas; o lo que es lo mismo, reconocen "derechos" que son correlativos de las "obligaciones" que generan.

Unilateralidad. Cuando el contenido de la norma sólo genera obligaciones.

b) Autonomía Y heteronimia:

Autonomía. Cuando su fuente es la voluntad de quien debe acatarla,

es decir, es la norma que la persona dictada a sí misma.

Heteronimia. Cuando su origen no está en la voluntad de la persona sujeta a ella, sino en la de un sujeto diverso, en otros términos, su fuente procede del exterior.

c) Externas e internas: Externas. Regulan la conducta contenido de carácter ético social.

Internas. Se orientan a regular la conducta interna observando en consecuencia un contenido ético moral.

d) Coercibilidad e incoercibilidad:

Coercibles. La imposición proviene del exterior y, consecuentemente, su sanción procede aun en contra de la voluntad del obligado.

Incoercibles. La imposición proviene del exterior, y solo se efectúa de manera espontánea por la voluntad misma de obligado.

Al hacer referencia al concepto del derecho penal señalamos que el mismo puede ser entendido en sentido objetivo, en tanto referido a la existencia de un conjunto de normas integradas dentro de sistema normativo penal y, en sentido objetivo, en cuanto potestad punitiva del estado

Derecho penal, en sentido objetivo, es aquella parte del orden jurídico general que define el delito, previene las penas o medidas que le son aplicables y determina la base para individualizarlas en la persona que lo cometió, a partir de su responsabilidad.

Esto significa que el derecho penal en sentido objetivo, en cuanto sistema normativo, tiene un sentido eminentemente sistemático que supone la explicación coherente y racional de las reglas jurídicas referidas al delito, a la persona responsable y a las penas y medidas de seguridad. con un sentido de validez general.

Punto de partida del contenido del derecho penal en este sentido objetivo es, por tanto, el entendimiento del concepto mismo de la norma. a partir de su estructura, lo que naturalmente lleva a la necesidad de analizar el contenido del precepto y de la sanción, como el contenido de la culpabilidad, a partir de la responsabilidad de la persona, en la inteligencia de que las penas no son aplicadas a los hechos sino a las personas. Es en función de estos conceptos que se debe de entender el derecho, conformado con las normas y las diversas reglas jurídicas que lo integran.

El contenido preceptivo de la norma, dentro de la semántica específica del derecho penal aparece recogido en el concepto del "tipo". Esto lleva a observar que, obviamente, el concepto del tipo es un concepto medular de la teoría de la ley penal que, por tanto, encuentra allí su ubicación natural. A la vez, sin embargo, dado que su ámbito conceptual es el punto de partida para el estudio de la teoría del delito, convencionalmente, en la obra, se recoge el estudio específico de la "teoría del tipo" dentro del ámbito de la teoría de los presupuestos, como segmento inmediato que precede el estudio de los elementos del delito.

En síntesis, el contenido del derecho, en cuanto orden normativo, debe de ser entendido en su función de ser un orden de relación social, a partir de la regulación de la conducta humana, que se explica y justifica en función de los fines de convivencia y coexistencia.

2. Teoría monista de las normas

La teoría monista de las normas, conocida también como teoría de los imperativos, reconoce la característica fundamental de éstas, en función del carácter imperativo que las define.

Entendiendo el orden jurídico como un orden de regulación de la conducta humana, la esencia de las normas aparece definida precisamente en esa regulación que señala el "deber ser" recogido en los mandatos y prohibiciones contenidos en ellas, precisando el deber de hacer algo o el deber de abstenerse de hacerlo.

Algunas normas "ordenan" una cierta conducta, lo que significa la obligación de la persona para hacer precisamente esa conducta y no

otra, dentro de las diversas opciones que la realidad social le presenta, de manera de que su libertad de ejercicio, aparece limitado en los términos del cumplimiento de la acción ordenada (*Vgr.*: se ,ordena auxiliar al atropellado; cuidar a los hijos; cuidar a los internos de una institución penitenciaria; etcétera). Otras, en cambio, que representan el grupo mayoritario de normas, observan un contenido que "prohíbe" la conducta incriminada, lo que se traduce en la posibilidad para el individuo de realizar cualquier conducta que ,en el ejercicio de su libertad individual quiera realizar, excepto la que expresamente implica la prohibición jurídica penal (*Vgr.*: se prohíbe matar, robar, etcétera).

En síntesis, para esta posición doctrinal. la característica fundamental del derecho es el carácter imperativo que supone el orden de regulación de la conducta humana; afirmación, sin embargo, que aparece precisada y delimitada por dos consideraciones:

a) El orden de regulación de conductas no es arbitrario. Existe y opera en función del objetivo último de la convivencia humana que. a su vez, se delimita en función de un objetivo inmediato, representado por la protección y salvaguarda de los bienes Jurídicos de los miembros de la comunidad social, como base de la seguridad jurídica, como principio fundamental de la convivencia.

b) La afirmación del carácter imperativo de las normas no significa que se desconozca la presencia de otras reglas jurídicas que en sentido estricto no precisan mandatos o prohibiciones, sino que a las mismas se las reconoce v entiende dentro del contexto de las normas imperativas, como reglas que les son dependientes y a las que sirven en la interpretación y aplicación, razón por la cual su presencia sólo integra y convalida el contenido de las normas imperativas que. para esta teoría, son las únicas que conforman el universo normativo.

Este orden de ideas naturalmente tendrá repercusión y relevancia en los modelos de sistematización jurídica de la dogmática penal. Así, una de las modernas orientaciones del derecho penal, recoge esta línea de pensamiento en la teoría de los elementos negativos del tipo.

3. Teoría dualista de las normas

Como en el caso de la teoría de monista, también la teoría dualista de las normas parte del reconocimiento de la existencia de normas, en sentido estricto, entendiéndolas con su específico carácter normativo, del deber, que a su vez implica el contenido imperativo (preceptivo o prohibitivo) recogido en los mandatos o prohibiciones. A diferencia de aquélla, sin embargo, en lugar de entender al grupo restante de reglas jurídicas que conforman al derecho como un conjunto de disposiciones complementarias de las anteriores, las reconoce con un contenido que

supone una valoración específica de las mismas, que le es propia y que tiene su propio significado.

Reconoce esta teoría, así, que el orden jurídico, en cuanto orden de relación y significación social, se integra no sólo con la presencia de normas en sentido estricto, orientadas a la regulación de la conducta humana a través de los imperativos normativos dados en las prohibiciones o mandatos, sino que, asimismo, el derecho aparece integrado también por otra serie de reglas jurídicas que suponen valoraciones independientes y diversas de las anteriores (normas preceptuales), las cuales en el campo penal aparecen recogidas como reglas de permiso, con una valoración específica y diferente de la que implica el contenido de la valoración normativa de la prohibición. Con las reglas preceptivas se define la conducta social deseada; con las reglas permisivas se recoge la valoración que responde al ámbito del reconocimiento de los derechos de la persona, que encuentran sentido cuando frente a situaciones reales que suponen peligro de lesión a bienes jurídicos penalmente tutelados, el derecho permite a la persona actuar para su salvaguarda, legitimando su comportamiento.

A la vez, el derecho contiene también otra serie de valoraciones, como son las que representan los bienes jurídicos, los cuales, de bienes existentes como entes de la realidad social, al ser recogidos por el derecho. De vienen bienes jurídicamente protegidos que suponen una valoración que, evidentemente, no es la misma que la que implica en sí. la prohibición de la norma, independientemente de la estrecha y convergente relación que entre ambas existe.

A partir principalmente de Binding, la doctrina penal se ha perfilado mayoritariamente favorable a este orden de ideas, entendiendo que el análisis estratificado del delito, al estudiar la tipicidad (a partir de la conducta típica), la antijuridicidad y la culpabilidad, lo que hace es procurar un análisis más garantista, orientado a procurar la mayor precisión, armonía y uniformidad en la interpretación de la ley, para determinar la existencia del delito. Lo que creemos se explica. a su vez, por la naturaleza y jerarquía de los bienes jurídicos en juego en el derecho penal.

La admisión del análisis estratificado en la dogmática jurídica de ninguna manera significa que se deje de reconocer que el delito es un todo único, que nace de una construcción jurídica y que sólo por razones de mayor garantía y seguridad jurídica es que aprovecha el análisis estratificado.

En síntesis, para la teoría monista de las normas, en el orden jurídico, no existe más que lo que es conforme y lo que es contrario al derecho; lo que es delictivo y lo que no es delictivo. El punto crítico que

distingue una y otra situación se centra en la lesión al "bien jurídico" y en la violación al "deber ser" de la norma; lo que viola el deber ser esto contrario al derecho penal y, por lo mismo, es lo único relevante desde el punto de vista jurídico penal; en cambio, lo que no representa una específica violación al deber penal no guarda relación con el propio derecho penal y por tanto no tiene relevancia jurídico penal. Binding cuestionó seriamente tal afirmación al observar que dicha concepción dejaba fuera del orden jurídico todo lo vinculado con los derechos subjetivos y que si lo único relevante para el derecho son los "deberes" y no los "derechos", entonces no existe espacio jurídico para estos últimos.

Con posterioridad, Welzel, se ocuparía del mismo problema y, en respuesta a la teoría de los elementos negativos del tipo, observaría agudamente que entonces para tal teoría resulta lo mismo matar un hombre (en legítima defensa) que matar a un mosquito, lo que evidentemente no puede ser lo mismo y no puede tener la misma significación jurídica; a esto, a su vez. Roxin, uno de los más relevantes sostenedores de dicha teoría, contestaría que desde el punto de vista estrictamente jurídico penal, la conducta de matar a un hombre en legítima defensa es irrelevante, al igual que cualquier conducta que no aparezca recogida en un tipo del código penal.

En nuestra opinión una y otra observaciones dejan en claro el acierto de las diversas valoraciones que supone el derecho y específicamente el derecho penal. El derecho es un orden de valoración normativa. cuyo contenido implica no sólo una valoración única sino que es expresión y concreción de diversas valoraciones, que tienen cada una su propio sentido y que, en su conjunto, se unen e integran en la afirmación general de ser el derecho un orden valorativo.

De esta manera reconocemos las valoraciones que identifican el orden normativo penal. en sentido estricto, definiendo la conducta social deseada y, por otra parte, reconocemos también otras valoraciones recogidas por todo el orden jurídico general, que suponen el reconocimiento a los derechos de la persona y que aparecen identificados en las reglas permisivas que concretan las causas de justificación o legitimación. Así, tan juicio de valor es el que determina la antijuridicidad de la conducta típica, como el que la declara legitimada. y todavía existen otras valoraciones más que supone el derecho, como lo son la que crea el bien jurídico protegido.

Nos parece, así, que el derecho sí distingue, reconoce Y valora, que no es lo mismo matar a una persona en legítima defensa que matar a un insecto, o la realización de cualquier otro hecho que desde su inicio resulta ser irrelevante para el derecho penal. Al derecho, concretamente al derecho penal, sí le interesa la protección de ciertos bienes lo que hace

nacer el bien jurídico penalmente protegido, entre estos, la vida humana, de aquí su expreso interés en recoger el tipo de homicidio dentro del ámbito de la normatividad penal como expresión de la conducta que socialmente se rechaza, lo que genera la existencia del delito de homicidio con la amenaza de una pena para quien lo cometa. A la vez, por otra parte, el propio orden jurídico, en valoración del todo distinta a la anterior, que tiene su propio sentido, y cuyo ámbito es el de la antijuridicidad, recoge otras valoraciones que implican el reconocimiento a situaciones de la realidad social que suponen el ejercicio del derecho que tiene la persona para actuar de la manera en que lo hizo, razón por la cual, al estar reconocida por el mismo derecho, tal situación elimina el desvalor inicial de la antinormatividad que implica la tipicidad.

En síntesis, cada ámbito de valoración del orden jurídico tiene su específica función que es independiente una de la otra, pero que se complementan en la conformación del derecho en cuanto orden no solamente de regulación de la conducta humana, sino, asimismo. Como orden de regulación de la relación social para la convivencia.

Norma y ley. Es también Binding quien reflexiona acerca del contenido de la norma y su relación con la ley, cuando señala que si bien es cierto que las normas aparecen conformadas a partir del imperativo de prohibición o mandato que contienen, tal norma sin embargo, está más allá de la ley penal; esto es, la persona que viola la norma, más que infringir el texto de la ley penal, lo que hace es adecuar su conducta a lo previsto en la misma (*Vgr.*: el artículo 302 previene que homicidio es la privación de la vida de otro y el artículo 307 previene la penalidad correspondiente), así, la persona que viola la norma del "no debes matar" que aparece ínsita en la ley penal, adecua su conducta a lo previsto en la ley penal, generando la posibilidad de aplicación de la sanción que la propia ley previene.

Por otra parte, de la anterior exposición se observa que como nota común de las teorías monista y dualista, ambas entienden que una es la norma con su contenido preceptivo o prohibitivo y otra es la sanción, entendida como coercibilidad o punibilidad, conformando, ambas, el contenido imperativo del derecho, pero reconociendo la diferencia entre ellos, cada uno con su propia y específica función.

Así, si tanto el contenido preceptivo de la norma como el contenido de su coercibilidad para darle fuerza vinculante, son relevantes para el orden jurídico y constituyen los componentes que lo caracterizan, a la vez, es incuestionable que las funciones de uno y otro, si bien interrelacionados, son diferentes, en la concepción misma del derecho, en cuanto orden de regulación social; de ahí que resulta diferente, si es entendido como un orden de relación social a partir de la regulación de la conducta humana para el objetivo de la convivencia, con los lími

tes que la propia ley fijó a la norma y a la pena o si bien es entendido, ese mismo derecho, como orden social sólo en función de la coercibilidad, como manifestación de la potestad punitiva del estado.

4. La teoría pura del derecho

Una orientación que guarda relación medular con el tema que nos ocupa y que ha tenido una gran relevancia en el estudio del orden jurídico desde la mitad del siglo xx ha sido la *Teoría pura del derecho*, introducida por Kelsen, en donde el autor refiere importantes observaciones que precisan el contenido del universo normativo, en orientación que se apunta con claridad desde su denominación misma, y en donde, a la vez, también se ocupa de la coercibilidad como característica definitoria de la norma de derecho a partir de la potestad soberana del Estado.

Reconoce el autor que el contenido del orden jurídico es resultado de la imposición de deberes, de manera similar, en este aspecto, al contenido de la teoría de los imperativos. Al mismo tiempo, sin embargo, al reconocer que la imposición de tales deberes proviene de un acto de la voluntad soberana del Estado, da base a la interpretación de la teoría. en el sentido de trasladar el epicentro del orden jurídico, de la regulación de la conducta humana para la salvaguarda de los bienes jurídicos como base de la seguridad jurídica para la convivencia, al ámbito de la potestad del Estado para imponer sanciones a quienes infringen las conductas ordenadas por el propio Estado, como característica fundamental del orden jurídico y, a su vez, como la base para la consecución de la seguridad jurídica para la convivencia, como fin del derecho.

El riesgo de este orden de ideas es que tal interpretación del derecho puede desviar el interés natural del orden jurídico de un estado de derecho democrático, interesado en la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros del grupo social como base de su seguridad jurídica, hacia una concepción distinta. que si bien puede seguir afirmando el objetivo de la seguridad jurídica, como también de otros fines, como los relacionados con el equilibrio social, la paz social, el orden público, sin embargo, de entenderlo a partir del primario interés del propio Estado para hacer respetar el cumplimiento de sus mandatos, en la idea de que no puede permitir que sean violadas sus normas sin la debida respuesta punitiva en aras de la salvaguarda de su autoridad soberana, es decir. del interés del Estado en la salvaguarda de sus propias decisiones que derivan de su potestad punitiva, como objetivo directo fundamental del derecho, en nuestra opinión implica el peligro de observar disminuido y postergado el interés de protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, base de su derecho democrático libe

ral. Con independencia de reconocer el acierto y la relevancia del contenido coercitivo del derecho que, naturalmente, no se puede perder, a riesgo de trastocar su naturaleza vinculante, que es el otro ámbito fundamental que constata la fuerza de su vigencia y consecuente eficacia.

En nuestra opinión, por esto, ambos aspectos exigen ser respetados y cumplidos, dentro de un equilibrio que no puede ser otro que el de las características del estado de derecho que definen a un país y que, en el caso de México, supone la presencia de un estado de derecho democrático y liberal.

A nuestro parecer, a partir de la ecuación "A debe ser B y si no es B será C", como base de la estructura lógico normativa, se afirma tanto la función de relación social y de regulación de la conducta del derecho, como también su característica de coercibilidad, que implica la potestad punitiva del Estado que, como tercero tiene a su cargo la expectativa punitiva.

En síntesis, si bien es inobjetable la estructura lógica de la norma que se describe, el problema se presenta en el alcance equívoco que ofrece el desvío en su interpretación, cuando se trastoca el interés en la definición y regulación de la conducta social deseada para la salvaguarda de bienes jurídicos de las personas miembros de la sociedad, en que ejerce su vigencia y fuerza vinculante la ley, para sustituirla por el solo interés del Estado, en cuanto estructura del poder, en relación con su potestad punitiva, lo que lleva a confundir y trastocar el sentido de la ley, entendiendo su cumplimiento o incumplimiento por parte de la sociedad civil, sólo como el presupuesto para el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, lo que naturalmente desnaturaliza el sentido del derecho y abre una puerta falsa a los autoritarismos.

En resumen. a nuestro parecer, una y otra situaciones son relevantes y fundamentales. Los contenidos preceptivos o prohibitivos de la norma sólo se explican en función de la protección de los bienes jurídicos que salvaguardan el interés de los miembros de la comunidad como base fundamental de la convivencia. A la vez. es también fundamental el entendimiento y reconocimiento de la potestad punitiva como autoafirmación del Estado, en cuanto estructura del poder legítimamente establecido y que, en el campo penal, se traduce tanto en la facultad legislativa para crear la ley penal (los tipos delictivos y las penas), como, también en la facultad para atender el proceso de verificación que determine la existencia del delito en los casos concretos e individualice a los responsables concretando su grado del reproche, para ejecutar las penas legalmente procedentes. Por esto, con razón, se afirma que la pena es autoafirmación y auto constatación simbólica del Estado.

Uno y otro conceptos son fundamentales y deben ser tomados en consideración en la concepción de la estructura del derecho; pero, asimismo, las posiciones extremas en uno y otro sentido plantean. Cada unas consideraciones Y problemas que no pueden ser pasadas por alto: en un sentido. si bien es evidente que el derecho se explica y se justifica como forma de regulación de la realidad social que permita la convivencia. Y en tal sentido, apunta la relevancia de la concepción de un estado de derecho democrático y liberal, cuyo objetivo tiene que ser el bienestar de los miembros de la propia sociedad; por otra parte, tal concepción del derecho no tendría viabilidad ni posibilidad de aplicación si no se viera apoyado por la fuerza vinculante que implica la expectativa de la coercibilidad penal. A su vez, en sentido opuesto, es evidente que el solo extremo de la característica de la coercibilidad de la ley penal, así sea la expresión de la potestad punitiva del Estado, no es suficiente para explicar y fundar el contenido normativo mismo del derecho penal.

Por razón del expuesto, entendemos que la doctrina penal se ha apoyado, preferentemente, en las posiciones monistas y dualistas de la norma, sobre todo en la segunda, por considerar que autorizan el más fácil acercamiento del derecho con su contenido social. a la vez que con el contenido valorativo de la norma, posibilitando, por lo mismo. El análisis más preciso y garantizador que ofrece el estudio de los presupuestos y elementos de la estructura del delito, a partir del tipo o precepto de la norma, con las valoraciones que implican, como asimismo de las diversas valoraciones que le son independientes, pero que también son relevantes para el derecho penal, y que a su vez no siempre son fácilmente identificables, como acontece, sobre todo en relación con las causas de justificación, cuyo fundamento es el permiso derivado de la propia ley penal, o de otra ley del orden jurídico general, o bien de otras fuentes, como ocurre también con las situaciones que generan la inculpabilidad de la persona, por no ser responsable. por su falta de conocimiento acerca de la antijuridicidad de su hecho o por no ser exigible otra conducta, todo lo cual, en síntesis, sólo acredita el contenido social del derecho.

Atento a esto, la doctrina penal en los distintos países de formación jurídica latina, de cultura occidental europea en general se perfila en el orden de ideas que se menciona. Por esto también en Alemania. el estudio del derecho penal se ha visto desarrollado preferentemente en la línea de la Escuela Sudoccidental de Baden pronunciada hacia la teoría de los valores, vía a través de la cual se ha procurado acercar el contenido valorativo del derecho y. por su conducto, se ha facilitado el acercamiento a su contenido social. más que en la línea del formalismo jurídico.

El formalismo del pensamiento neokantiano perfilado en nuestra cultura jurídica, sobre todo en términos del pensamiento de Kelsen, con el desarrollo de su teoría pura, a nuestro entender implica un esencial avance para la ciencia del derecho, con su precisión conceptual del universo normativo caracterizado por el "deber ser". A la vez, sin embargo, en términos de lo expuesto, la interpretación de la teoría no debe llevar al extremo formalista que impida u obstaculice el acercamiento del derecho con su contenido eminentemente social. Para el derecho penal, por esto, el modelo metodológico más adecuado, será el que facilite su estudio en su contenido de relación social que parte de la regulación de la conducta social deseada, el cual, por lo mismo, es, también, el que resulta ser garantizador para la sociedad civil y para el justiciable y, por tanto, el que resulta ser más acorde con un derecho penal liberal. Naturalmente, es, asimismo, el que en su metodología dogmática jurídica penal autoriza el estudio estratificado del delito, con su possibilitación para el análisis de sus elementos estructurales (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a partir de la conducta típica, o los que resulten del modelo sistemático que se siga). No parecen ser suficientes, por esto, los extremos del neopositivismo jurídico lógico que pretende analizar y atender todo el estudio del delito en el estricto ámbito lógico abstracto, el cual, si bien ofrece importantes avances para el análisis formal de la ley, permitiendo la mayor precisión en el análisis del tipo, así como también en la superación del lenguaje, aprovechando las ventajas de la lógica simbólica. a la vez, es evidente, también, que es un modelo que parece presentarse como insuficiente en su metodología para atender el estudio del contenido social del derecho, cometido para el cual el modelo estratificado de la teoría general del delito, con la teoría de la persona responsable y la teoría de la pena, vinculadas con el contenido político criminal del derecho, parece presentarse como el más adecuado,

V. LA ESTRUCTURA DE LA NORMA Y LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO PENAL

Algunos de los estudios relacionados con la norma jurídica que han impuesto un avance importante en su conocimiento, son los relativos a su estructura y a la estructura del sistema jurídico mismo.

Particular relevancia, guarda en este sentido el pensamiento de H.L. A. Hart, quien observa que el derecho aparece integrado por un conjunto de reglas que se interrelacionan en un proceso complejo de obligaciones y autorizaciones. Para demostrar su acierto ejemplifica con el juego del cricket, haciendo referencia a las reglas del mismo. Así, observa que estas últimas básicamente implican una directiva al árbitro

para que señale cuándo se da un punto a favor o bien una falta, con lo que naturalmente no se logra comprender cuales son las características generales del juego. Concluye, así, que si se analizara de igual manera el orden jurídico general, aparecería que todas las reglas están orientadas a través de una estructura formal que impide conocer el verdadero contenido y sentido del derecho como orden de relación social para la convivencia. Con esta observación, naturalmente, resultan cuestionados los formalismos jurídicos.

Otros estudiosos, a su vez, se han ocupado, también, de la estructura del sistema jurídico desde la perspectiva de su carácter como proceso de comunicación y lo han apuntado como la característica esencial del mismo. y que interacciona en el seno social. Afirmación, ésta, que guarda relación tanto con la estructura de la norma como con la estructura del sistema jurídico mismo.

Así, respecto de la norma penal, a manera de ejemplo, si se hace referencia al delito de homicidio, a partir de la existencia de un tipo penal que lo previene como delito, se observa que, inevitablemente, en su estructura se plantea un ámbito dialogal o dialéctico que implica una necesaria comunicación entre quienes participan en el hecho previsto por la norma, es decir, existe un sujeto "A" que priva de la vida a un sujeto "B" y existe, asimismo, un sujeto "C" que tiene a su cargo la expectativa de aplicación de la pena para el caso de que se cometa el delito. Esto significa que en la estructura de la norma jurídica misma se da este contenido de comunicación social, el cual, contemplado también desde la perspectiva del sistema jurídico en general, implica una amplia y compleja red de interrelaciones de comunicación entre los miembros de la comunidad social, a partir de la regulación de las conductas y resultados previstos en la ley como delito, y que, en suma, suponen la realización de conductas prohibidas o abstención de mandatos, con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos de otros, con la presencia inseparable de la expectativa punitiva a cargo del Estado, en relación con la imposición de la pena, dentro de su complejo de relaciones en que naturalmente, también, se presentan no sólo los deberes, sino los derechos de quienes participan en esa compleja red de interrelaciones.

El derecho, en consecuencia, es un complejo dialogal de comunicación social que tiene sentido en función de su objetivo de seguridad jurídica, a partir de la protección de los bienes jurídicos, de los individuos.

El derecho, en síntesis, implica una estructura de comunicación en que interactúan afectantes, afectados y el órgano a cargo de la potestad

punitiva que tiene la expectativa de imposición, unidos todos en función del objetivo de regulación social para la convivencia.

La estructura de la norma y del sistema jurídico, naturalmente, repercute en el contenido de la teoría del delito, básicamente, en el campo de la tipicidad este recoge las características de dicha estructura normativa., con sus elementos objetivos, valorativo y subjetivo en el análisis de atribuidad de la conducta típica al tipo. Pero también aparece recogida en la antijuridicidad y en la culpabilidad.

VI. ORIGEN DE LA NORMA PENAL

En relación con el origen de las normas, principalmente se planteando orientaciones:

La teoría del consenso y la teoría del disenso o del conflicto.

1. Teoría del consenso

La teoría del consenso, señala que las normas jurídicas en general implican un orden normativo que es aceptado por la mayoría de los mandos de la sociedad, razón por la cual aún habiendo disentimientos, son aceptadas en la medida en que implican la representación de la voluntad general o mayoritaria.

2 . Teoría del disenso o conflicto

La teoría del conflicto reconoce que en el seno social existen opiniones diferentes en pugna, las cuales luchan para alcanzar sus respectivos objetivos.

Algunos observan que por razón de la piramidación del orden político jurídico y de las características de la estructura de poder conformada en el estado de derecho, tales diferencias, en última instancia, serán ventiladas en el seno de los cuerpos parlamentarios no en los grupos reales de poder. En síntesis, la legitimación de la norma, en cuanto a su origen, aparece resuelta sea a través del orden de ideas que estima la presencia de un acuerdo generalizado, o bien por vía de la legitimación que deriva de la existencia de grupos en conflicto, pero que, a fin de cuentas, se ven en la necesidad de llegar a un acuerdo, a una conclusión única, dentro de las características del sistema democrático y representativo y republicano en que se estructura el estado del derecho moderno.

De lo expuesto, vale tener presente que la norma penal no es un acto solo, simple, del Estado, sino que implica siempre un juego de voluntades, no necesariamente uniformes, pero que aparecen legitimadas, en última instancia, a partir de alguno de los criterios señalados. Esto permite concluir que el orden jurídico representa un conjunto de valo

raciones que son el resultado de un compromiso social y político. Esto, naturalmente, conlleva a la afirmación del contenido esencialmente político que tiene el orden jurídico.

Las teorías del consenso están vinculadas con las teorías sociológicas de la unidad cultural, cuyo origen lleva a Durkheim Y posteriormente a Merton, a afirmar la existencia de un acuerdo cultural acerca de los fines socialmente propugnados, lo que, a su vez, fue cuestionado por la teoría de la diferenciación que reconoce la presencia de culturas desarrolladas al margen de la cultura general; pero que, en lo general, han aceptado la existencia de un acuerdo cultural generalizado y que, en el campo de la criminología llevó a la afirmación de la denominada "conducta desviada", a su vez favorecida por las posiciones del peligrosismo positivista, desde la perspectiva sociológica que, posteriormente, cuestionó seriamente la escuela de Chicago de la unidad cultural.

A su vez, la teoría del conflicto reconoce que en la sociedad existen manifestaciones culturales diferenciadas Y así surge la teoría de la asociación diferencial de Sutherland que, partiendo de la desorganización social derivada de las pautas culturales diferenciadas, llega al reconocimiento de otras formas de criminalidad no reconocidas por la ley penal. con lo que dio base al estudio de la criminalidad de cuello blanco y después, también, a la de cuello dorado.

Como también se manifiesta la teoría del interaccionismo simbólico que entre otras de sus características reconoció el "etiquetamiento" o *labelling*, el cual ve en la persona del criminal un producto del proceso de criminalización que se va desarrollando desde las primeras manifestaciones de la desviación social de la persona, frecuentemente desde su juventud, y que lo va etiquetando y perfilando precisamente como desviado social. Estas teorías, en fin, aparecen vinculadas con el funcionalismo y el interaccionismo.

CAPÍTULO QUINTO
EL DERECHO PENAL OBJETIVO II
IUS POENALE: LA PENA Y LA PUNIBILIDAD

SUMARIO: I. Concepto y evolución conceptual. II. Teorías que fundamentan la pena. 1. Teoría absoluta de la pena. 2. Teorías relativas de la pena. a) Teoría de la prevención general. b) Teoría de la prevención especial de la pena. c) Teoría mixta de la prevención. 3. El concepto de la pena en sentido moderno. III. Momentos en el análisis de la pena. IV. Sistema de penas. (Penas y medidas de seguridad). 1. Sistema unitario. 2. Sistema plural. V. Legislación penal mexicana.

I. CONCEPTO Y EVOLUCION CONCEPTUAL

El segundo ámbito fundamental de la ley penal es la pena. Hemos señalado que la ley penal se integra de precepto y sanción, lo que en la semántica específica del derecho penal se recoge bajo las expresiones tipo y punibilidad.

La pena es la concreción de la punibilidad y su contenido concreta y refleja todo el sentido y alcance del derecho penal.

Junto con el precepto y la sanción, la responsabilidad que se concreta en el reproche de culpabilidad, completa el tríptico que conforma al derecho penal.

Para algunas posiciones doctrinales, la punibilidad es parte del contenido de la norma, en tanto que para otros, es su consecuencia lógico jurídica, pero independientemente de ella, según lo he señalado en el capítulo precedente. Indistintamente de la posición que se adopte, la punibilidad, como la pena misma, es el ámbito que convalida la vigencia de la norma y del derecho mismo, ya que ella depende su carácter vinculante. La sanción, en su binomio punibilidad-pena, implica el segundo ámbito fundamental de la ley penal.

La congruencia en el derecho exige la congruencia en la orientación político criminal en los contenidos de la norma y de la pena. Debe existir correspondencia y cabal congruencia entre éstos, de aquí que sea necesario, para el entendimiento del derecho penal, conceptuar y precisar el contenido y sentido de la pena de la misma manera como ha sido

necesario precisar el contenido de la norma, en la exposición del capítulo precedente.

Al atender el estudio del contenido de la norma, observamos que sólo se puede entender a partir de los fines del derecho. De aquí la importancia de vincularla con su contenido ético social en función de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad, como base de la seguridad jurídica, a su vez vinculado con el objetivo de la convivencia. Lo mismo acontece respecto de la pena. Es necesario conocer la orientación político penal que fundamenta la pena, naturalmente a partir del contenido de los fines del derecho, lo que a su vez, naturalmente, está vinculado con las características del estado de derecho dentro del cual el orden jurídico se manifiesta.

No sería lógico la adopción de políticas penales en relación con el contenido de la pena, orientada en un cierto sentido como podría ser al cabal respeto de los derechos humanos y, por otra parte, que el contenido político penal de las normas, con tipos penales que respondieran a un contenido autoritarista o limitante de las libertades del individuo, incongruentes con el respeto a esos mismos derechos humanos, o viceversa.

En síntesis, en relación con la pena se observa que:

Esta debe estar ideológica, lógica y teleológicamente vinculada con el mismo contenido político criminal de la norma, integrado, ambas, una estructura jurídica única, cada una con su específica función.

Es, acaso, el lugar más propio para la expresión, definición y alcance político criminal del derecho penal. Su contenido debe estar en relación con los fines del derecho, que a su vez está en relación con las características de las estructuras del poder que definen al estado de derecho, regularmente recogidas y afirmadas en la constitución del Estado.

En suma, el estudio del derecho penal exige el conocimiento de las teorías que fundamentan la pena y el estudio de su contenido.

II. TEORIAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA

1. *Teoría absoluta de la pena*

La teoría absoluta de la pena tiene como punto de partida en parte el pensamiento del iluminismo racionalista, del que es especial y claro exponente Kant, quien a partir de sus obras, *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, sobre todo en la última, se refiere a los “deberes de conciencia” en relación con la conducta del hombre, los cuales vincula con su concepción de los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Precisa, así, los primeros, en función de la conducta humana que responde al deber de conciencia, en tanto que los otros

responden a otro tipo de valoraciones o situaciones de circunstancia y oportunidad. En tal orden de ideas, afirma que la conducta del hombre es conforme a los deberes de conciencia, cuando sea tal que lo que quiera la persona para sí, sea válido, igualmente, en sí mismo frente a los demás. Entiende que el hombre es un fin en sí mismo y, por lo mismo, no puede ser medio para la consecución de otros fines, afirmación, ésta, que habrá de tener particular relevancia en su concepción de la pena.

Atento a esto, el concepto de la pena absoluta se sostiene sobre la base de entender que la pena se explica y se justifica como fin en sí misma. Así, la pena es respuesta y retribución a la lesión causada con el delito, razón, esta, que la explica y la justifica en sí, toda vez que al “mal del delito” le corresponde como respuesta social el “mal de la pena”, que, por tanto, a su vez, debe estar en relación con las características y el grado del delito cometido, con lo que en la concepción de la pena absoluta se afirma, también, la base del concepto de la pena justa, toda vez que el límite de la misma está fijado por el límite de la afectación causada.

Con posterioridad, Hegel retoma el concepto de la pena absoluta, sobre la base de su concepción filosófica idealista, derivada de su afirmación de que “lo real es lo racional y lo racional es lo real”, que a su vez hace suya la afirmación Platónica de que “lo único real son las ideas”. Hegel, afirma, así, sobre la base de su concepción trágica de la razón y del universo, su dialéctica, de sentido eminentemente dinámica, con su concepción filosófica de la “tesis, antítesis y síntesis”, cuyo antecedente primario aparece en la escuela mileta, griega, sobre todo en el pensamiento de Heráclito. En este orden de ideas, afirma, así, en relación con la pena, que “El delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, con lo cual se afirma la validez del derecho”, toda vez que la negación de la negación produce la afirmación de la idea, según confirman las proposiciones de la lógica. A su vez, afirma, también, que el grado de la pena está en relación directa con el grado de la afectación causada por el delito, en observación similar a la formulada por Kant y que lleva a la concepción de la pena justa.

Bajo este orden de ideas, para este autor, en la base del derecho están la racionalidad y la libertad y, similarmente a como lo afirmara Kant, entiende que la pena es también retribución al individuo que ha cometido un delito en razón de su culpabilidad por el acto. Este concepto, sin embargo, que aparece modificado por la idea de que el Estado debe retribuir con la pena a la conducta delictiva, con el fin de afirmar el estado de derecho mismo. Hegel, como base de su misma concepción filosófica triádica, concibe al espíritu del hombre en tres etapas: subjetivo, objetivo y absoluto, siendo necesario que la persona haya

superado el nivel del espíritu subjetivo, que le permite tomar conciencia de sí mismo, para estar en posibilidad de participar en el nivel del espíritu objetivo, que es el que habiendo superado las vivencias propias, permite, por tanto, la relación social, razón por la cual es el nivel en que se presenta el derecho, en cuanto a orden de regulación de la relación social. En este sentido, si la persona no ha logrado superar el nivel subjetivo, por lo mismo, no puede mantener relación con terceros. Esta es la base para que esta teoría sostenga que las personas inimputables no puedan cometer delitos, lo que obviamente traduce importantes consecuencias en la teoría del delito.

En el mismo orden de ideas, reflejo el racionalismo de la ilustración, en ocasiones unido frecuentemente al jusnaturalismo y al utilitarismo, habrá de expresarse diversos autores señalados como representativos de la así, posteriormente, denominada Escuela Clásica de la doctrina penal, de acuerdo con la expresión que en su oportunidad refiera Ferri, para hacer referencia a todo el pensamiento anterior al positivismo, por el sostenido. Así, Carrara afirma que la pena supone un fin en sí misma, consistente en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, ámbito, este, que evidentemente se semeja al pensamiento Kantiano y hegeliano.

En el mismo sentido de retribucionismo, funda su concepción de la pena, no pocos autores. En tiempos posteriores diversos y en posiciones doctrinales distintas, entre los cuales Binding, (pena es retribución de mal con mal); Mezger (pena es la aplicación de un mal adecuado al hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico); Welzel, en su orientación finalista, ya bien entrado el siglo XX, lo reconoce también como el fundamento de la pena, si bien reconociéndola también en relación con objetivos vinculados con la prevención. Un similar pensamiento se presenta en muchos autores, naturalmente también en la orientación político criminal.

En síntesis, para la teoría absoluta, la pena es retribución. Es causación de un mal, por el mal causado. Por todo ello, tiene la misma naturaleza jurídica de afectación de los bienes jurídicos, lo que permite la gradación de la pena justa, en la inteligencia de que la misma es impuesta en función de que la persona es libre, en tanto que tiene capacidad para autodeterminarse y en base al libre albedrío, puede escoger su conducta distinguiendo entre el bien y el mal. La teoría absoluta retributiva de la pena, guarda relación con el contenido imperativo de la norma, tanto en la línea monista como dualista, a partir de un concepto de Estado que entiende el derecho en relación con fines de orden social.

Crítica. Como aspecto crítico a la teoría de la pena absoluta se ha objetado siempre bajo la consideración de que el hombre es un ser hu-

mano que actúa conforme a sentido y significación social y, por lo mismo, la respuesta social de la pena debe tener en cuenta tal situación, y no ser aplicada como si se tratara de un animal al que simplemente se le destruye o castigue.

Por otra parte, sobre la base del contenido ético social de la norma, la imposición retributiva de la pena aparece entendida como castigo al agente por haber violado la norma y, en tal sentido, como fin en sí misma, cuando siendo una persona capaz, podía y debía haber actuado conforme a derecho. El objetivo fundamental es, entonces, el orden social y el orden público y, así, aun cuando se afirme como fin del derecho de la seguridad jurídica, esta aparece derivada de un concepto que se relaciona con el orden público y social, ámbitos, estos, que tienen relación con la presencia de un estado fuerte, ideológicamente delimitado por las características en que se afirme su estado de derecho, pero que también puede ser base favorecedora para la presencia de un Estado autoritario.

Se observa, asimismo, que si bien da base para la afirmación de un concepto de la pena justa, que tiene la ventaja de delimitarse por la culpabilidad del acto, lo que implica un elemento garantista objetivo, que en y al sentido impida el exceso en el ejercicio del poder, sin embargo, al no establecer límites en la imposición, lleva a la apertura de penas que no se limitan por el principio de la dignidad de la persona humana, que es uno de los principios fundamentales del estado de derecho moderno, democrático y liberal, que reconoce el respeto a la persona como fin y límite del Estado mismo.

A la vez, en la pena absoluta, el contenido ético social de las normas, aparece desde perspectivas que los reconocen como valores absolutos, en tanto que previstos por la ley, lo que aleja la perspectiva de observar al derecho como un orden no solo de regulación de la conducta social, sino, asimismo, como un ámbito característico y fundamental de la relación social, que significa la necesidad de tener en cuenta las características de esa relación social, impidiendo observar a los valores como absolutos, sino siempre como valores relativos, en relación con las características históricas, culturales, y sociales en que se dan y que dan sentido al contenido al derecho, en la inteligencia de que lo que se busca es, precisamente, su eficacia en la realidad social. La conceptualización en base a valores absolutos impide valorar la situación de la realidad social que es aquella para la que precisamente existe y debe de funcionar el derecho y, por lo mismo, aleja al derecho del hombre inmerso en su realidad social.

2. Teorías relativas de la pena

Frente a las teorías absolutas se presentan las teorías relativas de la pena orientadas en el sentido de la prevención general o de la preven-

ción especial, y cuya característica común de diferencia respecto a la pena absoluta, deriva de que esta última aparece entendida como el solo castigo aplicado a la persona por haber actuado en forma contraria a lo que la ley ordenaba, sin que tenga mas fin que ese mismo. En las teorías relativas, en cambio, el fundamento de la pena aparece en el sentido de reconocer de que la misma si persigue un objetivo específico; es decir, que no se le entiende como el castigo por haber actuado mas, sino buscando, con la imposición, un cierto objetivo específico, que en la prevención especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la prevención general aparece dirigido al grupo social en general, si bien en algunas posiciones doctrinales se reconoce también un contenido dirigido a la persona a quien se aplica, aspecto que se pronuncia en la línea de la prevención general positiva.

Debe tenerse presente que si bien es mas evolucionado el concepto de la pena que reconocen en estas teorías, vale tener presente, asimismo, que, aunque sea rudimentariamente, las concepciones que admiten tal contenido teleológico o fin social específico a la imposición de la pena, aparecen en el pensamiento de todos los tiempos, lo mismo en los albores de la humanidad ya civilmente constituida, como es ejemplo el Código de Hammurabi, hace cerca de 5,000 años, como también en el pensamiento de la Grecia clásica en el siglo v. a. C. en las cuales se perfilan expresiones que permiten observar que se reconoció el interés preventivo de la pena.

a) *Teoría de la prevención general*

El principio de la prevención general aparece emparentado con el contenido utilitarista del pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII, siendo básico el pensamiento utilitarista de Bentham, en cierta medida recogido también por Feuerbach, por Lardizabal y Uribe e, incluso por el propio Beccaria, quienes reconocen el contenido de utilidad social que debe ofrecer la pena.

Las teorías de la prevención, mas que ocuparse del fundamento de la pena, se ocupan del fin de la pena. el interés se centra en la función y la finalidad de la pena. ¿Cuál es el fin de la pena? ¿Para que se impone? ¿Que se busca con su imposición? La respuesta a tales interrogantes son la respuesta al fundamento de la pena.

La pena prevención general se orienta hacia el objetivo de evitar la nueva comisión de delitos, de una manera general. Entiende a la ley penal y a la pena, como vías a través de las cuales la comunidad social, representada por el Estado, logre evitar que se cometan delitos y como, naturalmente, no es posible evitar que se cometa el delito que ya fue cometido, el contenido de tal fin aparece reflejado hacia el interés de

evitar la comisión de futuros comportamientos delincuenciales, por lo que su acción se dirige a toda la comunidad en general, en la que también se engloba a la persona que cometió el delito.

El efecto preventivo general de la pena, a nuestro entender, comprende tanto el efecto preventivo general de la ley penal, es decir, la coercibilidad de la norma jurídica penal o amenaza de pena prevista en la ley para quien la infrinja, lo que confirma su contenido dirigido a todo el grupo social, como, también, el efecto preventivo general dedicado de la imposición de la pena misma que constata la amenaza anterior.

En síntesis, por prevención general se entiende fundamentalmente el contenido intimidatorio tanto de la punibilidad como de la pena. Con la amenaza de pena a los comportamientos tipificados como delitos, el estado, desde un inicio, está dando un mensaje a todos los miembros de la comunidad social, en el sentido de que habrán de ser objeto de un castigo o imposición misma de la pena para el caso de que incurran en la comisión del hecho delictivo; mensaje, este, que, a su vez, se ve confirmado u constatado con la imposición misma de la pena. De aquí la importancia de su exacta aplicación y de que se evite la impunidad que implica respecto del caso concreto, lo es también, simultáneamente, respecto del derecho, en cuanto a sistema general del orden jurídico, suponiendo una contradicción con sus fines, es decir, con el fin de la ley penal que implica el fin de la norma y el fin de la pena.

El efecto preventivo general de la pena, así independientemente de su imposición a la persona que cometió el delito, mas que estar dirigido específicamente a ella, aparece dirigido a todo el grupo social en general y la imposición misma de la pena al sentenciado opera como la constatación de la amenaza prevista en la ley y como la confirmación de ese contenido preventivo general de la pena.

El contenido de la pena prevención general es, así, el de la intimidación a todos los miembros de la comunidad social, que incluye también al sentenciado, pero solo como elemento integrante de esa generalidad. Esto permite observar que, independientemente de que el contenido y objetivo de la pena específicamente impuesta al sentenciado puede aparecer sustentada en criterio distinto, en tal sentido, solo se suma y no disminuye la validez del criterio anterior.

La prevención general, por otra parte, siempre en perspectiva de la intimidación, ha sido también entendida a partir de la coacción psicológica a los miembros de la comunidad social; criterio este, que fue sustentado por Feuerbach y que, posteriormente, habría de encontrar desarrollo en otros de sus sostenedores, sobre todo como consecuencia del impacto causado por las investigaciones de Freud. Se ha observado, así, que todos los miembros de la comunidad se sienten inclinados a la

realización de comportamientos que pueden estar prohibidos por la ley penal y dicho impulso solo puede ser inhibido, a partir de la certeza que, cada quien, tenga acerca del mal que habrá de sufrir en caso de cometer el delito. Aflicción que siendo mayor que el provecho alcanzado por el comportamiento ilícito supone, consecuentemente, el retraimiento e inhibición psicológico del individuo frente a la conducta criminal y, de aquí, la importancia que tiene el efecto disuasivo de la pena misma y su cabal imposición.

Critica. La teoría de la prevención general ha sido cuestionada, principalmente en base a las razones siguientes:

Por una parte, respecto del contenido general de la prevención se observa que supone la autorización para utilizar al hombre como medio, lo que significa violación al principio del respeto a la persona como fin en si misma. Lo que a la luz de la aguda observación del pensamiento Kantiano resulta ser un serio cuestionamiento. Esta impugnación, a su vez, ha sido contestada, intentando superarla, señalando que el cuestionamiento sería válido si se propusiera la utilización de la persona como verdadero instrumento para alcanzar el objetivo de la prevención general de la pena, pero, en el caso, se trata de una situación diversa, toda vez que la persona a quien se aplica una pena, efectivamente se ha hecho acreedor a ella y, por lo mismo, debe responder en consecuencia por sus actos ilícitos. Esta explicación nos parece convincente en la medida en que el concepto de la prevención general en sentido intimidatorio aparezca entendido de una manera paralela al del fin retributivo de la pena misma, es decir, no niegue el efecto preventivo general de la ley penal y de la pena en si misma, siempre que simultáneamente, el contenido mismo de la pena se sustente en algún criterio que no suponga la utilización del hombre como medio, lo cual si sería acreedor a la impugnación señalada, siendo contrario al principio de incolumidad de la persona que exige sea reconocida y valorada como un fin en si misma.

Se ha cuestionado también el criterio de la prevención general señalando que si la misma aparece afirmada en el concepto de la utilidad, lo cierto es que dicha imposición de la pena es inútil respecto del delito cometido, porque el mismo ya ha sido producido y la pena no pudo impedir sus efectos. Y, por otra parte, respecto de la afirmación acerca del efecto preventivo hacia el futuro, no existe forma de constatar el así denominado efecto preventivo futuro de la pena, cuestionándolo como una mera afirmación especulativa, lo que lleva a deslegitimarla, desde el punto de vista de su objetividad real, en orden a su eficacia.

Se ha señalado, también, que el principio de la prevención general supone la utilización del miedo como base de su sistema de imposición,

lo que lleva a la concepción de un derecho fundado en el miedo a los miembros de la comunidad quema su vez, corre el riesgo de acercarlo a sistemas jurídicos fundados en terror, aceptado solo por los autoritarismo, independientemente del signo o color político en que se afirmen.

No pasa desapercibido que el contenido de la prevención general aparece vinculado con un concepto retributivo de la pena del que no puede desligarse, toda vez que aun cuando el contenido de la prevención general mire hacia el objetivo de la intimidación general al grupo social, tal objetivo, a su vez, se sustenta precisamente en el efecto retributivo de la pena.

Por ultimo, no define cual ha de ser el criterio a seguir respecto del fin perseguido con la pena en relación con la imposición al sentenciado mismo, es decir, cual es el fin específico de la pena en su aplicación a quien ha violado la ley, ámbito, este, que al no quedar definido, implica un espacio que ha de ser, a su vez, cubierto sea por el concepto de la pena absoluto, o bien por el criterio de la prevención especial. A su vez, este espacio ha procurado ser satisfecho, en épocas posteriores por vía de la línea de pensamiento denominada como la prevención general positiva, orientado, sobre todo por la idea del fortalecimiento de la conciencia del derecho en la comunidad.

b) *teoría de la prevención especial de la pena*

a diferencia de la prevención general, que se orienta hacia el grupo social en general, el contenido de la prevención especial aparece directamente relacionado con la aplicación de la pena a la persona que transgrede la ley.

En su expresión mas elaborada representa la teoría mas reciente de entre las señaladas, sitien recoge antecedentes remotos en la historia de la legislación del mundo.

Las teorías de la prevención especial, al igual que as anteriores, implican una línea única en si desarrollo; abarcan diferentes tendencias cuyo común denominador es la existencia de un interés, con un objetivo específico, en la aplicación de la pena a la persona que ha cometido un delito. Tal objetivo, a su vez, naturalmente aparece vinculado con el contenido ideológico de la concepción del derecho y del Estado recogido en la ley fundamental del país y a partir de ella, con los conceptos que se tengan del delito, del delincuente y de la pena.

Históricamente, después de la etapa critica y especulativa del iluminismo europeo de fines del siglo XVIII, se produjo el inicial interés natural por el estudio de la ley como vía para conformar el nuevo estado de derecho, o que, a su vez, origino, como consecuencia, el proceso de formación legislativa que se dio desde principio del siglo XIX. Como

Reacción a esa etapa se desarrollo la filosofía positivista que favoreció y fue favorecida por el cientifismo que siguió a la revolución industrial en que se dio y culmino el iluminismo. Bajo dicho orden de ideas, interesado en el desarrollo de la ciencia, a partir de la observación y verificación de lo hechos, con base en la experiencia, se traslada el epicentro del precedente interés en la norma, hacia un nuevo eje, el intereses por el delincuente, lo que, a su vez, en el futuro, habría de favorecer el camino del mayor interés por la persona humana, que el delincuente representa. Superada la primero etapa de dicha reacción, concreta en le estudio antropológico y sociológico del delincuente, se reorienta nueva-mente el interés en el estudio de la ley penal la cual, sin embargo, recibe la decisiva influencia del positivismo y de la precedente corriente de la escuela positivista italiana, a través de Ferri y Garofalo, y deja su impronta en el nuevo estudio de la dogmática jurídica de corte causal naturalista, de la que fue el mas claro ejemplo de la nueva escuela político criminal del derecho penal, Franz von Litz.

En este orden de ideas, von Litz fundamenta su concepto de la pena en la idea de la prevención especial que, a diferencia de la prevención general, se dirige específicamente hacia la persona que cometió el delito, fundada en el contenido de la responsabilidad moral y jurídica del hombre. Así, entiende a la pena como una reacción punitiva directamente en contra de la persona que cometió el delito, si bien con una nueva orientación político penal. De aquí el nombre de la escuela, consistente en el interés de procurar, como fin de la pena, la corrección de la persona para el caso del delincuente ocasional como, también, frente al incorregible, la posibilidad de la respuesta punitiva orientada hacia la represión, neutralización, segregación o eliminación de la persona del seno social; respuestas, estas, que habían sido alguna de las proposiciones del a escuela positiva italiana. Antecedentes de estas ideas correctivas, había aparecido ya, desde algunos siglos antes, sobre todo en Inglaterra, Italia y Holanda, en las “casas de corrección” (ver capítulo de la prisión), como una de las manifestaciones en la evolución operada en el maquinismo, originalmente explotador y con el tiempo, equilibrado, dentro del proceso que llevo a la revolución industrial y, también, después, al periodo frecuentemente referido como etapa de la humanización de las penas.

La línea de pensamiento señalada favoreció la tendencia penal y criminologica conocida como la orientación de la defensa social, la cual ha tenido relevante desarrollo en la perspectiva internacional del derecho penal, de manera que su influencia ha sido considerable todavía en las orientaciones de política criminal de mediados del siglo XX y, aun después, en los pronunciamientos de política penal del a Organización de las Na-

ciones Unidas, reflejada, sobre todo, en los congresos internacionales sobre prevención de delitos y tratamiento del delincuente, celebrado cada 4 años en el foro del concierto de las naciones miembro.

En síntesis, el principio de la prevención especial de la pena es el que vincula a la pena en relación con el sentido de su imposición directamente a la persona que cometió un delito y que, en general, se orienta hacia la “readaptación social”, “corrección o reeducación”, “reincorporación social”, “resocialización”, de la persona delincuente, términos regularmente aceptados o manejados frecuentemente en forma más o menos indistinta, casi como sinónimos, aun cuando en estricto sentido no lo sean, pero que, en última instancia, implican, respecto de la pena, la presencia de un claro interés orientado, más que al solo contenido estrictamente punitivo del castigo, hacia un contenido, que si bien implica siempre una afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, como respuesta jurídica de la sociedad a la afectación por el ocasionada a bienes jurídicos del ofendido, con la comisión de su delito, implica a la vez, el aprovechamiento de tal contenido punitivo, conforme a un fin correctivo, reeducador, adaptador, readaptador y reincorporador de la persona al seno social. Esta línea de pensamiento es la que afirma la “ideología del tratamiento” que, a su vez, responde a un contenido ideológico específico del sistema de control social del Estado.

Este mismo orden de ideas, por otra parte, dentro de las diversas líneas de pensamiento en que se desarrolla, recoge también la distinción entre las personas que responden en base a su capacidad jurídica y moral, mencionados generalmente como “imputables”, y aquellas que no pueden ser responsabilizadas bajo dicho fundamento, regularmente aludidas como “inimputables”. De aquí la división en la respuesta punitiva frente a la comisión de un delito, entre las “penas” y “medidas”. Las primeras vinculadas con su imposición a las personas que tienen capacidad para autodeterminarse y para conducirse conforme con tal capacidad y, por lo mismo, sufren una “responsabilidad personal” por su conducta; las segundas, quienes no teniendo dicha capacidad, cuando cometen una conducta prevista en la ley penal como delito, quedan, por tanto, sujetas a una “responsabilidad social” que, a su vez, se vincula con la “peligrosidad social de la persona” como criterio de la imposición.

La prevención especial representa el importante avance de intentar dar una finalidad al contenido punitivo de la ley penal, respecto a la persona a quien se aplica. Independientemente de esto, debe tenerse presente, sin embargo, que aun ante la presencia de tal objetivo no puede eliminarse el trasfondo retributivo de la pena, derivado de ser ésta, la consecuencia de la comisión de un delito, el cual significa la lesión a un

bien jurídicamente tutelado y, a su vez, implica la transgresión de la ley penal.

En síntesis, por las razones expuestas, el criterio de la prevención especial se desarrolla y modela con el positivismo y, después, con el neojusnaturalismo, espiritualismo y, también, el existencialismo del periodo de la entreguerra y la segunda posguerra mundial, que después del holocausto significaron, favorecieron y fortalecieron el interés por el respeto a los derechos humanos como la *desiderata* central de la orientación política criminal internacional de la segunda mitad del siglo XX. Ésta encontró eco y decidida aceptación general en las legislaciones penales de los diferentes países del mundo, sobre todo en los integrantes del foro internacional de las Naciones Unidas. Tal fue el caso también de México, que incluso, recogió el contenido de la prevención especial de manera expresa en su Constitución atento a lo dispuesto, sobre todo, en los artículos 18, que se refiere a la “readaptación social” y el 22, que incorpora el principio de la incolumidad y de la dignidad de la persona, en relación. A su vez, con los principios que suponen la decisión política fundamental del Estado mexicano, unido a las garantías individuales y sociales que expresamente reconoce.

Critica. Se cuestiona el criterio de la prevención especial, básicamente por las razones siguientes:

Porque la pena, así entendida, puede suponer la instrumentación de la persona para los fines del Estado, lo que lleva al mismo cuestionamiento Kantiano formulado a la prevención general, en la inteligencia de que, en el caso de la prevención especial, la impugnación se basa en que el concepto de “resocialización”, supone una definición acerca de la formación resocializante de la persona a partir de los fines del Estado, lo cual podría implicar la limitación a la perspectiva de su libertad individual, razón por la cual el concepto mismo de “tratamiento” resulta, en este sentido, cuestionado como potencialmente lesivo de los derechos humanos.

La anterior consideración lleva también al segundo de los cuestionamientos: ¿Qué es lo que legitima a una mayoría para obligar a una minoría a la aceptación de sus pautas sociales y a una cierta forma de vida? y, por otra parte, ¿qué es lo que permite a ese grupo mayoritario o, acaso, minoritario, que representa al Estado, para definir la manera en que puedan ser educados los miembros de la sociedad que han cometido delitos, siendo que, en una sociedad, de hecho, coexisten diferentes expresiones de cultura que, conviven y son respetadas? En esta línea de observaciones se apuntan el riesgo de que la definición de las medidas correctivas puede llevar a manifestaciones de autoritarismo. Si se habla de corrección, cabe preguntar: ¿para qué grupo social? Y ¿con

que límites y definiciones? En fin, como se observa, ¿estas consideraciones, a su vez, relacionan con la teorías sociológicas de la asociación diferencial.

Por otra parte, se señalan, también, otros cuestionamientos, lo mismo de fondo, básicamente relacionados con las serias dudas acerca de la eficacia real de la prisión como medio de lograr la readaptación social de la persona, en que son referidas las dificultades prácticas de la prevención especial; y así, se ha observado que no todas las personas que han cometido un delito requieren necesariamente tratamiento, como es el caso de las disidencia ideológicas que frecuentemente se proyectan en tipos delictivos o bien, en el extremo opuesto, el grupo de los “incurables”.

En relación con las personas consideradas como “corregibles” aparece cuestionada la validez de la corrección, básicamente, haciendo referencia a la crítica de la prisión como pena readaptadora, en razón de los siempre discutidos y discutibles resultados que la experiencia penitenciaria ofrece y en donde, precisamente, se cuestiona también la eficacia de la prevención especial, en parte, por las dificultades reales que implica el “tratamiento”, no solo por las razones ideológicas que la fundamentan, de entrada estigmatizantes en su enfoque acerca de la criminalidad, que soslaya la importancia de los procesos de criminalización, como, también, por lo altos costos, derivados de los requerimientos técnicos y materiales para la consecución de sus objetivos. Así, las frecuentes insuficiencias y limitaciones físicas de los establecimientos penitenciarios y las necesidades de personal calificado e idóneo, cuestiona severamente su eficacia.

Sin embargo, por otro lado, un juicio justo acerca del alcance de la prevención especial obliga, también, a tener en cuenta la evolución histórica real de las penas que, frente a la grave afectación que supusieron las penas de antaño, con sus penas corporales, infames, rutilantes e inhumanas, caracterizadas por el fin de producir el mayor dolor físico posible, antes de causar la muerte, resultado prácticamente, siempre finalmente convergente, obliga a valorar el fundamental avance que, en este sentido, supuso la pena de prisión, como también, otras penas alternativas, respecto de las precedentes y que reflejaron claramente, sin duda, el alcance de lo que significó el periodo histórico denominado como de la “humanización de las penas”.

Solo teniendo presente, a manera de cuadro comparativo, el panorama de las penas infamantes y corporales precedentes, es posible justipreciar el fundamental avance y evolución del sistema punitivo que históricamente significó la prisión. Y si bien, como con agudeza en su momento apuntó Foucault, la prisión significó la evolución de las penas

físicas a las penal del alma, también es cierto que en tal sentido, la pena de prisión misma ha implicado una fundamental evolución, tanto respecto del panorama penal precedente, como, también, en su rigidez y manifestación, como pena de prisión misma.

Por esta razón, aun reconociendo la verdad de no pocos de los cuestionamientos hechos a la prevención especial y, a su crítica en torno a la prisión, como una de las formas de su manifestación más evidentes, además de frecuente, es evidente el enorme avance que en su momento supuso en la búsqueda de fórmulas que siendo punitivas, es decir, una reacción social del Estado frente al delito, lo que naturalmente exige una cierta forma de aflicción y de afectación en los bienes jurídicos del sentenciado, precisamente como consecuencia de que este ha causado la afectación de bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, violentando los principios de la seguridad jurídica indispensable para la convivencia, es indudable que tales consideraciones debe aparecer presentes en la valoración que suponen las formas punitivas. Esto significa que, hasta en tanto sean encontradas otras formas punitivas más eficaces, debe entenderse que la prisión, como pena, ha sido y sigue siendo la más sólida y fuerte expresión punitiva que fue capaz de sustituir a las penas corporales, infamantes e inhumanas y que, por lo mismo, no puede ser fácilmente eliminada como pena, a riesgo de volver a las etapas de horror, terror, y error precedentes.

Es evidentemente necesario propugnar otras formas alternas y sustitutivas de la prisión, bajo el amparo del principio de la prevención especial y sin demérito del simultáneo reconocimiento a la validez de la prevención general, para que esta última encuentren mayor desarrollo, cuidando de no caer en fórmulas que puedan romper el sentido mismo de la pena, en el sentido de que no es respuesta social de premio, sino de aflicción por la comisión de un delito que afecta al interés social de la comunidad y la seguridad jurídica para la convivencia.

Naturalmente, esto no impide tener en cuenta y valorar lo necesario para ofrecer la respuesta más adecuada en relación con los procesos de criminalización, así como la vinculación del fenómeno de la criminalidad con otros procesos de contenido económico y social que, incuestionablemente, se interrelacionan y, por lo mismo, no pueden ni deben ser soslayadas, como ocurre cuando en los discursos jurídicos o políticos se hacen afirmaciones o planteamientos que se distancian de la realidad característica de las prisiones.

c) *Teoría mixta de la prevención*

Al intentar la explicación del contenido, fundamento y fin de la pena, es frecuente que los autores aprovechen varios de los criterios re-

feridos en relación con cada una de las teorías señaladas, mismos que ponen en juego de manera conjunta para explicar la pena, no siempre con resultados armoniosos.

Así, es frecuente que se una el criterio de la prevención general con el contenido retributivo de la pena absoluta; igualmente, el contenido retributivo de la pena absoluta, con el contenido de la prevención especial. Otras posiciones admiten el contenido preventivo general de la pena en relación al grupo social en general, y el contenido de la prevención específica, en relación con el contenido de la pena respecto de la persona a quien se la impone. Así, diversos de los cuestionamientos formulados a las teorías de la pena han procurado ser superados a través de la incorporación de aspectos de los citados criterios.

Por otra parte, también se ha desarrollado el concepto de la “prevención general positiva”, que se diferencia de la concepción ortodoxa, basada en la función intimidatorio, en que afirma que, a través de la imposición de a pena, el contenido de prevención general debe ser entendido en el sentido de fortalecimiento de la conciencia del derecho. Otra línea de pensamiento de la prevención general positiva se orienta hacia un contenido funcionalista, en el sentido de que, el cumplimiento de ésta, afirma el cumplimiento cabal de la validez del derecho y la confianza en la norma, vinculando dicho objetivo con la necesidad de la autoconstrucción del estado, a su vez delimita por su estructura democrática liberal.

Otras orientaciones, intentando superar las críticas tanto a la prevención general como a la prevención especial, afirman la importancia de recoger el contenido de la pena a partir, precisamente, de la afirmación de las características que defienden el estado de derecho que las previene. Así, la definición de un Estado democrático y liberal que reconozca a la persona en su dimensión individual y social, establece, automáticamente, una serie de limitantes y de objetivos específicos que, naturalmente, habrán de reflejarse en las características de la pena y en su imposición, la cual tendrá que ser entendida y aplicada solo en función de esta definición constitucional que, por tanto, se establece como límite al entendimiento, sea de la pena prevención general o a la pena prevención general.

Por otra parte, también se han incorporado en las nuevas concepciones de la pena, las consideradas derivadas del entendimiento del derecho como un sistema dialéctico y de comunicación de la relación social, ámbito, este, en que, naturalmente, la pena misma ocupa un espacio específico.

3. El concepto de la pena en sentido moderno

En nuestra opinión, la pena es un elemento fundamental y medular

del derecho, al grado de ser el rasgo definitivo de la propia rama jurídica que, precisamente, se denomina “derecho penal”.

No es posible entender y explicar el derecho penal sin una concepción clara del contenido de la pena que concreta y define las características del orden jurídico, como tampoco es posible entenderlo si no se tiene en cuenta el contenido de la norma como elemento de la definición sobre la regulación de la conducta humana a partir de las diversas valoraciones que recoge el derecho para determinar las bases de su regulación de la relación social. Por esto, uno y otro conceptos, norma y pena, interrelacionados e interactuados, definen al orden jurídico penal, y ambos tienen que responder a una misma orientación política penal que, de no ser así, generaría incongruencias y desarmonías dentro del sistema mismo del orden jurídico penal.

El concepto de la pena está determinado por las características que la sociedad ha convenido en la conformación del Estado, en los términos de la estructura jurídico política recogida en su constitución. Así, la definición del estado de derecho es determinante en la definición de las características del sistema punitivo imperante (*ius puniendo*) y, por tanto, para interpretar la orientación, contenido y alcance de la ley penal.

Un estado de derecho democrático y liberal que reconoce a la persona en su dimensión individual y social, como ámbito medular del contenido de su decisión política fundamental, en la que se recogen, también las garantías constitucionales individuales y sociales como contenido mismo de su afirmación de respeto a los derechos humanos, de entrada establece la delimitación de las características fundamentales de su sistema punitivo y, consecuentemente, del contenido y el alcance de la pena. Esto, a su vez, enuncia el sentido y contenido político de la pena, a través de la cual, el Estado también se define y se afirma.

En este orden de ideas, la pena es autoconstatación del Estado; es afirmación de sus características, y de la filosofía político jurídica en que se afirma. Por esto, con razón, se ha afirmado que la pena es autoconstatación ideológica y simbólica del estado. Naturalmente, el estado ha de autoconstatarse con las características y límites en que aparece definido en su estructura jurídico política fundamental, de aquí que, si se trata de un Estado republicano, democrático y liberal, el concepto republicano del respeto al estado de derecho, como base de la relación social, estará determinado precisamente por la base democrática de derivar de la voluntad de todos, para el bien de todos y con la participación de todos, que es el contexto filosófico y político de la democracia. Y si tal concepción democrática reconoce, asimismo, a la persona como el ámbito medular de la relación social, a partir de la definición de la soberanía originaria del pueblo, es evidente que se está afirmando que

la persona es el eje central de la regulación del estado de derecho y que su condición humana aparece reconocida y respetada en su dimensión individual y social. Es evidente, así, que el orden jurídico tiene como límite una concepción de respeto a los derechos humanos en donde el principio de la dignidad e incolumidad de la persona es uno de los pilares sobre los que, necesariamente, debe ser construido el derecho, sin que el sistema punitivo pueda ir más allá de tal determinación.

La pena, por otra parte, aparece enmarcada, también, en su filosofía, por el objetivo político criminal del derecho, en cuanto un orden de relación social vinculado por sus fines de seguridad jurídica para la convivencia, a partir de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social. En este sentido, la pena tiene que obedecer, también, a estos mismos objetivos que definen el sentido del derecho mismo, a la vez de recoger el contenido de todos los demás elementos señalados que la conforman. Por esto, los límites sea de la prevención general y prevención general positiva, como de la prevención especial, están determinadas por la delimitación filosófica, política criminal y constitucional que hemos apuntado.

III. MOMENTOS EN EL ANALISIS DE LA PENA

En relación con la pena, como observa, Roxin, vale tener presente los diferentes momentos en que se plantea su estudio:

1) *Nivel legislativo*: La presencia de las leyes penales integradas con normas, conminadas con penas para el caso de su incumplimiento, permite observar que, en este estadio, es la prevención general, entendida en sentido positivo, la que define fundamentalmente su contenido.

2) *Nivel judicial*: El concepto de la pena en sentido judicial o jurisdiccional implica la concreción de la autoconstatación del Estado en relación con un sistema jurídico penal, es decir, es en la función jurisdiccional del Estado, del *iuris dicere* en donde se afirma la verdad jurídica, cuando el Estado concreta la autoconstatación de su potestad punitiva, a través de la fuerza vinculante de la pena impuesta por el juzgador. Funciona, aquí, un concepto retributivo garantizador de prevención general de la pena, modelado por los delimitantes de la prevención especial del propio sistema punitivo, en los términos previstos en la constitución y en la ley penal que deriva de aquella.

3) *Nivel de la ejecución*: El tercer momento de análisis acerca de la pena es el de la ejecución, etapa en que la misma se ejecuta por parte de la autoridad generalmente administrativa. Dentro de su ámbito tiene prevalencia el principio de la prevención especial, con un sentido eminentemente terapéutico, en donde el objetivo fundamental se apoya en

los fines de la readaptación y de la reincorporación social útil de la persona a quien se la impone, lo que precisamente implica el discurso penitenciario, apoyado en la ideología del tratamiento.

En resumen, vale observar que la pena, independientemente de las características que adopte en cada uno de los diversos momentos señalados, tiene que aparecer definida de una manera única que englobe todas sus características generales. Así, el momento que por excelencia define la función de la pena es el de la ejecución, que es la etapa en donde debería de cumplirse todas las características que el Estado, en representación de la voluntad social, ha traducido en su concepción de la pena y donde, en su autoconstatación, al momento de imponerlas y aplicarlas, defienden con ello, también, las características de su propia fisonomía política.

Si la pena es autoconstatación y autoafirmación del Estado, tal autoafirmación ah de plantearse, precisamente, dentro de las características que conforman al estado de derecho, a la vez, que debe darse dentro del marco de la realidad social que exige el reconocimiento individual y social de la persona.

Si el derecho se legitima por el objetivo de la convivencia a partir de la seguridad jurídica y del equilibrio social, en función de la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, dentro del marco de la definición constitucional, que en México es la de un estado democrático liberal, republicano, representativo y federal, ese mismo objetivo general, es lo que legitima, también, a la pena y su función. Esto significa que el ámbito medular y básico del derecho en un Estado democrático son los bienes jurídicos; en función de su protección es que el derecho se plantea la revisión continua y dialéctica de los mismos, en la medida en que esa misma salvaguarda significa, precisamente, el proceso de atención y preocupación democrática.

En función de lo anterior, la pena no puede ser observada como un concepto absoluto que se rijan y responda a valores absolutos que, en su abstracción, se aleja de la realidad social, sino que, por el contrario, en función de las características del Estado democrático en que se conforma el sistema punitivo, debe responder a las situaciones de la realidad social en que se presente el delito, lo que significa aspectos diversos relacionados con el grado del injusto y con el grado de la culpabilidad, a partir de la responsabilidad del autor, como base del reproche mismo de culpabilidad, que es el que determina la pena. En su oportunidad serán relevantes, también, otras situaciones que se dan en el proceso de la ejecución de la pena, relacionadas con la persona a quien se la aplica y su capacidad de respuesta frente a la sociedad, du-

rante su cumplimiento, en su proceso de readaptación (artículo 18 constitucional) o reincorporación a la sociedad.

Queda conceptualizado así el contenido de la pena, delimitada a partir de su legitimación como autoconstatación simbólica del Estado y, asimismo, definida su función de su contenido de relación social, en función de la protección de los bienes jurídicos, que obliga a concebirla, necesariamente de manera concreta, en su contexto real social.

Hemos señalado la relevancia de entender el orden jurídico como un orden eminentemente dialogal y dinámico, cuya eficacia esta en relación directa con su función, a su vez determinada por su funcionamiento legitimante en la constitución. En la medida en que hace referencia a relaciones concretas, tiene que delimitar su finalidad y contenido precisamente en ese ámbito de relación. Así, la pena no puede ir más allá de las características que definen a la persona humana, como ser libre y social, que es un fin en sí mismo. Por esto, necesariamente la pena tiene que tener en cuenta tales características, entendiendo que el individuo ha de desarrollarse en un ámbito de relación social dialéctica, en la cual ha de poder hacerlo con las características que lo definen como ser en sí, con su capacidad para autodeterminarse y para actuar conforme a esa autodeterminación, en la consecución de los fines que precisamente se autodetermina. Estos fines, por tanto, tienen que estar vinculados con su capacidad de libertad para ser y hacer lo que quiere ser y hacer (naturalmente dentro de las pautas definidas por la voluntad social que representa el Estado). Para definirse conforme a sus propios objetivos, naturalmente, también entran en juego valores de participación social y de objetivos para atender, superar y solucionar los conflictos sociales, a partir de la *desiderata* social normativa como su marco delimitante, que lo mismo vale para la definición del contenido y fin preceptual de la norma, que para determinar el contenido y fin de la pena.

La pena, así, no debe ser un elemento que coarte al individuo en su capacidad de búsqueda y alcance de su espacio social, sino, por el contrario, un elemento, promovido por el Estado, justamente a la consecución de dicho fin.

Esta concepción de la pena, que toma en cuenta como delimitante medular el valor de la persona humana, considerada en su relación social, supone la superación del concepto estrictamente punitivo de castigo que, a su vez, se vinculaba solo con un sentido retributivo talonial sin más límite que la sola responsabilidad por el mal causado. También supone la superación de aquellas posiciones que se orientan a la sola idea de evitar la lesión futura de bienes jurídicos, fundadas en los extremos del peligrosismo que, en la preocupación de su objetivo, olvida la importancia de la seguridad jurídica y medida del principio de legalidad.

En síntesis, el concepto de pena que se refiere toma como base el concepto de la persona como ente capaz, que vive en la relación social y que, por lo mismo, debe estar consciente de la importancia de superar conflictos sociales como base de la convivencia.

El concepto que se define de la pena armoniza con un concepto de “derecho penal de alternativas”, cuyo punto de partida es el entendimiento de que la pena de prisión (la más extendida en su aplicación en el mundo) supone solo una alternativa, de entre varias otras, la cual es válida en tanto que supone la aceptada y deseada por la voluntad social.

Si el derecho penal es un orden de regulación de la relación social, lo que interesa es el éxito y eficacia en el desarrollo de esa relación social y, por lo mismo, si en el campo específico penal, hacia adentro, aparece alguna otra forma específica de respuesta punitiva, con las características de la finalidad señalada, es obvio que queda abierta la posibilidad de su aprovechamiento, la que naturalmente deberá ser bienvenida si es útil y sirve para la solución de la situación del conflicto y ayuda a superar los inconvenientes que puedan plantear las formas punitivas tradicionales. A la vez, también, hacia fuera, el derecho penal se rige por el principio de la *ultima ratio*, lo que significa, que implica la última de las oposiciones posibles, por lo cual no debe entrar en juego, mientras existan otras alternativas mejores para dar solución al conflicto social, lo que naturalmente implica la solución por otras vías jurídicas, no necesariamente penales.

Esto significa que un derecho penal de alternativas exige que la intervención del Estado aparezca siempre suficientemente justificada, como límite de esa intervención y, por lo mismo, como garantía para la persona frente a la autoridad del Estado. La intervención punitiva, por esto, está deslegitimada cuando existan otras vías adecuadas y suficientes para satisfacer las necesidades del conflicto social, lo que, a su vez, apunta el carácter eminentemente dialéctico y dialogal del derecho penal.

Esta exigencia para el Estado, de propiciar las posibilidades alternas de solución a las situaciones de conflicto que genera el derecho penal, implica la necesidad de que el propio derecho tenga en cuenta la conveniencia de no obstaculizar e, incluso, alentar las posibilidades de una relación más actuante y eficaz entre el que cometió el delito y la víctima y ofendido que son, precisamente, las partes en conflicto o partes del drama social, de cuya participación y satisfacción, deriva, de una manera directa e inmediata, la posibilidad de regular con mayor eficacia la relación de los individuos en el seno social en la solución de su propia con-

flictiva, lo que, naturalmente, puede acontecer, si demerito de traducir, en su caso, el contenido punitivo que fuera necesario, como el otro aspecto fundamental de la autoconstatación del Estado.

Síntesis: La pena, en orden a su fin de prevención especial y, también, de prevención general positiva, observa los siguientes características generales.

No puede consistir en ningún impedimento físico, como pudieran ser las mutilaciones, las penas infamantes, corporales, la pena de muerte, la relegación o el destierro. El límite de este principio, en su caso, se observa en la prisión impuesta sin más objetivo básico que el impedir la libertad como castigo, o las penas excesivamente largas, que sólo se explican a la luz de la pena absoluta, pero que invariablemente resultaran cuestionados por la prevención especial, e incluso de la prevención general positiva, a menos de afirmar dichos conceptos, en su concepción más primitiva, no delimitada por los principios definitorios del *ius puniendi*, atento a los principios de la legalidad e incolumidad de la persona y en base a la definición de la decisión política fundamental del estado de derecho democrático y liberal. En suma, la pena tiene un fin orientado a motivar el comportamiento de la persona y el impedimento material no lo motiva sino lo impide de donde su contenido, por definición, supone un obstáculo a la autonomía ética de la persona.

La prevención especial no debe consistir en un tratamiento correctivo, reeducador o resocializador que pretenda observar al hombre como una persona disminuida o cadenciada en sentido moral, ético, médico o social. Debe ser observada, por el contrario, como una persona con plena capacidad jurídica, a la cual se le respeten los derechos que suponen su dignidad humana, afectando sólo los que supongan la imposición de la pena en sí; lo que significa, el respeto a sus derechos humanos.

La pena debe autorizar una pluralidad de soluciones que permitan la elección de la que pueda ser más adecuada a las características de la naturaleza de la situación de conflicto como, también, a las características de la persona.

El tratamiento puede suponer la posibilidad de creación y favorecimiento de hábitos de trabajo, instrucción, fortalecimiento de sus nexos de relación familiar, social o laboral que favorezcan su reincorporación social, con mayores posibilidades de éxito, dentro de su desarrollo en los ámbitos social, laboral o familiar, mismos que, a la vez, fortalezcan en él su toma de conciencia acerca de sus características de persona criminalizada, que le sirvan para fortalecer lo necesario para superar ese mismo proceso de criminalización.

Finalmente, vale señalar que si todo el derecho en general se explica en función de la seguridad jurídica reconociendo en la prevención

general y general positiva el fundamento del contenido coercitivo de las normas, recogido en sanciones que son de naturaleza preparatoria y que constituyen el sentido de la retribución más racional del derecho. En el derecho penal, en cambio, el objetivo de seguridad jurídica, aparece conformada también por el contenido de la prevención especial, que se manifiesta ante la insuficiencia de las características de la respuesta retributiva general en sentido preparatorio; no se trata, por esto, de que las penas del derecho penal, impliquen solo una mayor gravedad respecto de la coercibilidad del resto del orden jurídico, ya que ello llevaría a una distinción ética del derecho penal frente al restante orden jurídico, lo que en sí sería absurdo, sino simplemente, de entender que en el derecho en general, la coercibilidad definida a partir de un contenido retributivo preparatorio, es suficiente para restablecer y mantener el orden jurídico, en tanto que en la regulación del derecho penal tal respuesta resulta ser insuficiente, lo que hace necesaria la coercibilidad punitiva y tomar en cuenta también el criterio de la prevención especial, constitucionalmente modelada, como delimitador del contenido de la pena, además de la validez de los otros criterios.

IV. SISTEMA DE PENAS (PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD)

Los diferentes sistemas punitivos o sistemas de aplicación de la pena se desarrollan de acuerdo con la forma de imposición de la pena. En general, son dos los sistemas punitivos existentes.

1. *Sistema unitario*

El sistema unitario, afirma que frente al hecho delictivo deben imponerse, respuestas punitivas, apoyadas en solo un fundamento filosófico. Plantea dos vertientes:

I. El sistema unitario de un derecho penal de culpabilidad, que estima que a los infractores de la ley penal ha de aplicarse exclusivamente una pena impuesta como reproche de culpabilidad por su responsabilidad en la comisión del delito. (es la declaración del juez que declara “culpable” o “inocente” al justiciable en la sentencia). Tal reproche o “juicio de culpabilidad” aparece referido a la realización de la conducta delictiva que se individualiza en razón del grado del injusto y el grado de la culpabilidad. A su vez, aparece fundado en la responsabilidad individual y ético social de la persona y delimitado en el principio de legalidad.

II. Una segunda vertiente de este sistema unitario de la aplicación de las penas se funda en el derecho penal de peligrosidad, el cual se afirma que la respuesta social aplicable, denominada como “medidas de seguridad”, debe ser la necesaria para eliminar y neutralizar la peligrosidad que representa el autor. Naturalmente se vincula con un dere-

cho penal de autor, y lleva, en sus extremos, a la aplicación de la pena indeterminada, con base en la responsabilidad social que, naturalmente, tiene también un carácter ético social, si bien en un sentido diferente.

2. *Sistema plural*

A diferencia del sistema unitario señalado, el sistema pluralista en la imposición de la pena, deriva de aceptar y recoger aspectos de una y otra de las posiciones unitarias.

Plantea, así, tanto la posibilidad de aplicación de las “pena”, en función de la culpabilidad, como, asimismo, la posibilidad de la imposición de “medidas” en relación con el contenido de la responsabilidad social y de la peligrosidad.

El contenido doble de la culpabilidad y la peligrosidad, como fundamento de la coercibilidad penal, genera confusiones que no siempre resultan fáciles de solucionar. Así, el solo señalamiento de la expresión “sanciones penales” en la ley, sin la distinción precisa entre unas y otras, deja a la jurisprudencia y a la doctrina la necesidad de precisarlos en base a los criterios y fundamentos políticos penales que observa la propia ley, en relación con la función del *ius puniendo* previsto constitucionalmente.

En el sistema pluralista operan dos formas:

I. El sistema dualista de las penas, que tuvo particular aceptación, en el código penal italiano de 1930, Rocco, que incorporó el sistema de la doble vía o sistema doble, (*doppio, binario*), en donde se acepta la posibilidad de aplicación de penas en función de la culpabilidad y, asimismo, en forma simultánea, la imposición de medidas de seguridad, en función de la peligrosidad manifestada por el autor. Naturalmente, en tratándose de personas sin capacidad de autodeterminación, únicamente podrán ser impuestas las medidas.

II. El sistema “vicariante”, en donde la pena, de acuerdo con las circunstancias puede ser sustituida por la medida, y viceversa, en manera tal que la sanción coercitiva se presenta en una forma “vicariante”, es decir, podrá ser aplicada una o la otra, pero en todo caso siempre será impuesta solo una. La persona, así, a veces será objeto de imposición de una pena y en otras ocasiones de la aplicación de una medida, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Para el caso de la presencia de personas penalmente inimputables, lógicamente solo será aplicada la medida de seguridad.

Por cuanto se refiere al ámbito de las medidas, las leyes de algunos países incorporaron tanto medidas predictuales, como las posdelictuales. Las primeras están caracterizadas por su posibilidad de aplicación incluso antes de la comisión del delito, con el fin de prevenirlo, llevan-

do al así denominado “estado peligroso”, que ha sido generalmente objeto de rechazo y cuestionamiento por parte de la doctrina, por su evidente violación al principio de legalidad, no obstante lo cual algunas legislaciones penales incorporan aun algunos tipos delictivos con esas características, como es el caso, entre otros, de los así denominados delitos de “situación o estado” (Vgr.: prostitucion, vagancia, malvivencia), donde la conducta de la persona es castigada independientemente de que implique la concreta lesión a un bien jurídico penalmente protegido. Por lo mismo, con razón, son regularmente impugnadas por considerarlas contrarias al principio del bien jurídico y, en relación con este, a los principios de tipicidad, de culpabilidad y legalidad.

A su vez, las medidas postdelictuales son aplicadas como consecuencia de la comisión de un delito, sea que se apliquen en sustitución de la pena, caso en el cual estaríamos frente al sistema vicariante, o bien que impongan el caso de la aplicación conjunta de la pena y medida de seguridad del sistema penal plural (caso de la doble vía), o bien, el caso de la aplicación de la pena, pero que resulta incrementada por la aplicación no solo del principio de culpabilidad sino, también, el de peligrosidad en forma excusiva, como serian los casos de la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad.

En un orden de ideas distinto, se hace referencia a la pena unitaria para señalar el criterio de imposición de una sola pena frente al criterio de la pena plural que admite la imposición de varias penas de diferente especie, aplicables en forma acumulativa.

V. LEGISLACION PENAL MEXICANA

Por cuanto se refiere al sistema seguido por la ley penal mexicana, es de observarse que el título segundo del código penal recoge como denominación la de “penas y medidas de seguridad” que, de entrada, define su contenido conforme al sistema plural. A continuación, el artículo 24 formula un elenco de las diversas sanciones que aparecen recogidas en 18 incisos y en donde se señalan taxativamente dichas penas y medidas de seguridad, sin que el legislador defina, en esta disposición o en ninguna otra de las subsecuentes, cuales, de entre esas, han de ser entendidas como penas y cuales como medidas de seguridad. Para esto se hace necesario acudir a la naturaleza de las mismas, en la exposición de Motivo de la ley. (vale recordar que el Código penal mexicano de 1931, no incorporo ninguna exposición de motivos, pero poco después de su promulgación y vigencia fue presentado por Teja Zabre, miembro de la Comisión Redactora, un documento que pretendió serlo y que, según fue señalado, había sido presentado con la anuencia de los demás miembros de la misma comisión redactora).

El artículo 24 recoge las siguientes penas y medidas de seguridad: Prisión. Tratamiento en libertad, en semilibertad y trabajo a favor de la comunidad. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables o de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. Confinamiento. Prohibición de ir a lugar determinado. Sanción pecuniaria. Decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito. Amonestación. Apercibimiento. Caución de no ofender. Suspensión o privación de derechos. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo. Publicación especial de sentencia. Vigilancia de la autoridad. Suspensión o disolución de sociedades. Medidas tutelares para menores y decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Toda vez que el código penal no señala cuales de entre estas deben ser entendidas como penas y cuales como medidas de seguridad, es necesario interpretar su contenido. Toda vez que las penas aparecen impuestas en función de la culpabilidad, fundada en la responsabilidad personal, ético social de la persona, y las medidas de seguridad aparecen impuestas en función de la peligrosidad, fundada en la responsabilidad social, vale entender que el contenido punitivo en sentido estricto, prácticamente encuentra aplicación, en la mayoría de los incisos señalados, salvo los incisos tercero, sobre tratamiento de inimputables y para la atención de quienes tengan el hábito en el uso de drogas, estupefacientes o psicotrópico, y el diecisiete, sobre las medidas tutelares para menores. A la vez, nos parece que observan un contenido que estando fundado en la culpabilidad, sin embargo, parecen recoger rasgos de la peligrosidad, los incisos cuarto, relativo al confinamiento; quinto, relativo a prohibición de ir a lugar determinado; doce, sobre la suspensión y privación de derechos; trece, sobre inhabilitación, destitución o suspensión de función o empleo, quince, sobre vigilancia de la autoridad; y dieciséis, sobre suspensión o disolución de sociedades.

Los artículos 67, 68 y 69 reformados, regulan el tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad y los artículos 65 y 66 en relación con el 84, reformados, se refiere a la reincidencia, ahora limitada en su alcance para el solo efecto de ser tenida en cuenta para efectos de la individualización de la pena, a su vez regulada por los artículos 51 y 52 del código penal. Ha quedado derogado, en consecuencia, el anterior alcance de la reincidencia, como también el de la habitualidad antes directamente relacionada solo con el criterio de la responsabilidad social peligrosa que implicaba un incremento en la duración de la pena impuesta, por el solo hecho de su presencia y no por la culpabilidad de su acto que, en si, supone la imposición de la específica penal inicial para quedar delimitadas como conceptos útiles solo para los efectos de la individualización de la pena.

CAPÍTULO SEXTO
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO I
IUS PUNIENDI: LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

SUMARIO: I. Evolución del derecho penal subjetivo en el estado de derecho moderno. 1. El Estado absolutista y el Estado liberal. 2. El estatismo o Estado intervencionista. 3. El estado de derecho democrático y liberal moderno (Protector de la persona en su dimensión individual y social). 4. Reflexiones sobre el derecho penal del futuro.

I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO EN EL ESTADO DE DERECHO MODERNO

Si el derecho penal en sentido objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídico penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva. (Se habla así del derecho penal objetivo o *ius poenale* y del derecho penal subjetivo o *ius puniendi*).

Nos ocupa ahora el análisis del derecho penal subjetivo o potestad punitiva del Estado. Para atender su estudio, procurando no caer en una perspectiva metajurídica que pudiera suponer un reduccionismo histórico, económico, social o político, vale observar, que la comprensión cabal del tema exige, sin embargo, la necesaria referencia a conceptos que tienen un contenido metajurídico, sin los cuales no es posible entender los rasgos de evolución metodológica, de sistematización y de análisis de los conceptos e instituciones jurídico penales que conforman el derecho actual y de que se ocupa la obra, los cuales son indispensables para explicarlas, precisando su contenido y alcance.

Si el Estado es ejercicio del poder legitimado por el reconocimiento de una sociedad plural, dentro de un espacio determinado, el *ius puniendi*, a su vez, es autoconstatación ideológica y simbólica del Estado, con las características recogidas en su definición constitucional.

En este orden d ideas, es evidente la interrelación entre el derecho penal en sentido objetivo y el derecho penal en sentido subjetivo, entendido, aquel, como el orden jurídico dado; éste, como la facultad del

Estado para establecerlo y aplicarlo. Surge, así, de entrada, la pregunta: ¿el derecho de punir del Estado constituye el origen del derecho penal?, o bien: ¿el derecho penal objetivo origina el derecho de punir? Entendemos que la respuesta es relativa y está determinada por las razones históricas que la definen. Así, cabe pensar que desde el punto de vista histórico, en sus orígenes, sin duda debió ser el derecho penal en sentido subjetivo o derecho de punir del soberano lo que, en su momento, determinó la existencia de la ley escrita o derecho objetivamente considerado; o lo que es lo mismo, cuando no existía un derecho escrito es lógico inferir que correspondía al monarca o jefe de grupo social, el ejercicio de la potestad punitiva, dictando las leyes e imponiendo las penas. La estabilización en la forma de resolver los conflictos sociales, con el tiempo hubo de generar las bases que determinaron la concepción de un derecho penal en sentido objetivo. Una vez creado y establecido el derecho penal en sentido objetivo es de entenderse que, a partir de entonces, correspondió al derecho penal objetivo fijar las bases del derecho penal subjetivo o facultad punitiva del Estado.

En efecto, en el Estado mexicano corresponde a la Constitución de la República, establecer las bases de lo que es el *ius puniendi*. Ahí se delimitan las bases jurídicas de la potestad punitiva del Estado.

Derecho penal en sentido subjetivo es la potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley) para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal).

El entendimiento del derecho penal en sentido subjetivo lleva a la necesidad de comentar la evolución de la concepción del derecho penal hasta su estado actual. Para este efecto, como convención, se adopta como punto de partida el estado de derecho en sentido moderno, que es aquel en el que se da la definición de la nueva legislación penal.

Las características del *ius puniendi*, naturalmente, guardan relación con las características de la estructura del poder que lo ejerce. Con la delimitación señalada en el tema que nos ocupa es decir, la concepción del Estado moderno que se da como consecuencia del movimiento iluminista europeo de fines del siglo XVIII, el derecho observa la evolución general siguiente.

1. *El Estado absolutista y el Estado liberal*

El estado de derecho moderno encuentra su antecedente inmediato en el Estado absolutista que lo precedió, básicamente monárquico, que estuvo caracterizado por la centralización absoluta del ejercicio del poder legítimo en la persona del monarca, dentro del marco de la filosofía política acerca del poder que señalaba Hobbes. En la medida en que era enten-

dido que tal poder provenía de la autoridad divina, razón que explica la importancia que durante esta época y desde la Edad Media tuvo la epístola de San Pablo a lo romanos, en la que aparece el señalamiento de que las autoridades terrenas han sido establecidas por Dios para castigar a quienes obren mal. Este ejercicio absoluto del poder es el que, a su vez, habría de plantearse como el objeto de impugnación de las ideas del iluminismo europeo, caracterizado, fundamentalmente, como un movimiento crítico ideológico racionalista, jusnaturalista y utilitarista, al Estado absoluto que implicó el regular abuso del poder en deprimen- to de la libertades de los miembros de la comunidad social.

Atento a esto se planteo y desarrollo el interés en buscar nuevas vías a través de las cuales se lograra la delimitación de dicho poder que, a la vez, se establecieran como garantía para los miembros de la sociedad frente a la autoridad y con las cuales se creara también el nuevo concepto de la autoridad. Este fenómeno que se da en el siglo XVII y fundamentalmente en el curso del siglo XVIII, a la vez que crítico del Estado preexistente, se orienta fundamentalmente a la concepción y afirmación del principio de legalidad, como, también, del principio de división de poderes, como límites para el ejercicio del poder y, consecuentemente, como garantía para la sociedad en el ejercicio de sus libertades. Naturalmente, el marco de tales ideas tenía que ser la concepción de un Estado democrático y liberal.

Durante la Edad Media la estructura social y económica de los pueblos desarrollados en Europa, formados a la caída del Imperio Romano de Occidente, con el desarrollo de los pueblos formados sobre todo por las migraciones del Asia Central, conformaron una estructura feudal, en parte importante derivada de la repartición de la tierra entre los que habían sido capitanes y jefes administrativos reconocidos por el Imperio y que se afirmó con la presencia del señor, como el dueño de la tierra, y el siervo, como unido a la tierra que trabajaba y a la que hacia producir, bajo el dominio del señor feudal, debiéndole lealtad, tributo y respeto, a la vez que recibiendo de aquel protección frente a las frecuentes invasiones, tanto de otros grupos bajo la autoridad de otros señores feudales, como de las invasiones provenientes de oriente.

Esta estructura social, sin embargo, evoluciona y se modifica al desarrollarse los centros urbanos surgidos como villas y Burgos alrededor de los principales castillos y centros feudales, lo que fue originando una nueva concentración urbana y una nueva estructura económica, que con el tiempo, favoreció una nueva forma de producción urbana que supuso el desarrollo de diversas actividades y oficios lo que, a su vez, fortaleció el desarrollo de una nueva clase social, diferente a las de la aristocrática feudal y de la servidumbre preexistente.

La nueva estructura, favoreció la concentración del capital urbano que rápidamente se fue fortaleciendo, lo que a la vez que origino la concentración urbana y el surgimiento de una nueva forma de poder, simultáneamente ocasiono, también, el debilitamiento de la estructura feudal como una consecuencia natural de las migraciones originadas del campo a la ciudad, lo que debilito la base de la fuerza de la propia estructura feudal, tanto por la afectación en la producción del campo, cuanto por la disminución de los efectos que suponían la defensa y la fuerza de la autoridad feudal.

Durante un espacio que duro varios siglos se produce la transformación de la estructura feudal a la estructura de producción urbana, que llevo al maquinismo, favoreciendo al movimiento conocido como la “Revolucion Industrial”, que alcanzo su culminación en el curso del siglo XVIII.

Naturalmente, tales cambios generaron también modificaciones fundamentales en la nueva estructura social, derivadas tanto de la rápida concentración urbana operada, que, en un principio, se manifiesta como fenómeno de acelerado ascenso en la mano de obra que se oferta en su interés de incorporase al trabajo en la nueva vida urbana y en las nuevas formas de producción, con una insuficiente oferta de trabajo derivada de la aún precaria existencia de fuentes laborales, lo que originó el desarrollo de condiciones de trabajo particularmente inhumanas y explotadoras, pero que, en breve tiempo, ante el rápido desarrollo e incremento de la producción, derivado, entre otros aspectos, del bajo costo de la mano de obra y la consecuente ventajosa y fácil reinversión del capital, se produjo el incremento rápido de la planta productiva, lo que, a su vez, origino un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, así como una mayor atención y mayor equilibrio en la regulación jurídica relacionada que, también, hizo disminuir las condiciones inhumanas de trabajo.

Unido a esto, por otra parte, desde sus inicios, la nueva estructura social urbana origino, como resultado de esa misma nueva concentración urbana, la convivencia en espacios relativamente reducidos de las clases económicamente mas favorecidas con una masa de población en constante incremento, cuyas condiciones económicas eran mínimas, de donde las desigualdades sociales se hicieron más claramente marcadas, fenómeno, éste, que, a su vez, origino la necesidad de generar y fortalecer mecanismos de una mayor vigilancia y control interno urbano, que evitara los fenómenos de violencia, cuyos brotes empezaron a manifestarse afectando sobre todo a la vida, libertad y propiedad de los miembros de aquellas comunidades.

En este marco general se produce la crítica a la autoridad del Esta-

do monárquico absolutista, que había surgido como la estructura de poder que sustituyó a la aristocracia feudal para establecer el orden en ella, pero que a su vez se planteó, paralelamente al desarrollo de la nueva organización social, con los nuevos problemas de la integración urbana, el pronunciamiento de las desigualdades, la manifestación del abuso del poder de esa nueva estructura y, asimismo, de la necesidad de garantizar las mejores condiciones de vida para el grupo social y el respeto a ciertos derechos básicos de la persona. Aspectos, estos, todos, que fueron recogidos en las preocupaciones del iusnaturalismo, ahora fundado en el derecho natural, que a su vez evolucionó de su precedente concepción de origen divino, y en el racionalismo, particularmente en sus afirmaciones inherentes a la condición humana y su naturaleza que encuentran como el mejor cauce para su desarrollo a la tesis del contractualismo, ficción que mejor satisfacía el anhelo social de su tiempo, por lo que sería la base y el crisol en que se produciría el desarrollo y la afirmación de las nuevas ideas que habrían de producir, como resultado, la concepción del nuevo estado de derecho en sentido moderno.

Este movimiento estuvo apoyado principalmente por tres fundamentos filosóficos: el racionalismo, el iusnaturalismo y el utilitarismo.

La concepción de la naturaleza social del hombre aparecía recogida en la Edad media, desde San Agustín, para alcanzar su mayor esplendor, sobre todo, con el pensamiento tomista que recogió y adaptó aspectos fundamentales del pensamiento aristotélico que afirmó la condición eminentemente social del hombre, a partir de su concepto del *zoon politikon*. La misma explicación de la sociedad aparece sostenida también por diversos pensadores del iluminismo, particularmente en el pensamiento de Montesquieu quien continúa afirmando dicha naturaleza social del hombre como, también, en la teoría de la división de poderes base del equilibrio en el ejercicio del poder, igualmente afirmada por Jhon Locke. Surge, así, también, como pensamiento que traduce de manera clara esta expresión crítica de la situación precedente y la búsqueda de las nuevas condiciones que el Estado debe reunir, el pensamiento contractualista del origen social del hombre que de manera clara sostuvo Juan Jacobo Rousseau, su principal exponente, quien afirma que el contrato social es la fuente legitimadora del *ius puniendi*, tanto en su contenido material, como su contenido formal.

Para dicho autor, delincuente es la persona que se coloca en contra del contrato social y, por lo mismo, debe ser observado como un traidor, ya que con su conducta lesiona el compromiso del contrato contraído por los miembros de la sociedad con el fin de establecer las bases necesarias y suficientes para la vida en convivencia.

A su vez, el delito es la lesión al contrato social y, por esto, es que,

Debe ser castigado quien lo comete. La tesis contractual afirma también un contenido eminentemente utilitarista en su concepción, a partir de la afirmación de que el contrato social es suscrito en atrás de la consecución de la felicidad de los hombres; por esto, la pena, a la vez que encuentra su fundamento y legitimación en ser la respuesta a la lesión al contrato social (delito), observa también un contenido utilitarista en los términos señalados.

Aun cuando era evidente que la concepción del contrato social no podía pasar de ser una ficción jurídica, sin embargo, aparecía como una ficción que permitía la respuesta, as conveniente y adecuada a las características de la estructura social en aquel momento existente y que se mantenía en el ejercicio del poder; por la clase burguesa, que suponía la nueva estructura de poder, en constante ascenso, en la medida en que se hacia dueña del capital y de los medios de producción en constante incremento; y, por otra parte, por la clase popular urbana, que estaba representada por una masa fuertemente cadenciada y que se manifiesta como un nuevo grupo social con fuertes necesidades visibles y presentes en la vida urbana, a la que, a su vez, se sumaba el grupo de la masa campesina, considerable en numero, pero que no representaba la presión directa de la nueva clase que ahora tomaba conciencia de su condición de clase trabajadora obrera, exigiendo estatutos y derechos que anteriormente no había manifestado.

Por estas razones, frente a esa realidad social, la teoría del contrato, suponía un conveniente acuerdo, en la medida en que partiendo de la base de que la sociedad misma derivaba de un acto artificial y voluntario de todos los miembros de la sociedad, permitía afirmar, como consecuencia, que si son los miembros de la sociedad los que dan origen a la misma, deben ser esos mismos miembros de la sociedad, los que establezcan las bases de su gobierno, con lo cual se superaba el fundamento precedente del origen divino del poder que había sido aprovechado como la base ideológica de las monarquías absolutas.

Por otra parte, implicaba, también, un pensamiento que, en la medida en que reconocía en la voluntad social de los miembros el origen de la sociedad, por lo mismo, con ello, permitía afirmar que si eran los miembros de la sociedad los que determinaban su nueva forma de vida social, correspondía a ellos determinar en que términos y en que medida se establecía dicho consenso, lo que, como consecuencia, permitía afirmar, ahora, sobre estas mismas bases, una nueva concepción del derecho natural del hombre, entendiendo que existían derechos que el hombre no cede en el consenso, mismos que serán la base de la nueva concesión de los derechos naturales del hombre, antecedente directo

de la orientación actual sobre los derecho humanos, en tanto que otros derechos si son cedidos y limitados en los términos de la leyes, en aras de la coexistencia.

La tesis del contrato encontró el apoyo de los diversos grupos sociales en la medida en que, a partir de la misma, se planteaban las bases de un nuevo estado de derecho, de un nuevo orden jurídico, que satisfacía mejor el interés tanto de una clase productiva y burocrática en ascenso, cuanto de una masa popular que veía en las nuevas ideas una forma de alcanzar un mejor *status* social, con un mayor respeto a sus derechos individuales mínimos, y también de la aristocracia, que entendía que si bien era cierto que tal situación implicaba una limitación a su estructura de poder, a la vez, estaba conciente de que no le sería posible oponerse al nuevo orden de ideas y de que, al menos, lograba mantener no pocos de sus privilegios.

Todo esto explica, el favorable caldo de cultivo que estas ideas generaron en la cultura europea, lo que favoreció el inusitado impacto humanitario de Beccaria con su opúsculo "*Dei delitti e delle pene*", en el que expuso la inhumana situación en que se encontraban sometidos quienes eran acusados o eran sospechosos de la comisión de un delito, o de quienes quedaban sujetos a la imposición de una pena por su comisión, con la característica particularmente cruel, de las penas corporales, infamantes e inhumanas y que, bajo la influencia del Despotismo Ilustrado, tuvo un fuerte impacto en diversas de las monarquías de su tiempo, que modificaron leyes y sistemas punitivos, como ocurrió, entre otros, en Rusia, con Catalina II y en Italia, con el Duque Leopoldo de Toscana.

En el plano racionalista, igualmente tuvo inusitado desarrollo el pensamiento filosófico sobre todo de Kant, que en sus trabajos *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, establece bases fundamentales para el pensamiento racionalista del futuro y cuyo impacto habría de reflejarse en todo el mundo, según lo acreditan no pocas de las afirmaciones del pensamiento actual, en el campo del derecho.

En relación con el derecho, sobre todo en su investigación sobre la razón práctica, plantea importantes reflexiones sobre los deberes de conciencia, en función de los cuales afirma los imperativos categóricos, que distingue de los imperativos hipotéticos, y establece bases que serán relevantes en el estudio de la norma y, por tanto, en el desarrollo del derecho.

Asimismo, en relación con la pena, congruente con su concepción de que el hombre es fin en sí mismo, afirma un concepto absoluto, entendiendo que la pena es, igualmente, un fin en sí misma, como el mal del castigo que resulta por el mal causado por el delincuente, con lo que, a la vez que se aparta de la concepción divina como origen de la

Potestad punitiva, concibe e instituye ésta, como un concepto retributivo, en función del concepto de la soberanía Estado que deriva de la voluntad de los individuos miembros de la sociedad.

En síntesis, el contenido ético social de la pena, en cuanto respuesta social por el delito cometido que, a su vez, implica el contenido ético social de los comportamientos estimados delictuosos, se fija, así, como la base del contenido punitivo sobre el que se construye el nuevo orden jurídico afirmado en la legalidad y en el respeto a la incolumidad y dignidad de la persona, establecido por la concepción racionalista, jusnaturalista y utilitarista del iluminismo, favorecido por el nuevo concepto del estado de derecho en sentido moderno.

Con la nueva estructura ideológica se favoreció la objetivación del orden jurídico con la conformación de un derecho legislado integrado de ordenamientos definidos y concretos, derivados de la nueva concepción del Estado, afirmando en la idea de la tripartición de poderes uno de cuyo ámbitos, el nuevo órgano de poder legislativo, a cuya función se encarga la elaboración de la ley, a nombre de la voluntad social general, vía la representación que implica el nuevo parlamento.

Ya afirmado el nuevo estado de derecho y superada la etapa crítica que supuso la primera expresión del iluminismo, el cientifismo y la filosofía del positivismo, reflejaron, entonces, el interés en la construcción de las bases del nuevo estado de derecho moderno, uno de cuyos aspectos fundamentales estaba representado por el establecimiento del nuevo orden jurídico, sobre la base del principio de legalidad. Sustentado, a su vez, en una estructura política que se reconocía en la democracia republicana y en la representación, bajo el principio de la división de poderes y con el reconocimiento de los derechos naturales del hombre como valores absolutos. De aquí que sea este, precisamente, el periodo de la nueva formación legislativa, en que los Estados recién surgidos en Europa, tanto Occidental como Oriental, conforman su nuevo derecho, uno de cuyos aspectos, a partir del código penal napoleónico de 1810.

El racionalismo, iusnaturalismo y utilitarismo derivado del pensamiento iluminista, después de su etapa crítica con el desarrollo mismo del cientifismo, favoreció la evolución de las ideas jurídico penales de diferentes pensadores posteriormente identificados todos bajo el rubro de la “escuela clásica penal”, sin mas unidad en sus ideas que el hecho de haber representado el pensamiento anterior a las nuevas ideas del positivismo sociológico del Ferri, quien acuñó tal denominación.

Mas adelante, el mismo cientifismo favoreció el positivismo, como expresión científica y filosófica que, interactuando, represento la línea de pensamiento que marco el nuevo avance del pensamiento jurídico: primero, se favoreció el desarrollo de l positivismo antropológico, sociológico y

criminológico que representó la escuela positiva italiana, interesada más en el estudio del delincuente que en la norma. Después, en Italia, la *Terza Scuola* y, sobre todo en Alemania, con la nueva orientación jurídica política criminal del positivismo alemán, en el ingenio de von Litz, a principios de siglo XX, fueron fijadas bases de la nueva dogmática penal. Esta surge con el esquema del “causalismo naturalista” creador de una sistemática que respondió mejor a los principios generales delimitadores del derecho penal moderno, y que, hoy por hoy, es, aún, y no pocos países, base del pensamiento de no pocos autores en el estudio del derecho penal. En síntesis, el nuevo estado democrático liberal, en relación con el derecho penal, dentro del esquema de evolución general de las ideas penales que se refiere, implicó el cambio decisivo por vía del cual el *ius poenale* pasó a ser el punto de partida del *ius puniendi*.

Con la concepción del estado de derecho moderno se crea el derecho legislado que se dirige, no derecho positivo en las codificaciones, una de las cuales es la penal. Asimismo, se establecen las bases de la estructura orgánica fundamental del Estado, a partir de las constituciones, leyes fundamentales, en la que se delimitan y fijan las bases de la nueva estructura del poder, señalando, precisamente, las características del *ius puniendi*.

La nueva conformación del estado de derecho a partir el principio de legalidad, en el campo penal, trajo importantes consecuencias en relación con el objetivo de seguridad jurídica, a partir de la precisión acerca del contenido de los comportamientos que por ser contrarios al interés social, aparecen estimados como delictivos; en relación con la delimitación y definición del contenido de la coercibilidad penal, con la precisión de las penas aplicables a las personas responsables de la comisión de los delitos.

Esto mismo favoreció el desarrollo de la teoría del delito, como una fórmula garantista de análisis y síntesis jurídico penal, en el sentido de señalar, con el mayor grado de precisión ofrecido por la ciencia jurídica, la existencia o inexistencia del delito y la responsabilidad de su autor, como los presupuestos de la imposición de la pena.

También el derecho procesal reflejó la importancia y el alcance de los nuevos principios, en función del principio de jurisdiccionalidad unido a las anteriores, que exigen la certeza en los procedimientos, es decir, sólo es posible aplicar una pena a la persona acusada legalmente de haber cometido un delito, y como consecuencia del seguimiento del proceso de verificación correspondiente, en que sean respetadas las formalidades esenciales del mismo, y, sólo en caso de resultar culpable, podrá ser objeto de la imposición.

2. *El estatismo o Estado intervencionista*

Una vez consolidada la concepción del Estado liberal siguiente al iluminismo, los términos de la exposición precedente, se observó que en la realidad social, económica y política del nuevo Estado, mismo que se había estimado como la forma más perfecta o menos imperfecta de la vida social, se manifestaban diferencias y conflictos diversos derivados de la desigualdad social y económica, en donde, si bien se había afirmado de la igualdad como principio básico del nuevo Estado moderno, está aparecía entendida en el plano político, pero la misma no aparecía apoyada en el discurso de realidad, en los planos especialmente social y económico, lo que generó secuelas de conflictos diversos en la sociedad en su tiempo.

Estas diferencias, expresadas en revueltas y movimientos, llevaron a la necesidad de una mayor intervención del Estado para regular y equilibrar los factores de la producción, en el entendido de que hasta entonces, el estado aparecía con una función que estaba básicamente orientada a la vigilancia y en el orden económico se imponían el principio de *lessez faire, laissez passer*. La nueva intervención del estado, frecuentemente mencionado como “estatismo” como supuso la mayor intervención en los procesos económicos y sociales, favoreciendo desarrollo social y, así, el control se orientó hacia la defensa social.

Corresponde, este periodo, a la etapa en que el mundo de la cultura occidental europea, siente haber logrado establecer finalmente su dominio sobre la naturaleza. Con base en la ciencia, en los avances alcanzados lo mismo en las ciencias exactas que en las ciencias sociales, en paralelo al desarrollo alcanzado en la tecnología, que había permitido notable mejoramiento del bienestar social urbano con los nuevos inventos como el de la máquina de vapor, explican la definición de la época como el siglo de las luces. Es también el periodo histórico en que lo mismo se manifiesta y desarrolla, en la biología, la teoría de la evolución con Charles Darwin, que en la economía política con Kart Marx y Adam Smith, y en el estudio del psicoanálisis con Freud.

Si el estado interviene en los ámbitos económico y social con el fin de equilibrar las cosas que se constituyen en los factores de la producción: el capital y el trabajo; cómo, también, para equilibrar las desigualdades sociales; de la misma manera, se concluye que debe intervenir también el campo jurídico y, concretamente, en el jurídico penal, para enfrentar mejor el fenómeno de la criminalidad al que se pretende enfrentar y estudiar bajo una metodología diferente, causal explicativa, acorde con la ideología científicista del positivismo y no normativa.

Se manifiesta, así como con el positivismo antropológico y sociológico, y

La futura criminología, interés en la persona del delincuente las causas generadoras del delito y su dinámica (criminogénesis y criminodinámica). En la etiología del delito, se procura descubrir las causas que desde el punto de vista físico, biológico, psicológica o social, se manifiestan como factores relevantes en el origen del comportamiento criminoso. Se estudian, así, lo mismo factores morfológico de la persona con los que se intenta explicar al hombre criminal, como frenología (estudio de la frente), que la morfología de la cara, la formación y ubicación de los ojos, las cejas, los pómulos, las orejas, etcétera. Asimismo, se desarrolla la endocrinología criminal, tratando de encontrar correlaciones entre la conducta delincinencial y el funcionamiento de las glándulas de secreción interna. Se procura establecer en las relaciones entre la morfología general de la persona y su carácter: mesomorfos, endomorfos, etcétera y después, también, se procura establecer las correlaciones entre la criminalidad y los factores cosmo-físicos, el día, lugar y hora de causación del delito; la temperatura fría, normal o calida; la lluvia; la altura; como, también, los actores económicos y otros vinculados con el desarrollo social, frecuentemente apuntados como de prevención primaria, (habitación, alimentación, servicios, etcétera). En esta perspectiva se empieza a reconocer, también, la presencia de la sociedad y del estado como factores que deben intervenir a explicar la conducta desviada, prevista como delito por la ley penal.

En este orden de ideas, se pronuncia el interés en el estudio de los factores condicionantes de la criminalidad, que llevan a señalar, en algunos de sus extremos, que el hombre no es, en realidad, moral y jurídicamente responsable, toda vez que su conducta está determinada por los factores biopsicosociales, lo que, a su vez, llevó a la observación y consideración de que si la conducta de las personas con tales características es socialmente negativa, independientemente de que la persona sea o no moralmente imputable, era necesario que respondiera frente a la sociedad por los daños causados a la misma. Por tanto, se generó el nuevo concepto de la responsabilidad social, vinculado a la peligrosidad del autor y, como consecuencia, la nueva respuesta social frente al delito en el sentido de la defensa social, que recogió la nueva concepción de las medidas de seguridad y el concepto de la pena indeterminada, como, también nuevo concepto del tratamiento.

Se desarrolla, así, ley y ideología del tratamiento y el interés en la prevención especial como fundamento y fin de la pena, que implica una mayor intervención del estado en la imposición, sobre la base de fines correctivos, orientados a la reincorporación social de la persona, en la idea de que no sólo la persona es responsable del delito cometido, sino que, en grado mayor o menor, existe, también, una responsabilidad de la

sociedad misma al respecto, es decir, es también responsabilidad de la sociedad procurar lo necesario para que, con la imposición de la pena, pueda la persona ser reincorporada al seno social, como actuante y socialmente positiva.

Ese interés positivista y científista, en sentido físico naturalístico y también social, marcó, como consecuencia, un detrimento en el interés por el estudio de la norma. Este modo, el estudio de la norma fue considerada como un ámbito metafísico, o al menos no susceptible de observación y experimentación física, que fue la razón que llevó a la antropología y a la sociología criminal y, de allí, a la criminología, a su desarrollo. El propio orden de ideas, sin embargo, rompió los límites de la seguridad jurídica derivados del principio de legalidad, con la grave consecuencia que esto representaba para el orden jurídico y social.

Esta situación generó, como nueva reacción, la reorientación de la doctrina penal hacia la línea del interés juricista, lo que llevó al positivismo jurídico, primero de corte causal naturalista, y después, frente a sus cuestionamientos, también el causalismo valorativo, a procurar recoger la firme base del principio de legalidad.

En síntesis, como impronta del estatismo quedaron, sobre todo en el ámbito de la pena, diversos rasgos del sentido y contenido de la prevención especial; la reincorporación, como sanción al delito, tanto de la pena y la medida de seguridad, con la conciencia de que el Estado debe de intervenir de una forma más directa en el sistema punitivo, en función orientar a la reincorporación social del individuo que cometió delito años después, una nueva reflexión sobre estos temas, habría de abrir los cuestionamientos de la criminología crítica, como también en otras nuevas orientaciones penales en el funcionalismo y en la línea político criminal.

3. el estado democrático liberal moderno. (Protector de la persona en su dimensión individual y social)

Entrado ya el siglo XX se operó una nueva reorientación hacia los valores de la persona que implicó una reacción a las manifestaciones del positivismo precedente, que si bien recoge los avances derivados de aquel, por otra parte los incorpora dentro de una nueva visión en el que el concepto de la persona humana aparece revalorada y, como consecuencia, lo mismo se orienta en el sentido un mayor espiritualismo, quien el de un materialismo que intenta reconocer, como valor fundamental, al individuo, lo que llevada al existencialismo.

Estas tendencias, los fundamentales que el hombre aparece reubicado como eje medular de la vida social, lo que favorece el pronunciamiento del interés por el respeto a los derechos humanos que habrá

de identificar el pensamiento y la desiderata mundial, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX.

El pensamiento que se expresa lo mismo en la filosofía espiritua- lista de Bergson, que en las diversas posiciones que se manifiesten en esta época de la primera mitad del siglo, particularmente en el existencialismo y sus aproximaciones, reconocido en Kinkergard, Heidegger, Sartre, Unamuno, Ortega y Gasset, Maritain, Bertrand Rusell o Marcuse, favorecido por el desajuste social presentado con motivo de las secuelas de la Primera Guerra Mundial, en el periodo de las entreguerras, y durante la segunda, que generaron una fuerte desorientación acerca del hombre y sus fines y su ubicación en el seno sociales tal desconcierto confluyeron factores diversos, de origen económico, social, político y cultural, aceptando el equilibrio, la paz y la tranquilidad social, así como la seguridad jurídica, como pudieron ser, además de las conflagraciones mundiales, las grandes afectaciones planteadas en economía mundial, que hicieron clara crisis sobre todo en 1929, para manifestarse después oscilaciones reiteradas en el curso del propio siglo XX, y en donde fenómenos vinculados con el desequilibrio de la economía, con las características de una productividad en constante aumento, frente a un mundo con imitaciones en sus recursos renovables y no renovables, como, también, frente a las desigualdades sociales y económicas manifestadas en una sociedad que habiendo creído encontrar el camino del bienestar social general, donde el hombre o había creído afirmar finalmente su dominio sobre la naturaleza, observaba, en cambio, los mismos problemas de integración.

Esto plantea un panorama claramente diferencia entre las características que adoptó el estudio acerca de posible origen de la conflictiva delincencial espacio entre los países de Europa occidental afirmados en una economía de bienestar general y que, no obstante, enfrentaba problemas serios de conflictiva delincuencia, lo que llevó a la ideología del tratamiento. En los países en desarrollo, como sus mismas características eran caldo del cultivo favorable para las desigualdades sociales y económicas, en su interés por incorporarse a la forma de diga el nivel social de los países más altamente desarrollados, cayeron en la encrucijada ideológica del socialismo marxista, o del capitalismo lo que al no resolver sus necesidades, favorecieron, en la sombra del autoritarismo, oligarquías y militarismo. Y en otros países altamente industrializados fuera de Europa, como el caso de Estados Unidos, se plantearon serias necesidades de integración interna, resultado de las fuertes migraciones operadas en su seno.

En fin, lo mismo las polarizaciones políticas, que los nacionalismos con intereses diversos, llevaron a una primera y poco después a una se-

gunda Guerra Mundial que, como consecuencia de sus afectaciones, originó, a su término, una renaciente preocupación por lograr un mejor orden internacional y por asegurar mejor, el respeto los derechos humanos, lo que originó la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, como nueva estructura organizativa para apoyar el equilibrio político universal, sustituyendo la insuficiencia de la preexistente Sociedad de Naciones, la cual se manifestó garante del interés universal en el respeto de los estados entre sí y del respeto a los derechos humanos de la persona. Esta filosofía política apareció claramente evidenciada con la suscripción de la declaración universal de los Derechos del Hombre, suscrita en 1948, a su vez reafirmada y completada por los diversos instrumentos internacionales que la aplicaron y precisaron, particularmente las cartas de Bogotá de San José Costa Rica y de Tlatelolco, en México, sobre derechos humanos, suscrita en 1968.

Estos fenómenos generales, con respecto a México, se vieron adicionados a su vez por otros componentes locales que conformaron al marco histórico interno del país: el movimiento revolucionario de 1910, expresión desacuerdo y desaprobación frente a la desigualdad social, económica y política inaceptables, que convertía en letra muerta las garantías individuales que había incorporado la constitución de 1857. No obstante el incuestionable desarrollo del país y la elevación del nivel de vida urbana alcanzado durante el Porfiriato, sin embargo, mantuvo e incluso agravó la difícil situación de los campesinos, con la presencia de las compañías de senadora que los desposeyeron de sus tierras, cuando éstas eran su fuente de trabajo y alimentación; además de ser lo único que aún conservaba. Unido a lo anterior, la situación política había llevado al establecimiento de una dictadura, y aún en la línea política del “buen dictador”, llegó este movimiento, el cuadro, una vez superado, mantuvo al país en la inestabilidad política y militar inmediata subsecuente, que sólo alcanzó la base del nuevo equilibrio con la Constitución de 1917. Este instrumento reafirmó el contenido de las garantías individuales reconocidas en la Constitución de 1857, las complemento, no contenido de las garantías sociales, por primera vez incorporadas en una ley constitucional interna de país (la Constitución de Weimar, fue votada en 1919, dos años después), manifestando asimismo, con este marco material de necesidades, exigencias y expectativas, el interés en traducir su reflejo en la realidad y de reconocer tales garantías ya no como valores absolutos, alejados de la realidad, sino como valores relativos que pudieran trascender en beneficio de la realidad social cotidiana. A su vez, la tranquilidad social del país fue alcanzado sólo hasta después de que los diversos grupos de poder, que se habían afirmado

Como facciones postrevolucionarias, se integraron en una estructura partidista que permitió unir y establecer el orden entre los grupos.

En fin, los hechos que se refiere en el panorama mundial, como asimismo los que concretamente se manifestaron en México, propiciaron y favorecieron el discurso mundial y también nacional del respeto de los derechos humanos, dando lugar a que el interés internacional por estos, incrementando sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, encontrara en el país una fuerte repercusión, que naturalmente se reflejó sobre todo en las bases constitucionales del derecho penal y, paulatinamente también en su legislación secundaria sustantiva, adjetiva y ejecutiva. Así, bajo la influencia de un nuevo auge de las doctrinas del derecho natural se fortaleció el respeto al principio de legalidad y, en relación con la pena, se desarrolló esta apoyada en tendencias afirmadas en apenas retributiva, en la línea de la prevención general y, asimismo, en la prevención especial con el interés correctivo y de reincorporación social útil, delimitada por el alcance de los principios de legalidad y de dignidad e incolumidad de la persona.

En síntesis, esta tendencia reafirmó el valor del estado de derecho moderno sobre una base democrática y, con apoyo en ésta, se reconoció el valor de la persona, con el alcance previsto en las constituciones políticas de los países y también las convenciones internacionales.

La concepción moderna del derecho penal intenta ser congruente con el concepto del estado de derecho en sentido moderno y, es por ello que intenta precisar el alcance del *ius puniendi* a partir de los principios fundamentales que se reconocen y definen en las constituciones políticas de los Estados. A partir de ellas se pronuncie el interés por definir los límites de la intervención del propio estado, es decir, los límites de ese *ius puniendi*, en el marco de respetar los derechos humanos y, con esto, se afirman, también, el derecho, como la sólida base de garantía a la libertad individual, y con lo que se perfila un concepto eminentemente garante del derecho, cuyo contenido fundamental es la protección de la persona, reconocida en su dimensión individual y social. Todo esto, en nuestra opinión, hace prevalecer el objetivo de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad civil, como base de la seguridad jurídica que, a su vez, permita el equilibrio social necesario para la convivencia.

En este orden de ideas, está concebido el presente *Derecho penal mexicano*, tanto lo referente a la teoría de ley penal, como en lo referente a las teorías del delito, de la culpabilidad y de la pena. En base a esta línea de pensamiento se apunta la necesidad de reconocer los límites materiales y formales del *ius puniendi* del estado.

4. *Reflexiones sobre el derecho penal del futuro*

Finalmente, como adición última lo expuesto en el presente apartado, relativo al contenido del derecho penal en sentido subjetivo, vale acotar, también, que si lo expuesto el capítulo refleja la concepción del derecho penal a lo largo de los siglos XIX y XX, para concluir perfilando sus características actuales que lo definen como el orden jurídico de un estado de derecho en sentido moderno, democrático y liberal, cuyo discurso político fundamental, ha sido el respeto a los derechos humanos.

A la vez, vale comentar, también, alguno de los rasgos de lo que, en nuestra opinión, ha sido y podrá ser el derecho penal y el sistema de la justicia penal en las postrimerías del siglo XX. Seguramente comentarios del género, formulado en la década de los setentas, aún haciendo referencia una parte importante de las consideraciones y señalamientos que continuación se hacen, habría supuesto, sin duda, un panorama, regido plenamente por la desiderata mundial de los derechos humanos y, sobre dicha base, aún frente a los planteamientos de seria incógnita frente al futuro, en caso de no ser atendidos los problemas señalados, habría ofrecido un saldo de optimismo y de confianza ante los discursos de interés y preocupación respecto de aquellos.

La misma interrogante acerca del futuro del derecho penal y del sistema de la justicia penal del devenir que ahora, casi con angustia se plantea también respecto del futuro de la vida misma, a escasos 25 años de distancia, ofrece un panorama de seria y severa preocupación frente al futuro; no de un futuro lejano como antaño se planteaban reflexiones frente al porvenir, frecuentemente casi en la línea de la ciencia ficción, sino un futuro cercano e inmediato, cuya geometría dinámica, obliga a tener presente que, frecuentemente los avances del presente se ofrecen más acelerados, que las predicciones y ficciones planteadas acerca del futuro.

Como consecuencia de las características conserva el mundo actual, se apuntan señales que pueden llegar a favorecer la presencia de un derecho más rígido que, incluso, corre el riesgo de acercarse a la línea de los autoritarismos, como vía para salvaguardar la estructura jurídico económica, política y social prevaleciente, que, a su vez, se está viendo violentado por la conflictiva característica de la sociedad actual, misma que han ido adquiriendo perfiles de mayor violencia e inconformidad, determinadas por los problemas del desajuste económico, político y social, generando violencia, lo mismo en relación con las nacionalidades, las etnias, las razas y las religiones, que en las reorientaciones de la perspectiva internacional, en que lo mismo se cimbra el mundo frente a la caída de uno de los polos políticos y económicos del

mundo conocido que, asimismo, parece buscar el camino de un nuevo orden internacional, sobre la base del siglo del capitalismo individualista, hasta ahora triunfante, más allá de las fronteras políticas de los países y cuestionando el valor de las soberanías en declive.

El mundo presente, observa características que de no ser corregidas, corren el riesgo grave de traducir irreversibles consecuencias, como lo son los aspectos vinculados con el elevado índice en el incremento demográfico de los países en desarrollo, que en su geométrico incremento exige de mayores satisfactores, que son cada vez más difíciles de adquirir, por su elevado costo y la competencia cada vez más intensa en la adquisición de los empleos. Esto, no obstante el marco de una sociedad perfilada en el seno de la producción y el consumo sin límites ni fronteras, conllevando, con ellas, graves consecuencias en la afectación al medio ambiente, en los recursos naturales renovables y no renovables y en la afectación a los ecosistemas naturales, tan severamente ya afectados y donde discurso político de las naciones es bien distinto del discurso real de atención, propiciándose invariablemente soluciones sólo favorables a los intereses económicos en juego, frecuentemente piramidales en relación con los grandes consorcios transnacionales internacionales que ya inician la conformación de una nueva estructura de interés económico internacional.

La anterior genera, a la vez, una población en constante aumento que se ve marginada y disminuida a los niveles de vida a que ha estado habituando a la vez de ser bombardeada por el intento sistema de propaganda de consumo, propio de los países más desarrollados.

Frente a este panorama, no es difícil intuir las posibilidades de un incremento a los niveles de violencia, sobre todo la urbana y, consecuentemente, como reacción frente a esta, la rigidización del derecho y del sistema de justicia en general, para mantener el orden público y la seguridad; afirmando en el discurso de los principios de la democracia liberal, y del bienestar social, reconociendo derechos sociales que exigen su atención y que como definido discurso político de la comunidad internacional de los últimos 50 años ha proclamado precisamente el respeto a los derechos humanos, individuales y sociales, en una sociedad que sigue siendo nacional e internacionalmente desigual, sobre todo en lo económico y en lo social. Ante este panorama, parecen ser evidentes las señales que apuntan la posibilidad de que en un futuro, que no parece estar demasiado lejano, el orden jurídico se puede mover hacia la protección de la estructura del Estado y de instituciones nacionales e internacionales productoras de bienes y servicios, como fórmula para mantener la convivencia. Es evidente que frente a tal perspectiva que afronta la actual sociedad de producción y de consumo, con las caracte-

rísticas que se apuntan, son en las que actualmente se mueve el mundo, sobre todo en los diferentes polos de desarrollo industrial y económico.

Frente al panorama anterior, es evidente que existen también otras alternativas del sistema de justicia penal y del derecho penal mismo, a partir y que también se dé una respuesta distinta a las variables en juego: atención sería en política demográfica, que disminuya niveles socialmente más congruentes e incontrolado incremento actual; un serio programa de atención social, económica y política, a la vez que rompa con los severos problemas de la corrupción y el desvío, genere una cultura de respeto efectivo a la ley y sus instituciones; que se atiendan políticas de mayor desarrollo social, a la vez de que, se incentive la economía interna sobre bases que impliquen el favoreciendo tanto del desarrollo del bienestar general de la población, como, también, de las instituciones financieras, industriales y empresariales, etcétera. Naturalmente, todo esto exige una política interna firme y decidida en sus objetivos que, por lo demás, está a la vez sujeta a los vaivenes de la política internacional, que, como ha sido señalado, acentuada la influencia de su poder, sobre todo económico, pero también político y social, de manera cada vez más evidente.

En síntesis, ¿cuál es la perspectiva de opción frente a esta? A nuestro parecer, que la sociedad del futuro próximo, más consciente ante el imperio de un problema inmediato e insoslayable, de geométrico incremento y que, por su gravedad, puede incluso ser terminal, pueda reencausar sus intereses, cerrando el espacio entre el contenido de los discursos, con el discurso de realidad correspondiente; controlando los intereses económicos en juego; pronunciando decisivamente su interés científico y técnico a fin de superar las limitaciones con los nuevos satisfactores, a partir, sobre todo, de la biogenética y el vasto campo y como perspectiva hoy por hoy ofrece los estudios sobre la estructura molecular, entre otras posibilidades; el aprovechamiento de las nuevas técnicas como su reciclaje; dando contaminación futura; el fortalecimiento de los recursos naturales renovables; etcétera. Con base a tales argumentos y tantos otros más que ocupan las variables sobre las que se mueve la realidad del mundo presente, aparecen determinadas, en fin, los elementos necesarios para que la sociedad siga existiendo y avanzando dentro del marco del paradigma actual, democrático liberal del derecho que lo concibe a partir de la seguridad jurídica, en función de la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la propia sociedad civil como base del equilibrio social necesario para la convivencia.

CAPÍTULO SÉPTIMO
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO II
IUS PUNIENDI: LOS LÍMITES DE LA POTESTAD
PUNITIVA DEL ESTADO

SUMARIO: I. Límites materiales de la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*). 1. principio de la necesidad de la intervención. a) Principio de la intervención mínima. b) Principio de fragmentación. C) Principio de proporcionalidad. 2. Principio de protección a los bienes jurídicos. 3. Principio de la dignidad de la persona. A) Principio de la autonomía ética de la persona. b) Principio de la incolumidad de la persona. II. Límites formales a la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*). 1. Principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*). a) Concepto. b). Evolución del principio de legalidad. c) Alcance del principio de legalidad. *α. Lex scripta. β. Lex stricta, γ. Lex previa.* 2. principio del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad. 3. principio de la ejecución de la pena.

I. LÍMITES MATERIALES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO
(*IUS PUNIENDI*)

Los límites materiales del *ius puniendi*, son:

- Principio de la necesidad de la intervención.
- Principio de la protección de bienes jurídicos.
- Principio de la dignidad de la persona.
- Principio de la necesidad de la intervención.
 1. *Principio de la necesidad de la intervención*
 - a) *Principio de intervención mínima*

El principio de necesidad de la intervención se perfila básicamente por vía de los principios de *extrema ratio*, de la fragmentariedad y de la proporcionalidad, todos los cuales observan un contenido de carácter material. El sentido del principio de la *extrema ratio*, o última ratio, identificado también como el “principio de intervención mínima”, significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria los objetivos de la convivencia.

Así que sólo el dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria. La regulación jurídico penal implica la coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos, de aquel a quien se aplica, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso.

Se ha dicho, con frecuencia, que lo que caracteriza el contenido de las normas penales es que las mismas representan la afectación a valores, a bienes, de la mayor jerarquía para la persona en la convivencia social. De aquí que, a su vez, la afectación punitiva suponga una respuesta igualmente grave en la jerarquía de los bienes que se afectan al sentenciado condenatoriamente. Esta situación que, en general, responde a la realidad, sin embargo, no es totalmente cierta, toda vez que, en concreto, bien pueden darse casos en donde el contenido de la pena resulten ser menos lesivo del contenido reparator de otras normas jurídicas (Vgr.: un delito puede observar como pena, la pecuniaria de multa por una cantidad de reducida, o bien una pena privativa de libertad de corta duración, sustituible por multa o por trabajo a favor de la comunidad, en tanto que en otro tipo de respuesta del Estado, en ejercicio de su facultad económica coactiva, puede implicar una suma elevada en el pago de los impuestos y recargos; o una sentencia del orden civil, puede, a su vez, ordenar la restitución de un bien o el pago de una indemnización a título de reparación que sea notablemente más elevada que el contenido de la pena pecuniaria impuesta). Por esto, con razón se señala que la característica fundamental que implica el control penal, deriva de la posibilidad del Estado para ejercer, de una manera directa, su potestad punitiva. Esta sólo debe ser empleada cuando otras formas de respuesta social de la norma resulten ser insuficientes y, naturalmente, aquí vale tener presente que esa potestad punitiva puede significar la afectación a los más elevados valores y bienes de la persona, como pueden ser la libertad, el patrimonio o incluso la privación de vida misma.

b) *Principio de fragmentariedad*

En estrecha relación con el principio de la *extrema ratio*, aparece, asimismo, la característica de la “fragmentariedad” del derecho penal vinculada con el principio de reserva de la ley penal. En materia penal sólo pueden ser constitutivas del delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la ley penal.

Así, no es admisible la integración en materia penal, atento a principio de legalidad, a diferencia de otras ramas del orden jurídico, en donde no puede haber lagunas porque las situaciones que no aparecen suficientemente regulados por la ley son integradas con criterios diver-

sos que la propia ley previene, como son los principios generales del derecho, la mayoría de razón, la analogía, la equidad, entre otras vías de lo que la doctrina generalmente refiere como el principio de la plenitud hermética del derecho. En materia penal, en cambio, no puede haber lagunas porque solamente pueden constituir delito las conductas que expresamente aparecen prohibidas u ordenadas por la propia ley penal, es decir, rige el principio de la exacta aplicación de la ley penal o principio de reserva de la ley penal. Esto es lo que constituye el carácter fragmentario del derecho penal.

c) *Principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad, el cual deriva del principio de necesidad de la intervención penal, implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre el tipo delictivo y la pena prevista, es decir, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.

La desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podría ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que la derivada de la afectación misma causada por el delito. (Vgr.: el castigo del robo con la amputación de los miembros del responsable o con imposición de marcas u otras penas infamantes).

2. *Principio de protección a los bienes jurídicos*

El derecho penal existe para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia. De aquí la necesidad de tener a la protección y salvaguarda de bienes jurídicos como límite material fundamental de la potestad punitiva del Estado.

No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo, no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro.

La pena solo se explica y justifica en la medida en que la persona a quien se aplica haya sido responsable y declarado culpable, a título de autor o partícipe, en la afectación de bienes jurídicos de terceros, en relación con conductas previstas en la ley penal como delito.

El contenido de este principio, por esto, frecuentemente se enuncia como “principio de lesividad” o principio: *Nullum crimen sine injuria* que, en su contenido material y objetivo, supone otro límite material a la potestad punitiva del Estado.

El alcance del principio de lesividad a los bienes jurídicos conlleva la necesidad de reconocer al bien jurídico como el concepto medular

del derecho penal, al constituir el contenido de su protección. A reserva de ocuparnos del mismo en su oportunidad, vale observar aquí, en síntesis, que el concepto de bien jurídico evolucionado y nuestra opinión, es fundamental, tanto en relación con la teoría de la norma, en relación con la teoría del delito y la teoría de la pena, toda vez que no puede existir delito ni aplicarse pena, si no existe la lesión o puesta en peligro el bien jurídico protegido. Dicho en otras palabras, no es posible entender el contenido de la norma jurídico penal si no es en función de la protección de bienes jurídicos y tampoco es posible determinar el grado de afectación por la imposición de la pena (culpabilidad) si no es en función del grado de lesión a los bienes jurídicos ocasionados con el delito.

3. *Principio de la dignidad de la persona*

El principio de la dignidad de la persona es otro límite material de la potestad punitiva del Estado.

Alcanza su desarrollo, fundamentalmente, a partir del pensamiento iluminista, que introdujo en la nueva ley penal el reconocimiento a la dignidad de la persona, entendida como valor absoluto, fundado, sobre todo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo. Durante el presente siglo se manifiesta una revaloración de la condición de la persona, siguiendo al impacto del positivismo, perfilando sobre todo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los demás tratados y convenciones internacionales relacionados. Así, por las circunstancias señaladas en anterior apartado de este capítulo, especialmente la segunda mitad del siglo XX, se vio fortalecido el discurso jurídico y político del respeto a la dignidad de la persona como uno de los fundamentos básicos de nuevo estado de derecho democrático y liberal, cuya premisa es el reconocimiento y entendimiento del hombre como fin en sí mismo y, por lo mismo, vértice convergente de la protección jurídica penal.

En México este principio encuentra apoyo en los principios que conforman la decisión política fundamental del Estado mexicano, recogida en la Constitución de la República al tenor de lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 y 49, dentro del marco garante de la persona, en lo individual y social, previsto básicamente en el capítulo primero de aquella, especialmente los artículos 18 y 22 de la propia constitución que, precisamente, recogen el principio de la incolumidad y la dignidad de la persona, que son, a la vez, expresión del principio de la humanidad de la pena.

En síntesis, la dignidad de la persona es otro límite material básico de la actividad punitiva del estado de coma en su alcance, delimita tanto al

principio de necesidad de la intervención penal, como el de la protección a los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, el propio principio acorta el espacio de la concepción de respetar los derechos humanos de la persona en base a valores absolutos, para traducir los a su necesario entendimiento como valores relativos, es decir, relacionados con su aplicación concreta y, por tanto, referidos a la realidad social en que se manifiesta. Así, no es suficiente la mera observación abstracta y general acerca de la vigencia y validez de los valores fundamentales de la condición humana, sino que es necesario, como ámbito fundamental de tal afirmación, que la aplicación de la pena, en concreto, responda, precisamente, a tales principios y que, por lo mismo, su concepción se traduzca en el respeto real a la dignidad de la persona en el momento en que se está aplicando la pena, lo que significa que es, precisamente, en el ámbito de la realidad social donde se debe manifestar la vigencia real del principio de no aplicar una pena si no es con el cabal respeto los derechos humanos.

A su vez, este principio entendido en su sentido de relación social concreta, aparece congruente con el contenido del principio de la lesión al bien jurídico que, naturalmente, a su vez, también exige su referencia a la realidad social, en el entendimiento de que el derecho, en cuanto orden jurídico regulador de la conducta humana es, ante todo, una orden de relación social y de comunicación entre los miembros de la sociedad, precisamente en aras de fijar las bases necesarias para la convivencia. Esto hace necesario la comprensión del concepto del bien jurídico, en el sentido de esa relación social concreta, con lo que, a su vez, se delimita, también, el ámbito más general y abstracto de la necesidad de la intervención penal del estado.

a) *Principio de la autonomía ética de la persona*

El principio de la autonomía ética de la persona supone reconocimiento de la capacidad de autodeterminación responsable del individuo que significa respeto por la propia vida y por la de los demás; lo que obliga a reconocer la salvaguarda de la persona *en sí*, como el valor fundamental, de conformidad con la afirmación Katiana.

El derecho penal debe reconocer tal circunstancia y, por lo mismo, las penas no pueden dejar de reconocer tal característica de la individualidad del hombre. En el país, este principio se observa el reconocimiento a nivel constitucional, de los principios la soberanía del pueblo y de la democracia.

b) *Principio de la incolumidad de la persona*

el principio de la incolumidad de la persona o principio de humanidad, hace referencia ese ámbito de la dignidad humana relativo a

incolumidad física y social, implicando que la pena no puede afectar a la persona por vías que supongan afectaciones físicas a su persona, prohibiendo, en consecuencia, las penas crueles, corporales e infamantes; como tampoco aquellas que lo afectan en su condición de ser social. En este ámbito, si bien no se elimina el reconocimiento de la prisión como pena, la forma punitiva impuesta con la mayor frecuencia, por otra parte sí obliga al trato humanizado de la persona, en el entendimiento de que el cumplimiento de esta pena debe estar orientado la reincorporación social de la persona, estando prohibido los tratos inhumanos, crueles y degradantes, como, también, las penas excesivamente prolongadas.

II. LÍMITES FORMALES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO (*IUS PUNIENDI*)

El límite formal o jurídico a la potestad punitiva del estado aparece recogida, fundamentalmente, por vía de los tres principios siguientes:

Principio de legalidad

Principio de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal

Principio de ejecución legal

1. *Principio de Legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege)*

a) *Concepto*

El principio de legalidad, según he indicado en anteriores capítulos es, acaso, la definición y pronunciamiento más relevante y claro que deriva del pensamiento iluminista del siglo XVIII, que define, de manera precisa, el contenido del estado de derecho moderno.

A la vez que implica la concepción del Estado bajo el principio republicano de la sujeción al derecho, significa la delimitación y precisión jurídica de la función de la autoridad, que evita la arbitrariedad y el abuso del poder. Por esto, unido al principio de la división de poderes, como bases del equilibrio del ejercicio del poder es, acaso, el más importante pronunciamiento derivado de ésta importante revisión crítica de la estructura política y social que constituyó el iluminismo.

En el campo específico del derecho penal significa exacta descripción de las conductas prohibidas u ordenadas por el Estado, como definición de la conducta socialmente deseada. El principio de legalidad aparece articulado con el principio de la división de poderes, en la medida en que es el órgano de poder legislativo, en representación de la voluntad social, al que, como función fundamental, le corresponde la formulación de leyes a través de las cuales establecen la base jurídica del ejercicio del poder, dando curso a la voluntad social deseada.

b) *Evolución del principio de legalidad*

Antecedentes del principio de legalidad, aparecen registrados en la historia de todos los tiempos, si bien alcanza su definición y concepción más precisa sólo hasta la época antes señalada de fines del siglo XVII. Así, desde la legislación de Hammurabi, hace cerca de 5, 000 años, se expresaron algunas ideas que parecían orientarse hacia este principio, como después, también, reiteradamente, en épocas posteriores diversas. De manera más clara, durante la Alta Edad Media fue relevante la limitación que se impuso al rey Juan Sin Tierra, en la Inglaterra del año de 1215, cuando en la *Carta Magna* se recoge la limitación al poder del monarca frente a los barones, en el sentido de que nadie podría ser aprisionado ni despojado de sus derechos, proscrito o destruido, sino mediante juicio de sus pares en base a la ley de su país. Posteriormente, en el año 1649, fue obligado el rey Carlos I, de Inglaterra, a la suscripción de un documento quien autolimitaba el ejercicio de su poder, mismo monarca que posteriormente habría de ser ejecutado precisamente por el incumplimiento de su compromiso.

En este mismo orden de ideas, el principio de legalidad aparece recogido en Estados Unidos, en la constitución de Maryland, en 1776 y, posteriormente, en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1792, después de la revolución en el 1789. Como resultado de estos hechos históricos, el principio de legalidad quedó afirmado con claridad nunca antes igualada. El contenido de la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege*, derivada de expresión que a principios del siglo XIX, enunciara el eminente jurista liberal alemán, Juan Anselmo Ritter von Feuerbach, quien expresara, en 1801, *Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen, nullum crimen sine poena legale* que después quedaría recompuesta en la expresión anterior que ha pasado a la historia, como la fórmula definitiva más clara del principio de legalidad. A su vez, el mismo jurista en el año de 1813 redactó un proyecto de código penal de clara orientación liberal, que incorpora algunas de las aportaciones modernas que hoy siguen inspirando aspectos importantes del alcance de un derecho penal liberal. Esta obra que siendo histórica y cronológicamente cercana al que prácticamente fue el primer código penal en sentido moderno, el código penal napoleónico de 1810, es, sin embargo, diferente de este último, toda vez que éste fue un ordenamiento de corte imperialista, en este sentido, similar a la legislación de Justiniano, cuyo interés fundamental fue la protección del Estado. Esto era así por la razón natural de la etapa de circunstancia política en que se dio, independientemente de sus incuestionable méritos y avances técnicos, además de haber sido importante fuente en el

nacimiento y elaboración de las nuevas legislaciones de la Europa occidental surgidas precisamente a la luz de la nueva concepción del estado de derecho en sentido moderno, concebidas en base al principio de legalidad.

Estos principios, como también los derivados del pensamiento liberal independentista de Estados Unidos abrevado en las mismas ideas, a las que se sumó el ideal mismo de la independencia, habrían de influenciar también los principios de la futura legislación penal en México que, primero a través de la española y, después, en la que el México independiente, recogió, en primer lugar, los principios jurídicos que conformaron las bases del nuevo Estado independiente, en la Constitución Política de 1824, después, sobre todo los principios liberales que como garantías individuales fueron recogidos en la Constitución de 1857, para ser nuevamente reafirmados, con el interés apuntado en su nueva dimensión de garantía individual y social, reflejando el interés en su eficacia real y no sólo abstracta y absoluta, en la constitución de 1917, fundamentalmente en términos de los artículos 14 y 16 de la Constitución, pero asimismo conformados, en el contenido de todos los principios de seguridad jurídica, recogidos del capítulo de garantías individuales de la Constitución de la República.

Posteriormente, a mediados del siglo XX, al término de la Segunda Guerra Mundial, pronunciando el interés en el respeto a los derechos humanos, se suscribe la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el 10 de diciembre de 1948, en donde en varias de sus disposiciones se recogen diversos aspectos de contenido del principio de legalidad, fundamentalmente, en el artículo 2, párrafo segundo, (nadie será condenado por actos u omisiones en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional internacional...), concepto, este, que con posterioridad habría de ser también recogido por la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, que amplió y concretó el contenido de la anterior Declaración Americana los Derechos Humanos, de 1948.

El principio de legalidad traduce su alcance fundamentalmente en tres principios, que regulan, cada uno, un aspecto del específico ámbito de su alcance general, en los términos siguientes:

c) *Alcance del principio de legalidad*

Este principio se manifiesta de tres formas fundamentales:

Ley escrita (*lex scripta*)

Ley estricta (*lex stricta*)

Ley prevista (*lex previa*)

α. Lex scripta

Principio de la ley escrita. (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). No hay delito, no hay pena, sin ley escrita.

Delimita el alcance del derecho penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con una pena, para el caso de su violación. Da base al contenido esencial del principio de reserva de la ley penal, que significa que no es posible integrar la ley penal con la creación de tipos o de penas. Sólo la ley puede crear y no existe más fuente que la ley penal. Otras fuentes serán útiles para la interpretación de la ley, pero no para su integración normativa, como son los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia o la doctrina.

La delimitación que implica este principio aparece relacionada sólo con el contenido de específicamente normativa de la ley penal y no con el contenido de otras reglas que también son propias del derecho penal, como lo son fundamentalmente, la reglas permisivas que, supone la valoración propia de la antijuridicidad, la cual revaloran la conducta típica, al amparo de su contenido, de contradicción con el orden jurídico total, para concluir justificándola y legitimándola frente al derecho en general.

La legislación mexicana recoge este principio en términos de lo dispuesto el artículo 14 constitucional, párrafos segundo y tercero, así como del contenido del artículo 7 del Código Penal, y de lo dispuesto en todos y cada uno de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, en donde específicamente se prevén con las penas y le son aplicables.

β. Lex stricta

Principio de ley estricta (*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*). No hay delito, no hay pena, sin ley estricta exactamente aplicable al delito de que se trate.

El alcance de este principio significa que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforma, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la propia ley penal señala. De entrada implica una delimitación a la integración analógica, en el sentido de que no es posible aplicar por analogía la ley penal.

El alcance de este principio exige su precisión, sobre todo en relación con los denominados “tipos abiertos”. Algunas figuras previstas en la ley penal como delito incorporan la definición de la conducta o com-

portamiento de manera general y abierta, siendo necesario que el juzgador la precise.

Esta necesidad de precisar el texto de la ley, en realidad, se da de manera inevitable en todos los tipos delictivos que justamente por esto requieren ser interpretados para precisar su contenido y alcance. Así, es falso creer que la labor del juez implica sólo una labor de aplicación literal exegetica de la ley; por el contrario, es necesario una interpretación lógica y también teleológica, en donde invariablemente el juzgador debe atender al contenido del texto de la ley, aprovechando los criterios de orientación que derivan de la sistemática seguida, de la exposición de motivos intentan explicar la razón de la ley y del contenido mismo del orden jurídico penal, en función de las características de la potestad punitiva del Estado y su estructura jurídico política en relación con los principios afirmados en la constitución y que, en México, significa la presencia de un derecho penal liberal y democrático que reconoce a la persona en su dimensión individual y social; estos criterios deben orientar la interpretación de la ley penal, en relación con los fines de convivencia, a su vez, a partir de la seguridad jurídica como base de esa y con miras a la salvaguarda y protección de los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad civil.

Algunos tipos penales resultan ser particularmente abiertos y amplios, exigiendo, por tanto, ser “cerrados” por el juez. En cierta medida es también el caso general de los delitos culposos y sobre todo de los delitos de “omisión impropia”, en donde existe la necesidad de integrar el tipo, delimitando, en el primer caso, el alcance del “deber de cuidado”, y en el segundo, la posición garante característica del delito omisivo impropio. Esto es así porque resultaría prácticamente imposible para el legislador prever todas y cada una de las posibilidades que estas figuras plantean y, el pretender hacerlo, llevaría a caer en un casuismo que además de ser siempre insuficiente, lejos de ser una virtud implica un defecto técnico de la ley.

En relación con el mismo tema que nos ocupa, plantean problema también, los denominados “tipos en blanco”, donde el tipo aparece integrado por vía del reenvío a otra ley, con el inconveniente de que, en ocasiones, la norma derivada integradora no siempre reúne las características de ley, lo que naturalmente origina su cuestionamiento constitucional, en orden a su legalidad, precisamente por razón de la violación al alcance del principio de la ley estricta.

En México, en principio de legalidad en lo relativo a la exigencia de la ley estricta, aparece regulado fundamentalmente en términos de lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, como también

del contenido de todo el texto de la ley penal, particularmente el artículo 7 y todas y cada una de las disposiciones que previenen los delitos y las penas, en el Libro Segundo del Código Penal, como también del contenido del artículo 15, que señalar los casos en que existe delito, o bien, existiendo este, entendido en sentido estricto, no obstante, no puede ser responsabilizada la persona agente:

γ. Lex previa

Principio de la ley previa (*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa*). No hay delito, no hay pena, sin ley previa.

El alcance del principio de legalidad en relación con exigencia de la ley previa, significa que para que pueda existir un delito, o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa que establezca el tipo legal correspondiente y la pena aplicable.

El contenido nodal de este principio aparecen conformado con el principio de la irretroactividad de la ley penal que, en algunos países, y tal es el caso de México, aparece completamente con la adición importante de que tal irretroactividad sea en perjuicio de la persona. Esto significa que toda ley y, concretamente la ley penal, invariablemente observa su vigencia si el futuro y no hacia el pasado; de aquí deriva la prohibición a que, situaciones acaecidas con anterioridad a la existencia de la ley, puedan ser reguladas a través de una ley creada con posterioridad al hecho de que se trate, situación, está, que generalmente se enuncia como la prohibición a las leyes y los tribunales *ex post facto*.

La legalidad, en lo relativo a la ley previa, como en los casos anteriores, es garantía forma de seguridad jurídica, también vinculada con la garantía de igualdad, en la medida y que es aplicable por igual a todos, lo que deriva en la certeza de que nadie podrá ser acusado de un delito, ni será posible la imposición de una pena, si tales no se relaciona con una ley que preexista al comportamiento imputado a la persona como delito. Implica, así, un límite a la arbitrariedad, y por lo mismo supone una fundamental protección a la seguridad jurídica de la persona.

El alcance de este principio parece limitado por la aplicación de la ley más favorable al reo, caso del cual si se admite la aplicación retroactiva de la misma. La aplicación retroactiva de la ley más favorable, aparece vinculada con los principios político criminales que sustentan al derecho penal y a la pena. En la ley penal mexicana, el principio de la aplicación de la ley más favorable aparece recogido en términos de lo previsto en el artículo 14 constitucional, párrafo primero, a su vez en relación con lo dispuesto a los artículos 56 y 117 del código penal.

2. Principio de la del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad

Un segundo principio fundamental que se plantea como límite formal a la ley penal, es decir, como límite a la potestad punitiva del Estado, aparece configurada por la garantía de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal, que rige a la legislación penal, implicando básicamente al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal, como límite de la potestad punitiva del estado.

Aparece este segundo ámbito limitativo del *ius puniendi* recogido en el principio: *nulla poena sine iudicio*, que precisamente significa que no hay pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad. En su amplio contenido abarca a todas aquellas disposiciones legales, generalmente recogidas a partir de un fundamento constitucional, en la ley procesal penal secundaria que obligan a que la imposición de la pena a una persona, por el delito cometido, sea consecuencia de un cierto procedimiento que permita verificar y constatar que el hecho de que se trate sea atribuible a un cierto tipo penal que prevenga una pena y que se acredite la responsabilidad del autor, aspecto del cual deriva la posibilidad de declarar el juicio de culpabilidad en contra.

Este procedimiento de verificación requiere formalidades esenciales del procedimiento que se previenen con garantía constitucional (garantía de audiencia, garantía de defensa, etcétera) y que las mismas sean actuadas por funcionarios judiciales que estén legitimados en el ejercicio de su función que tenga jurisdicción y sean competentes para conocer de los casos y, sobre tales bases, cumplir su función dentro del cauce estricto, previsto en los procedimientos señalados en la ley, dentro de los términos y plazos legalmente señalados, so pena de incurrir en responsabilidad oficial o incluso en responsabilidad penal.

Dentro del contexto garantista que implica este límite a la potestad punitiva del Estado, aparecen recogidas todas disposiciones constitucionales, reflejadas en la ley penal secundaria, sustantiva y adjetiva, que precisa su contenido y alcance. En este orden de ideas, el principio abarca las disposiciones constitucionales y legales que estructuran y fundamentan el poder judicial y regulan su función, a partir de la decisión política fundamental recogida principalmente los artículos 40 y 49 de la Constitución Política Federal, que establece principio de la división de poderes; también abarca las bases de la estructura, de la función y del procedimiento de los ámbitos del poder judicial, de la procuración de justicia y de la defensa, como las partes de procedimiento seguido ante el primero, lo que se fundamenta en las garantías de seguridad jurídica previstas en el capítulo de las garantías individua-

les (artículos 14, 16, 17,19, 20,21 y 23), como, también, en los artículos 102, 103 y 107 de la propia Constitución, y en las bases de la responsabilidad oficial y penal relacionada, recogidas en el Título Quinto de la ley constitucional.

Básicamente, las disposiciones legales previstos como garantías de seguridad jurídica en el capítulo primero de la Constitución permiten destacar la garantía de legalidad y las relativas a las formalidades del procedimiento, particularmente regulados en los artículos 14, 16,17, 19,20, 21 y 23. La garantía de legalidad, con las formalidades esenciales del procedimiento, en los artículos 14 y 16; la garantía del procesado, en el artículo 20; las garantías de defensa y audiencia, en los artículos 20, 14, 16; los principios de publicidad y oralidad, en el artículo 20; la función jurisdiccional y la de la procuración de la justicia, en los artículos 17,19 y 21 constitucional; las garantías que previenen el procedimiento con un máximo de dos instancias, con prohibición de la caducidad de la instancia y el respeto al principio de *non bis in idem* o doble enjuiciamiento por un mismo hecho, en el artículo 23; el juicio de amparo, en los artículos 103 y 107 de la Constitución, etcétera. En fin, supone toda una regulación que, en general, se relaciona con la garantía del debido juicio legal, en el sentido de que nadie puede ser afectado sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y con leyes dictadas con anterioridad al hecho de que se trate y en que se respete las formalidades esenciales del procedimiento, sobre la base del principio de inocencia, en el sentido de que nadie puede ser considerado culpable hasta que haya sido probada su responsabilidad, lo que esto lo ocurre por sentencia condenatoria.

Entre las formalidades esenciales del procedimiento se previene que nadie podrá ser molestado en sus propiedades, posesiones o derechos, sino en virtud de denuncia o querrela, referente a un hecho previsto en la ley como delito; dirigiéndose como requisito para el libramiento de una orden de aprehensión por la autoridad judicial, el que se hubiera iniciado un procedimiento, originado por el ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público, en el que se hubieran acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado (artículos 16 y 19 de la constitución); no siendo admisible la prisión preventiva salva en los casos del delito flagrante y de urgencia, respecto de delito declarado grave por la ley penal (artículos 16 y 20 de la constitución, en relación con el 168 el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

A su vez, el alcance de principios del debido proceso, en relación con la función jurisdiccional, está regido por la necesidad que tiene el juzgador para fundamentar y motivar su resolución, lo que significa su

obligación invocar las disposiciones legales que fundamentan su fallo y describir, también, la motivación del mismo, haciendo referencia a los hechos valorados a la luz de los elementos de prueba aportados para acreditarlos y su atribuibilidad al tipo delictivo de que se trate, acreditando la responsabilidad de la persona, fundamentando legalmente y razonando la individualización de la pena, que evite la arbitrariedad judicial (artículo 19 constitucional), permitiendo la imposición de la pena, la cual, por último, a de concretarse respetando límite material y formal derivado del principio de la dignidad e incolumidad de la persona recogido en los artículos 22 y 18 de la constitución que fundamentan el principio de ejecución.

3. *Principio de discusión de la pena*

Un tercer ámbito de los límites formales a la potestad punitivas del Estado aparece recogido en el, así denominado, principio de la ejecución de la pena o principio de ejecución legal, estrechamente vinculado con el principio de la dignidad de la persona en cuanto límite material de la potestad punitiva del Estado, el cual define los límites formales dentro de las que ha de ser impuesta la pena por el juzgador y ejecutada por autoridad competente.

La legislación penal mexicana establece éstos límites a partir de las garantías constitucionales previstas en los artículos 22 y 18 y, en relación con éstos, en las disposiciones recogidas, sobre todo, en la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, en relación con las leyes de ejecución de sanciones existentes en las entidades de la República y del Distrito Federal, y en los reglamentos penitenciarios existentes.

El artículo 22 de la constitución afirma el artículo que prohíbe las penas inhumanas, crueles, infamantes o corporales, así como las trascendentales o contrarias al principio de la personalidad.

A su vez, el artículo 18 constitucional afirma el principio de la readaptación social de la pena como base de su imposición, apoyado en el principio de la prevención especial y, que, en la ley constitucional mexicana, se postula señalando que debe ser alcanzado por medio del trabajo y de la educación.

Asimismo, se establecen las bases del funcionamiento del sistema penitenciario en el país, en el cual deberán ser respetados los principios de la separación entre hombres y mujeres; entre sentenciados y procesados, en el entendimiento de que los últimos están sujetos a una prisión preventiva que no implican, aún, su culpabilidad; y entre menores y adultos, en la inteligencia de que las penas están sujetos a una ley especial que no es el código penal.

Se fijan las bases para el establecimiento de acuerdos entre la Federación y los Estados para el cumplimiento de penas, así como, también, en el campo de la relación internacional. En el artículo 5 constitucional se previene el trabajo forzado, cuyo concepto, en nuestra opinión, aparece reorientado por el espíritu general del *ius puniendi* ni la constitución, particularmente por lo dispuesto a los mencionados artículos 18 y 22. El primero de los cuales precisamente se refiere al trabajo remunerado, dentro de la prisión, como vía de la readaptación. También, como con fundamento en la misma orientación político criminal que se apunta, en relación con estos principios que sustentan la pena, se previene el trabajo como pena, un artículo 27 del código penal que, específicamente se refiere al trabajo no remunerado a favor de la comunidad y el artículo 70 que lo menciona como pena sustitutiva. En resumen, el trabajo como pena puede ser remunerado o no; en el primer caso, la pena en sí, es la prisión regida por el criterio de la readaptación social, la cual debe procurarse, entre otros medios, también a través del trabajo; y el segundo, en que el trabajo si aparece directamente como pena, pero en ambos casos la pena obedece a una fin y no al concepto de trabajo forzado como castigo, sin más fin que el castigo mismo. Por su parte, el artículo 22 se refiere a la prohibición a las personas contrarias de la dignidad del hombre.

Estas disposiciones relativas al principio de ejecución de la pena como, asimismo, las relaciones con el principio del debido juicio legal, aparecen previstas, también, por la regulación internacional derivada de los tratados y convenciones suscritas por el Ejecutivo Federal del Estado mexicano, ratificadas por el Senado. En general son congruentes con el contenido de las garantías previstas en la ley fundamental de México, en la inteligencia de que cuando la regulación internacional resulte ser más amplia que la prevista en la constitución, naturalmente deberá entenderse, también, como ley interna obligatoria para el país, en los términos de lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.

Tales disposiciones de la regulación internacional, relativos al debido juicio legal, se recoge fundamentalmente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: artículo 11, fracción II; retroactividad de la ley penal, en los artículos 6 y 12; legalidad y reserva de la ley penal, artículo 11; extradición, artículo 14 y 4; molestia a la persona, familia, bienes, etcétera, artículos 12 al 16 y 9; flagrancia y urgencia, artículos 11 fracción I, y 9 al 11; prohibición de hacerse justicia por sí mismo, artículo 17; función jurisdiccional, artículos 1, 7, 10 y 11; garantías del procesado, artículos 5, 8, 11; imposición de penas por la autoridad judicial, artículos 10 y 11; prohibiciones a las penas de mutilación, Infa-

mia, marcas, azotes, palos, etcétera, artículo 5; prohibición a la confiscación de bienes, artículo 29.

Otros instrumentos internacionales son el Pacto de Varsovia, la Ley de Extradición Internacional, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y la Carta sobre los Derechos Económicos y Sociales de los Estados, entre otros de los principales.

CAPITULO OCTAVO

EL OBJETO DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. Concepto del objeto del derecho penal. II. Concepto de ciencia y de ciencia del derecho penal. III. Los fines del derecho penal. I. El fin de la seguridad jurídica. 2. El fin de la defensa social. IV. Protección de bienes Jurídicos y protección de valores éticos sociales. (Derecho penal de conducta y Derecho penal de resultado),

I. CONCEPTO DEL OBJETO DEL DERECHO PENAL

I. El objeto del derecho penal aparece regularmente referido en dos sentidos:

Objeto del derecho penal es el conjunto de las leyes penales que lo integran

(Primer sentido).

Objeto del derecho penal es el sistema de interpretación de la ley penal.

Todo concepto o toda idea, para ser conocidos, exigen, como punto; de partida, la de delimitación de su objeto, de conocimiento. Si queremos conocer algo necesario, primero, precisar, qué es lo .que nos vamos a preguntar; esto implica, precisamente, determinar el objeto de conocimiento de la ciencia. Cuando se pregunta acerca del objeto del derecho penal, naturalmente se está preguntando acerca de cuál es su objeto de estudio, qué abarca y cómo está delimitado, cuál es el ámbito sobre el cual se proyecta el estudio del derecho penal, para su interpretación y comprensión.

En síntesis, cuando se pregunta cuál es el objeto del derecho penal, generalmente se contesta que es el conjunto de normas que previenen delitos y señalan penas a quienes las infringen.

El objeto del derecho penal ha ido variando en el tiempo, de acuerdo con el contenido que ha observado, determinado por las características históricas culturales de la sociedad en que se manifiesta. Así, en alguna época, el derecho penal pretendió ocuparse no sólo de la regulación de la conducta del hombre, sino, igualmente, de los daños ocasionados por objetos de la naturaleza o bien por los animales. (*Vgr.:* en

la antigüedad fue costumbre frecuente la destrucción del objeto que había causado el resultado dañoso, lo que implicaba una acción dirigida de manera directa en contra del objeto relacionado con el delito; fue igualmente aceptada la posibilidad de actuar en contra de los animales, cuando éstos hubieran producido el resultado de daño a los bienes jurídicamente protegidos: cuando la muerte de la persona obedecía ala acción de un animal, la respuesta inmediata se dirigía a su eliminación.

Posteriormente, al paso del tiempo fue restringiéndose la delimitación del derecho penal a la conducta del hombre). Solamente los seres humanos, a través de sus acciones voluntarias, pueden cometer delitos y, por lo mismo, pueden ser objeto de la imposición de una pena. Tal aseveración, sin embargo, aún en el presente, aparece frecuentemente cuestionada por quienes observan que si es admisible la ficción de la conducta de la persona moral dentro del derecho civil, no debe haber obstáculo para admitir la misma situación en el derecho penal, obviamente, con una específica forma de respuesta penal.

Existe una segunda concepción de lo que es el objeto del derecho penal. Si en la cátedra observamos que alguno pregunta: ¿qué es el derecho penal? la respuesta inmediata hará referencia a que la materia implica el conjunto de normas que integran el derecho penal, para conocer su contenido y precisar su alcance.

Esto significa que el concepto del objeto del derecho penal se entiende de dos maneras: *a)* Como el conjunto de normas que lo conforman, lo que constituye su universo jurídico total; y, *b)* como el estudio e interpretación de la ley penal. Esta última acepción lleva al concepto de la ciencia del derecho penal que, justamente, implica "el estudio de las normas para llegar a su conocimiento, conforme aun cierto método". En esta segunda acepción, de acuerdo con su específico ámbito de estudio, será posible hablar de la ciencia del derecho civil, o ciencia de la biología, o de la matemática, etcétera, de acuerdo con la delimitación de sus específicos objeto de estudio.

II. CONCEPTO DE CIENCIA y DE CIENCIA DEL DERECHO PENAL

La ciencia es un conjunto de conocimientos que admiten el predicado de verdad. Se caracteriza por suponer un conjunto de conocimientos parciales que son objeto de estudio a través de un cierto método. Es necesario, así, para proceder a su conocimiento, determinar cuál es el ámbito específico sobre el que recae su estudio; esto es, cuál es el objeto de la ciencia. El objeto de la ciencia del derecho penal es su materia de conocimiento; es el ámbito sobre el cual proyecta su estudio, para conocer y comprender su contenido. Abarca, el estudio de las normas.

Todas las ciencias tienen un campo específico de conocimiento: Obviamente, en el caso del derecho penal, ese campo aparece determinado por las normas que lo conforman y que se constituyen en su objeto de estudio. La importancia de su determinación obedece a que permite precisar el ámbito de estudio del derecho penal dentro de los límites que le corresponden, interpretando su contenido de acuerdo con sus fines.

III. LOS FINES DEL DERECHO PENAL

Los fines del derecho penal, también señalados, frecuentemente, como sus objetivos, son las metas propugnadas por el derecho penal. Este fin u objetivo aparece recogido generalmente como el fin de la seguridad jurídica para la convivencia, sobre la base de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos penalmente tutelados de los miembros de la sociedad civil.

Al preguntar: ¿cuál es el fin del derecho? , estamos preguntando ¿cuál es el fin de la norma penal y de la coercibilidad penal? Las normas jurídico penales que integran el orden jurídico general suponen el orden de regulación de la conducta social, vinculado con el objetivo perseguido por el contenido específico de cada uno de los tipos penales. Si todo el derecho en general aparece orientado al fin de la convivencia, el ámbito específico del derecho penal contempla ciertas características que son las que determinan la finalidad específica del mismo. En ese sentido, se han señalado como finalidad del derecho penal, básicamente dos orientaciones:

El fin de la seguridad jurídica

El fin de la defensa social

I. *El fin de la seguridad jurídica*

El objetivo de la seguridad jurídica, como meta del derecho, se entiende a partir de concebir el derecho como un instrumento orientado a posibilitar y fomentar la existencia humana.

Por existencia, se entiende la relación de cada hombre con su ser. Esto significa la posibilidad de cada individuo para elegir lo que quiere ser y llevarlo a cabo. Esto, naturalmente, sólo es comprensible en la vida en convivencia.

El individuo no puede vivir solo; su desarrollo deberá manifestarse dentro de un ámbito social; por esto, existir es coexistir. Y, asimismo, para que el "yo" tenga conciencia de "sí", es necesario que exista un "tú", del cual pueda distinguirse y con el cual pueda, también, identificarse.

Para que pueda darse la vida en convivencia es necesario que exista un cierto orden que debe ser vinculante en sentido ético social. El desa-

rrollo de éste exige la introducción de un orden coactivo que haga vinculante la voluntad social; es decir, es necesario que se definan las conductas socialmente deseadas a través de los tipos penales y que, a su vez, éstas sean conminadas con la amenaza de su punición, que es la que constituye la coercibilidad. En síntesis, es necesario que cada miembro de la sociedad civil tenga la certeza de que los demás se abstendrán de realizar conductas que afecten su posibilidad de existencia. Tal afectación aparece representada por la lesión a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad que, por lo mismo, se constituyen en el objeto del orden jurídico. Por esto, el concepto del "bien jurídico", dentro de la definición democrática del estado de derecho, es la base de la coexistencia, que significa existencia en común, en el entendido que existir es la relación del propio individuo con su ser .

La seguridad jurídica se entiende en un doble sentido:

Seguridad jurídica en sentido objetivo, que significa la protección, en sí, a los bienes jurídicos.

Seguridad jurídica en sentido subjetivo, que significa la tranquilidad y certeza de la comunidad acerca de su posibilidad para disfrutar y disponer de esos bienes jurídicos, lo que, naturalmente, implica un ámbito diferente del concepto anterior, si bien estrechamente relacionado, que se traduce en un aspecto subjetivo en la propia seguridad jurídica.

Lo anterior significa que en relación con el contenido y alcance de la seguridad jurídica; vale tener presente que unido al concepto de la efectiva protección de bienes jurídicos (concepto objetivo), es necesario que, paralelamente, se dé el sentimiento de seguridad jurídica en los miembros de la comunidad acerca de la efectiva protección de sus bienes (concepto subjetivo). La comisión de un delito, en este orden de ideas, afecta siempre de una doble manera. Por una parte, la lesión en sí del bien jurídico penalmente tutelado, que implica el sentido objetivo de la afectación a la seguridad jurídica. Por otra parte, la afectación al sentido subjetivo de esa misma seguridad jurídica, que se traduce en la alarma social que produce siempre el delito.

Estos conceptos de la seguridad jurídica, en sentido objetivo y subjetivo, guardan relación con el contenido normativo de la ley y, también, con el contenido de la pena. Así, si bien es cierto que la pena implica invariablemente una afectación a los bienes jurídicos del autor del delito, por otra parte, tal privación no es arbitraria y sin límite, sino que debe darse dentro de una cierta delimitación (*vgr.*: si para punir un robo de menor cuantía, el grupo social observara como respuesta penal la privación de la vida o la mutilación de sus miembros, seguramente tal afectación causaría una mayor alarma social que la generada por el delito mismo, toda vez que la afectación en los bienes del sentenciado

es notablemente desproporcionada de la afectación causada a la víctima del delito, y tanto una como la otra situación, inciden como factores determinantes de la tranquilidad social, en tanto que una y otras situaciones, son posibilidades en que puede encontrarse cualquier miembro de la comunidad social). La pena, así, no debe exceder del límite que determina el grado de la tolerancia social y cultural que sobre el particular exista, como una garantía de seguridad jurídica para la sociedad,

Así, el grado de la pena impuesta debe implicar siempre un cierto grado de tolerancia sociocultural que necesariamente debe estar en relación con el grado de afectación de los bienes jurídicos de la víctima.

2. El fin de la defensa social

En sentido diverso, la segunda acepción del fin del derecho penal, relativo al contenido de la defensa social como fin del derecho, lleva a la necesidad de definir qué se entiende por "defensa social", y qué se entiende por "sociedad".

Si por sociedad se entiende un ente autónomo, diverso del conjunto de individuos que la integran, de alguna manera similar a la concepción del Leviatán de Hobbes, estaríamos concluyendo la existencia de un ser independiente, sea como un organismo concebido en sentido antropomórfico que, con tal carácter, representara un ente superior e independiente. Para quienes así lo concibieran, se estaría entendiendo a la persona integrante del grupo social sólo como una célula o parte de este último, naturalmente tal concepto favorece la idea de un derecho penal autoritario.

En sentido diferente, si por sociedad se entiende la suma de las individualidades que la conforman, es decir, al grupo de personas que conviven en su seno, estaremos afirmando que lo social es lo que se refiere a la coexistencia humana y, en tal sentido, la protección o defensa social significará proteger lo necesario para lograr la convivencia humana.

En este segundo sentido del concepto de "sociedad" es evidente que no parece existir mayor diferencia entre el concepto de "seguridad jurídica" que justamente hace referencia a la necesidad de asegurar la existencia humana, con el concepto de la "defensa social", que, así entendida, implica, también, asegurar lo necesario para la coexistencia de las personas, como base de la existencia de la sociedad.

En síntesis, el derecho penal tiene como fin la seguridad jurídica, al igual que todo el derecho en general. La diferencia específica que se establece respecto de este último, radica en el contenido punitivo de la coercibilidad específica del derecho penal. Afirmar que tal característica significa sólo una mayor gravedad en la afectación de los bienes jurídicos que implica la pena no es suficiente, toda vez que tal afirmación, si

bien resulta válida como una observación general, en concreto, responde a una situación que es distinta. (*Vgr.*: puede resultar más gravoso el pago de una indemnización o bien el pago de un impuesto con sus re- cargos, que el que pudiera derivar de la imposición de una multa). La razón obedece al hecho de que el campo del derecho penal, por la naturaleza de los bienes jurídicos que tutela, exige de una protección punitiva especial que no es suficiente a través de la coercibilidad eminentemente preparatoria que observa el derecho en general.

IV. PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICOS y PROTECCIÓN DE VALORES ÉTICOS SOCIALES. (DERECHO PENAL DE CONDUCTA y DERECHO PENAL DE RESULTADO)

Hemos observado que el fin de la seguridad jurídica aparece vinculado con el fin último de la convivencia, a su vez relacionada con el respeto a los derechos humanos, lo que de manera directa significa protección y salvaguarda a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad civil. Surge aquí la pregunta de si el orden jurídico, al regular la conducta humana se orienta a la tutela de valores éticos sociales o bien a la protección de bienes jurídicos.

Algunos autores, al referirse al derecho, ponen el acento en la protección de los valores éticos sociales, en tanto que otros señalan la relevancia de la protección de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Se observa, asimismo, que apuntar el interés en los valores éticos sociales revela la presencia de un derecho que pronuncia su interés en las conductas y que, por esto, se orienta más como un derecho penal con tendencia subjetiva. La referencia a la protección y tutela de los bienes jurídicos pronuncia el interés en la evitación de los resultados penales ocasionados, que revela una tendencia objetiva del derecho penal. Vale ocuparnos aquí del sentido de tales consideraciones.

En nuestra opinión, ambos conceptos interactúan y aparecen invariablemente presentes. Hemos afirmado que el derecho se define como un orden de regulación de la conducta humana y que tal contenido normativo implica el desvalor ético social de la acción que lo justifica, la conducta que lesiona los bienes jurídicos que tutela el propio derecho penal.

Un derecho penal que pretendiera hacer exclusiva referencia al contenido ético social de la conducta parecería pronunciar su interés sólo en el vedamiento de las conductas, en cuanto voluntad contraria al mandato de la norma, lo que llevaría a conceptualizar al derecho en un sentido básicamente subjetivo, al plantear como interés central a la voluntad contraria a la ley y ~o la producción del resultado. En tal senti-

do la coercibilidad penal solo en función del incumplimiento a la voluntad soberana del Estado no puede permitir que se den tales violaciones a sus mandatos. En sentido diverso, un derecho penal que recoja como fin la tutela de los bienes jurídicos es un derecho que tiene, como punto de partida, el expreso reconocimiento de que la existencia del orden jurídico obedece al objetivo de proteger los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad como base de la convivencia y, en tal sentido, si bien se reconoce que las normas están dirigidas a evitar conductas, obedece a que lógicamente el derecho está naturalmente dirigiendo a normar la conducta, ya que no puede evitar directamente los resultados, las cuales sólo se rigen por la causalidad y, en tal sentido se procura evitar los resultados forzando el cumplimiento de las conductas ordenadas o prohibidas por el derecho, a través de la coercibilidad.

En realidad, lo cierto es que el derecho penal observa tanto el interés en evitar las conductas que son lesivas a los bienes y que suponen el contenido ético social, en tanto que al orden jurídico efectivamente le interesa que no se realicen conductas delictivas (tanto en el sentido de voluntad que causa lesiones a bienes, como de voluntad contraria a la norma del Estado y que ésta no puede permitir que quede impune), como también le interesa la no producción de los resultados lesivos ocasionados.

En resumen, el contenido del derecho es eminentemente ético social, en la medida en que está referido a regular el comportamiento social de la persona, ya que las normas se orientan a regular la relación social, pero, a la vez, tal situación acontece en aras de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados. Así, ambos conceptos aparecen interrelacionados a partir de la definición política del estado de derecho.

El derecho debe de tener una aspiración ética, en el entendido de que lo ético implica el respeto a aquellas pautas de conducta social señaladas por el propio grupo social. A diferencia, la moral se refiere a las pautas de conducta que a cada hombre le señala su propia conciencia.

En nuestra opinión, el derecho aparece afectado en su aspiración ética cuando una conducta lesiona de manera intolerable el bien jurídico. En realidad no es que ponga el acento en el interés de la tutela al bien jurídico protegido o que se lo dirija hacia al desvalor de la conducta en sí; lo que ocurre es de el derecho penal no puede desvalorar de manera parcial. Así, cuando se desvalora un resultado es porque éste supone la afectación de bienes jurídicos y esto acontece, precisamente, porque tal resultado es la consecuencia de una conducta que, por lo mismo, obviamente es también desvalorada por el derecho, no en su entidad de proceso causal físico, que como tal sería, acaso, menos relevante para el derecho penal, en tanto que existe el desvalor del resulta-

do de lesión, sino en su entidad de conducta, como manifestación social de la voluntad del hombre que necesariamente aparece finalísticamente determinada, en la medida en que el derecho es un orden de regulación de la conducta humana, y no de fenómenos de carácter físico. Por esta razón son desvaloradas también las conductas que de manera directa suponen la comisión de un delito, sin que exista un resultado material físicamente perceptible independiente y en donde, por tanto, la propia conducta constituye en sí el resultado lesivo aun bien jurídico.

CAPITULO NOVENO

EL MÉTODO DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. El método de la ciencia del derecho dogmática jurídico penal y el método en la ciencia. II. Principios que rigen la metodología jurídica. III. Metodología e ideas penales. I. Iluminismo. 2. Racionalismo iusnaturalista. 3. Racionalismo positivista. 4. Positivismo antropológico, sociológico, criminológico y jurídico. 5. Causalismo naturalista. 6. Causalismo valorativo. 7. Escuela de Kiel. 8. Finalismo. 9. Funcionalismo político criminal.

I. EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO (DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL) EL MÉTODO EN LA CIENCIA

Dando por aceptado que el derecho admite su estudio como ciencia y, por tanto, sin entrar en la discusión de si su contenido permite o no un análisis científico, lo cierto es que el derecho requiere de una metodología que permita el acercamiento a su contenido y la certeza para su conocimiento.

Ciencia es un conjunto de proposiciones que admiten el predicado de verdad es decir, que respecto de su objeto de estudio, admiten la posibilidad de afirmarlo como verdadero o falso. Esta conclusión, a su vez, deriva de un proceso que supone la observación, experimentación y comprobación o verificación, que son las fases características del método científico. La ciencia exige la observación de una serie de hechos en derredor de los cuales plantean hipótesis que son sujetas a comprobación para validar o no su contenido.

En el derecho, en la medida en que se haga referencia a un determinado hecho (*Vgr.*: matar a otro), la afirmación de que el mismo "es bueno" o "es malo", implica una proposición que no es susceptible de ser afirmada como verdadera o como falsa, ya que implica sólo un juicio de valor que no admite el calificativo de verdadero o falso.

Todo el derecho aparece conformado con juicios de valor que el Estado recoge, en representación de la voluntad social, obviamente perfilados con los valores culturales de la sociedad y las características del estado de derecho de que se trate, en función de lo cual señala el valor de la conducta social deseada.

En cambio, si se afirma que un tipo delictivo reúne ciertos elementos, esto es, que el código penal previene un determinado delito o bien, que una determinada conducta dada en la realidad social es atribuible a un cierto tipo delictivo previsto por la ley penal o, que la conducta típica aparece o no neutralizada por una causa de justificación son proposiciones tan susceptibles de ser objeto de un predicado de verdad o falsedad, como el de cualquier hecho de alguna ciencia física.

La ciencia del derecho penal no se ocupa de establecer juicios subjetivos de valor, que son los que constituyen el contenido normativo del derecho. A la misma sólo le corresponde determinar la existencia de los tipos delictivos existentes en la ley penal y determinar su alcance, a la luz no sólo del contenido del específico precepto, sino en base a la interpretación de todo el código penal, tanto de lo dispuesto en su libro primero como en el libro segundo, como también de lo previsto en todo el derecho en cuanto guarde relación con el derecho penal y, naturalmente, sobre la base de los principios que fundamentan el *ius puniendi* en la constitución y en los tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país.

Tal objetivo metodológico se orienta a brindar un sistema de proposiciones que permita hacer previsibles las resoluciones correspondientes a la aplicación de la ley penal. Esto es una garantía fundamental de seguridad jurídica para todos los miembros de la sociedad, además de un orden metodológico de importancia fundamental para los órganos de jurisdicción en la definición de la jurisprudencia y, también, un método de estudio fundamental para la doctrina, para conocer y revisar el contenido del derecho.

La metodología del derecho debe atender su objeto de estudio de manera que no difiera sustancialmente de cuanto acontece en el método de otros ámbitos de la ciencia. En principio, frente a un específico contenido normativo, observado como el "hecho" que se constituye en el objeto de estudio de la ciencia, corresponde al jurista observarlo, estudiarlo y plantear su hipótesis de trabajo; después, se procede a la elaboración de una construcción lógica en relación al objetivo que determina el estudio, estableciendo similitudes y diferencias, procurando su reducción a una forma conceptual única, respecto de la cual se establezcan consecuencias uniformes y similares entre sí, estableciendo unidades conceptuales en función de esto, se propone la formulación de las teorías que deberán de ser constatadas para poder ser afirmadas. Si algunos de los elementos aparecen contradictorios, naturalmente, conforme a la lógica, deberá entenderse que su predicado de verdad no quedará confirmado. No obstante esta consideración lógica que es científicamente que, en la doctrina

ocasiones una vez planteada la observación que cuestiona el valor de verdad de una teoría, en lugar de reconocerla y sustituirla por una nueva hipótesis que la supere o, en su caso, que resuelva mejor el mayor número de casos, en ocasiones la misma es objeto de defensa, ignorando los cuestionamientos señalados, frecuentemente sólo con apoyo en la fuerza de la tradición y la resistencia frente a las nuevas ideas, lo que evidentemente no es una actitud científica.

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA METODOLOGÍA JURÍDICA

La metodología jurídica, observa los principios fundamentales siguientes.

Principio de contradicción. Significa que el contenido de las normas debe ser interpretado de manera lógica; es decir, no puede ser interpretado de manera que resulte ser contradictorio, tiene que ser invariablemente congruente;

Principio de respeto a la norma superior. El análisis de la norma no puede ir en contra de lo dispuesto por la norma superior; es decir, la interpretación de una ley no puede ir en contra de la ley de la cual emana;

Principio de la simetría. El contenido de la ley debe ser interpretado de manera que resulte armonioso y simétrico en sí.

En síntesis, la construcción jurídica, atento a la metodología de la dogmática jurídica, debe procurar la elaboración de las proposiciones de manera que no resulten ser contradictorias entre sí; por otra parte, la construcción jurídica no debe ser contraria al texto de la ley y, por último, la construcción jurídica no debe ser artificiosa sino simétrica y natural.

En el método de la física, si se hiciera referencia a la ley de la gravedad, no es difícil imaginar que se adoptaría como ejemplo el fenómeno relacionado con la caída de los cuerpos y que, primero, a partir de la observación se formularía la "hipótesis" correspondiente y después la misma se contrastaría con su "experimentación" y la "experiencia" y, así, una vez constatada a la luz de un número indeterminado de casos donde el efecto sea siempre el mismo, surgirá la "teoría" que, nuevamente deberá ser objeto de verificación en su valor de verdad y sólo después podrá ser constitutiva de la nueva ley física. Tal ley física, naturalmente, tendrá vigencia sólo hasta que un fenómeno que la contradiga venga a negar la validez de la misma. En las ciencias exactas, como la matemática, ocurre lo mismo; a nadie escapa que la proposición de ser dos más dos igual a cuatro, en un sistema binario, llevará invariablemente al mismo resultado, lo que permite afirmar la validez universal del contenido lógico de esa proposición.

En el ámbito de lo jurídico ocurre un fenómeno que debe ser planteado de manera similar: la observación de las normas jurídicas, en relación con su contenido y con su objetivo, permite que se establezca un sistema de proposiciones que, similarmente a cuanto acontece en otros ámbitos del conocimiento, se intenta que tengan un contenido de ver. dad que sea universal.

En nuestra opinión, el orden metodológico señalado, en términos generales, es afín con la así denominada "jurisprudencia de conceptos", referida específicamente a los elementos que integran a cada una de las normas en sí, con las disposiciones de carácter general aplicables a aquellas contenidas en la parte general del libro primero de la ley penal. Tal objetivo, sin embargo, debe ser reconocido y entendido dentro del marco general del objetivo del derecho y específicamente del derecho penal, en cuanto orden de relación social, en los términos de la definición constitucional del *ius puniendi*, fundado en la decisión política fundamental del Estado mexicano, recogida básicamente en los artículos , 39, 40, 41 y 49, en relación con las garantías individuales y sociales I que, en todo su conjunto, reconocen a la persona en su dimensión indi. vidual y social. En síntesis, tal objetivo del derecho penal debe estar en congruencia con el objetivo de la seguridad jurídica, en función de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, a su vez, en relación con los fines de convivencia.

En este orden de ideas, la metodología jurídica debe tomar en con sideración el objetivo que se refiere, sin el cual la interpretación de su contenido devendría en un sistema cerrado en sí mismo, acaso técnicamente depurado, al menos aparentemente, pero a la vez insuficiente , por no tomar en cuenta el sentido y el objetivo mismo del derecho. En este sentido, si bien el discurso acerca de los fines del derecho I no será jamás alcanzable por completo, sí, en cambio, la línea de orientación del mismo, ala vez que permite reconocer, el contenido programático que tiene el derecho.

En síntesis, la dogmática jurídica penal, como metodología para el estudio del derecho, debe invariablemente tomar en consideración los componentes lógicos señalados, como, asimismo, su objetivo general de la seguridad jurídica y del respeto a los derechos humanos para la convivencia, en relación con el objetivo concreto de la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social.

III. METODOLOGIA E IDEAS PENALES

I. Iluminismo

Observando como punto de partida del estudio del derecho penal, la metodología adoptada con la concepción del estado de derecho en

sentido moderno, (ver *Derecho penal en sentido subjetivo*) es posible observar la evolución general siguiente:

A fines del siglo XVIII culmina el pensamiento iluminista, que observa, como características filosóficas, principalmente racionalistas, iusnaturalistas y utilitaristas, que convergen en una serie de proposiciones eminentemente críticas y de contenido político acerca de la concepción del Estado. Tal periodo planteó un serio cuestionamiento a las excusas que sostuvo el Estado absolutista preexistente. La propuesta era dar apoyo a una nueva concepción del Estado más igualitario, más justo y de menos privilegios, que habría de originar la nueva estructura estatal democrática republicana y liberal apoyada en el paradigma contractualista, sustentando los principios de legalidad y de división de poderes con el reconocimiento a los derechos naturales de la persona, como límites al poder absoluto, lo que naturalmente se reflejó como limitación al ejercicio de la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*).

La concepción del derecho y, específicamente, la del derecho penal, " en la primera etapa de esta época, también estuvo impregnada de este espíritu, por lo que recoge estas características, que mantenían un contenido más de carácter político que jurídico y criminológico en el sentido en que hoy se les entiende.

Por esto, paralelamente a la preocupación orientada al cuestionamiento de la estructura del Estado y de su sistema punitivo, fue, esta época, el campo fértil en que se desarrolló el pensamiento humanitarista penal en que destacaron Beccaria y Bentham, en la línea utilitarista, como también Howard, Concepción Arenal o Elizabeth Frey. Entre otros de los representantes de este periodo, además de los ya mencionados, que destacaron específicamente en relación con su pensamiento o acción en el campo de las penas, debe señalarse el pensamiento filosófico racionalista de Kant, la filosofía política de Hobbes, de Locke, de Montesquieu; la filosofía contractualista del origen social, de Rousseau; el ecumenismo humanista de Voltaire; el pensamiento científicista y humanista de los Enciclopedistas, coordinados por D'Alambert y Danton; el pensamiento revolucionario socialista de Marat. Sobre esta plataforma surge y se desarrolla la doctrina penal jurídico liberal en un perfil ideológico y de acción pro gramática que evoluciona de la posición crítica a la constructiva de la nueva estructura política del estado de derecho, que ya apunta el periodo siguiente, en que destacan Romagnosi en Italia, Feuerbach, en Alemania; el pensamiento ilustrado de Lardizabal y Uribe en España quien siendo mexicano de nacimiento (nace en el Estado de Tlaxcala) llega a ser uno de los más sólidos representantes del derecho en España y el mundo de su tiempo. Naturalmente la metodología para el estudio de la ley penal tuvo en esta época, sobre todo en

su primera etapa, un contenido principalmente crítico y político; en la segunda, empezó a desarrollarse una visión constructiva del nuevo orden jurídico.

2. *Racionalismo iusnaturalista*

Una de las primeras reacciones contra el pensamiento crítico iluminista fue el representado por el racionalismo iusnaturalista y después por el racionalismo positivista, en la medida en que, superado el momento de crítica al Estado absolutista precedente, seriamente cuestionado y con el evidente objetivo de destruirlo y superarlo, se manifestó para procurar el establecimiento y consolidación del nuevo estado de derecho de estructura más liberal y democrática, respetuosa de los derechos naturales del hombre. No obstante esto, en no pocas latitudes se sostuvieron en mayor o menor medida rasgos de defensa a los intereses de la estructura dominante.

Las nuevas posiciones doctrinales aparecen orientadas a construir la nueva estructura jurídico-política del Estado y también sus extremos de la coercibilidad penal, con la delimitación de los principios que como límites materiales y formales se apuntan al *ius puniendi*. En este sentido, se manifiesta una orientación fuertemente iusnaturalista racionalista y utilitarista, de carácter fundamentalmente garantista para la nueva sociedad.

Una de las consecuencias es el interés manifestado para crear la nueva estructura jurídica, lo que originó, también, entre otros ámbitos, la creación de la nueva legislación penal y, con ella, también, el interés por interpretarla con la mayor precisión, lo que en el futuro sería la base para el desarrollo futuro de la doctrina penal, que habría de desarrollar la metodología de la así denominada dogmática jurídica penal. En esta etapa la metodología se mantiene aún en el nivel del interés especulativo, con especial atención a los contenidos iusnaturalistas del derecho penal.

3. *Racionalismo positivista*

Durante el periodo del racionalismo positivista se da como dato principal, la fundamentación filosófica racionalista que se manifiesta en vertientes distintas, derivadas unas del despotismo ilustrado; otras, del liberalismo e incluso, del socialismo. A la vez, en tono casi triunfalista se recogen los trascendentes avances de las ciencias físicas heredadas de Newton y Galileo y se avanza también en forma notable en otros ámbitos del conocimiento científico de las ciencias naturales, lo que origina el interés en su ordenación y clasificación (vgr.: Bufón y Linco en la biología) y también de las ciencias sociales y la económica.

Es la época que afirma la presencia del derecho positivo y que manifiesta su interés por el estudio de la norma. Corresponde al periodo

de formación legislativa penal de los países integrantes de la Europa occidental, que siguió a la nueva ley penal, representada por el código penal napoleónico de 1810. Es, a la vez, naturalmente, el periodo en que se inicia la doctrina penal, entendida en sentido moderno, es decir, la que surge alrededor de los nuevos códigos penales que, a diferencia de las codificaciones precedentes, compilaciones de leyes no necesariamente de la misma especie, permitiendo, la labor integradora y sistematizadora de los enciclopedistas, que permitió encontrar el camino de la nueva sistematización jurídica, especializada por materia, que se recogió principalmente en la referida legislación napoleónica.

Este periodo del racionalismo positivista, llamado frecuentemente "escuela clásica" (denominación que, sin embargo, abarca también al pensamiento jurídico penal precedente) aparece caracterizado principalmente por el análisis específico del derecho positivo; el interés por el estudio de la norma jurídica; el método básicamente deductivo y de análisis lógico abstracto de la ley; el fundamento filosófico de la responsabilidad penal, a partir de la responsabilidad individual y jurídica de la persona e, incluso, de la responsabilidad moral en opinión de no pocos autores, a su vez fundada principalmente en el principio filosófico del libre albedrío; la pena, fundada, así, en la responsabilidad personal, aparece recogida sobre todo en los principios de la pena absoluta, que implica la idea del castigo como retribución justa y, también, en el principio retributivo que se reconoce en la prevención general.

Asimismo, se recoge también, con frecuencia, el principio utilitarista de la pena, sobre todo inspirado en el pensamiento de Bentham, que fue considerado en la elaboración del código napoleónico. Entre otros de los juristas que se distinguieron en este periodo, aparece Carrara, en general, universalmente distinguido como el padre del derecho penal, gracias a su excelente obra de varios tomos sobre la materia, como también Carmignani, Rossi y Feuerbach, este último, sin duda, uno de los juristas que representaron el más claro pensamiento penal liberal de su tiempos.

El pensamiento filosófico de Kant, que discurre sobre la razón y sobre los deberes y, señala las bases de la pena absoluta; y después Hegel, proporcionaron ambos el más fuerte sustento de las ideas, este último en el idealismo, recogido en su expresión de que "lo ideal es lo real y lo real es lo ideal". Límite último de este periodo que antecede, marcha paralelo al positivismo sociológico, siguiendo su propio derrotero, es el pensamiento jurídico penal alemán, de Carl Binding, quien lo refleja en su obra, que ya en su título revela las características de su contenido orientado al estudio de la norma: *Las normas y su contravención*, donde, si bien reco-

noce un concepto realista del bien jurídico, a la vez, en su concepción del derecho, considera a la persona únicamente como el destinatario de la norma creada por el Estado, concepción, ésta, que había sido el motivo principal que favoreció el desarrollo del positivismo sociológico, con su interés en el estudio de la persona delincuente, sustituyendo el precedente interés exclusivo por la norma.

En síntesis, la característica medular del racionalismo es su consideración del derecho, como derecho positivo, modificando, en este sentido, la preocupación central del derecho que el iusnaturalismo había planteado. Si este último implicó el interés de recoger en la nueva ley penal los valores del derecho natural, entendidos como valor absoluto, en el periodo del racionalismo positivista el nuevo valor absoluto es la ley, que sustituye a los valores especulativos y metafísicos del derecho natural, afirmados por el racionalismo iusnaturalista.

Una característica última de este periodo, permite observar que, a la vez que implicó el punto de partida para el análisis más específico de la ley, conforme a la metodología de la dogmática jurídica penal, expresión que felizmente acuñó e introdujo Rudolf von Ihering. Más adelante, con el tiempo, esto permitiría afirmar los principios de la ciencia del derecho penal, sobre la base del estudio de la ley como su objeto de estudio. Por otra parte, esto mismo significó, también, la diversificación del objeto de estudio de la ciencia del derecho, en función de la diversidad de leyes existentes, atento a la diversidad de las materias que fueron objeto de regulación con la especialización del derecho (*Vgr.:* derecho civil, penal, etcétera) con lo que se modifica la concepción totalizadora que se tenía del contenido del derecho como orden absoluto que anteriormente había afirmado el iusnaturalismo, para dar base al nuevo estudio de la ley positiva y, con éste, a los respectivos contenidos específicos del derecho fuera penal, civil, constitucional, o de cualquiera otra de las ramas del orden jurídico general.

Si desde el punto de vista metodológico, el iusnaturalismo se vio desarrollado y fortalecido en el respeto a los derechos naturales del hombre, manteniéndose en un nivel especulativo, el racionalismo positivista, que constituyó el paso siguiente en la evolución de la doctrina penal, fue el despegue y más claro desarrollo de ésta, a partir de la definición del derecho positivo, como el objeto de estudio de la ciencia del derecho.

Así, en este periodo, la afirmación del derecho positivo es el campo fértil en que se desarrollan las bases del estudio de la ley penal y de lo que será, más adelante, la etapa subsecuente relativa al estudio del delito, derivada, también, de la filosofía positivista. Esta última, en efecto, si en un inicio se enmarca en el camino del positivismo sociológico, luego se orienta hacia una dimensión diferente que sustituye el interés de

la norma por el interés en el delincuente y en la medida que le es aplicable, por otra parte, esto mismo hace florecer y permite desarrollar f. mejor el camino que como reacción y síntesis dialéctica, habría de seguir el futuro análisis de la ley penal, a partir de la corriente de la nueva escuela político criminal del derecho penal enarbolada por Franz von Litz en Alemania, quien, a la vez que reorienta el estudio de la ley, incorpora, también, diversos aspectos que derivan de la impronta del positivismo sociológico italiano.

4. Positivismo antropológico, sociológico criminológico y jurídico

Como expresión del avance científico y también filosófico de su tiempo, durante la segunda mitad del siglo XIX, surge el positivismo sociológico italiano o escuela positivista italiana.

Como una manifestación más del avance científico de su tiempo, este periodo que optimistamente se califica como el siglo de las luces, plataforma desde la cual continúa y se proyecta, en sentido casi geométrico, el nuevo avance de la ciencia y la técnica del siglo xx. Nace ese interés científico que filosóficamente se apoya en el positivismo, que se caracteriza por el estudio científico de los fenómenos de la realidad social, a partir de la observación y la experimentación naturalista de los fenómenos reales en concreto, naturales o sociales, que se oponen al conocimiento del racionalismo especulativo y abstracto precedente.

Así, con el interés sobre los hechos, en base a la experiencia, Lombroso, de profesión médico legista y no jurista, en el interés de estudiar y explicarse el fenómeno de la criminalidad, puso el acento en el estudio del delincuente, como vía más objetiva y concreta de proceder aun estudio más científico del fenómeno de la delincuencia, con la posibilidad de seguir un método de investigación causal explicativo, inductivo, basado en la experiencia, a diferencia del estudio de la ciencia del derecho que, en su naturaleza normativa, parecía exigir su estudio bajo - otras características (lógico normativo, abstracta y básicamente deductiva). Así, dicho autor hace observaciones principalmente de carácter antropológico en relación con la persona física del delincuente, estudiando los rasgos físicos de quien comete el delito, los ojos, la nariz, los pómulos, las orejas, la boca, la forma de la cara, la frente, la complexión física y, en fin, las características morfológicas generales de la persona, con las que se cruzan hipótesis relacionadas con la personalidad y el temperamento e, incluso, sobre dicha base, se concluye la proclividad de la persona para cometer delitos y, de aquí, su peligrosidad criminal. Este orden de ideas, llevó a afirmar la presencia de manifestaciones atávicas del delincuente y su relación con algunas enfermedades como la epileptico llevando, iniciar hipótesis acerca del "delincuente nato"

Naturalmente, lo anterior significó un cambio medular en la metodología relacionada con el estudio del derecho, ahora más que de la ley y el delito, se parte del delincuente. El interés por la norma quedó sustituido por el interés por el delito, concentrándose el estudio sobre todo en la persona del delincuente. De una metodología lógico abstracta del racionalismo iusnaturalista y del racionalismo positivista, interesados en los derechos naturales y en la legalidad del derecho positivo, a partir de lo cual se planteaba la base de su estudio; aparece, ahora, con el cambio que implicaba el positivismo sociológico, una metodología que intentaba ser lógico concreta de explicación del hecho delictivo, a partir del estudio del delincuente física y naturalísticamente considerado, lo que suponía un método causal explicativo, que sugería el método experimental inductivo, con el acento en el análisis puesto en la persona del delincuente, lo que evidentemente cambió el epicentro metodológico precedente.

Dicha vertiente del positivismo antropológico, si bien dejó su impronta sobre todo en los campos de la criminología y criminalística, en el estudio del derecho penal no tuvo más trascendencia posterior. La misma fue seguida, inmediatamente después, por la corriente del positivismo sociológico, propugnado por Enrico Ferri, abogado, excelente orador y político, que logró impulsar una orientación sociológica aplicada al estudio del derecho penal, también a partir del delincuente. Fue así como se planteó el interés por los factores sociológicos determinantes de la criminalidad, siendo en este sentido relevante, aparte de la suya misma, la obra de notable extensión de Alfredo Nicéforo. Se habló, así, de la etiología del delito o causas que la originan; de la criminogénesis y de la crímino dinámica; de los factores sociales y cosmo físicos de la criminalidad (relaciones de la criminalidad con el tiempo, la lluvia, el frío, el calor, el día, la noche, el fin de semana, las estaciones, el trabajo, los satisfactores sociales, la distribución de la riqueza, etcétera) lo que abrió la investigación a perspectivas diferentes, favoreciendo el futuro estudio de las relaciones de la delincuencia con la economía, la biología, la sociología, la física, la psicología, etcétera, cuyo interés, a su vez, se vio pronunciado por el interés que, de manera casi simultánea o cercana, ofrecerían lo mismo las teorías económicas del materialismo histórico de Marx, el psicoanálisis y el estudio del subconsciente de pudo la perspectiva antropológica de la teoría de la evolución de Darwin.

Vale recordar que fue Ferri quien utilizó la expresión de "escuela clásica", para denominar a todas las corrientes que estudiaban la ley penal y, por tanto, al delito, al delincuente responsable ya la pena, con

anterioridad a la orientación que él mismo denominó como "escuela positivista".

En fin, el positivismo sociológico ofreció un campo de estudio distinto que evidentemente impactó también el estudio del derecho penal de su tiempo, al que prácticamente sustituyó, durante la vigencia de las nuevas ideas. Al ser superadas éstas, como consecuencia de una nueva focalización hacia el estudio de la ley penal, en un proceso iniciado por Garófalo dentro de la misma corriente positivista. Con ello intentó unir los extremos de ésta con aspectos jurídicos penales, lo que implicó planteamientos que fueron objeto de no pocos nuevos cuestionamientos en lo jurídico y en lo criminológico. Disciplina, esta última, que, precisamente, impulsó al crear y utilizar, por primera vez, la expresión misma de "criminología". Esta orientación, en fin, que lo mismo ha sido entendida como el estudio causal explicativo de todo lo concerniente con el fenómeno de la criminalidad, como también, como un concepto equivalente al de la política criminal, es decir, la determinación de los programas y acciones necesarios para determinar la lucha contra la delincuencia, al momento de su surgimiento, tuvo el mérito de haber señalado las bases del rumbo que habría de seguir la nueva disciplina de la criminología, a la vez que, también, fue la base de la que partió von Litz en Alemania, en la definición de su nueva estructura del análisis de la ley penal, naturalmente, unido, ello, a la propia formación de filosofía jurídica del autor .

En relación con las consecuencias jurídico penales de la "Escuela positivista sociológica", vale señalar que la misma orientó la responsabilidad penal en la línea de la responsabilidad social, lo que, obviamente, significó un cambio radical respecto del concepto de la responsabilidad personal, moral y jurídica, en que se apoyaba la culpabilidad fundada en el libre albedrío, de la doctrina clásica. La coercibilidad del Estado frente al delito fue prevista básicamente como medidas de seguridad, postdelictivas y también predelictivas, cuya aplicación fue impuesta, en veces, de manera exclusiva y en otras, unida a la aplicación de penas. El fundamento de la pena, consecuentemente dejó de ser la culpabilidad del responsable, para traducirse en la peligrosidad del delincuente, fundada en la responsabilidad social. En fin, como se observa, el cambio metodológico en el estudio de la ley penal fue totalmente diferente.

5. Causalismo naturalista

Como reacción al pensamiento del positivismo sociológico y obviamente a su metodología, que había llevado al derecho penal al campo de la sociología, pero que, a la vez, recoge, también, la influencia de aquél, se manifestó en Alemania el pensamiento de Franz von Litz.

Éste, apoyado también en el positivismo, unido a la influencia de la sólida formación filosófica del derecho existente en su país, reorientó la ciencia del derecho penal, nuevamente hacia el interés por la ley penal, que, ahora apuntó hacia el interés por el "delito", entendido como el "hecho" que debía ser objeto de estudio de la ciencia del derecho, en una clara manifestación de la impronta del positivismo, ahora perfilado en sentido naturalista y objetivo, en la línea de lo que el autor denominó: "nueva escuela del derecho penal de orientación político criminal".

Bajo la influencia del positivismo, el concepto del delito aparece recogido y estudiado en un plano naturalístico y causal, por lo que su esquema lo lleva a plantear el análisis del delito bajo el binomio de los elementos objetivo y subjetivo, de forma similar a como lo había atendido, en su análisis del derecho, la escuela clásica, ciertamente, en ésta, el análisis aparece en relación con el estudio de la ley, en su estricto contexto normativo. En la nueva estructura, en cambio, la concepción del delito (tipo previsto en la norma de la ley penal) aparece entendida en sentido naturalista la que permite y lleva a estudiar al propio delito como "hecho", en sentido objetivo y causal, también denominado como "comportamiento" o "conducta" (en sentido amplio), conteniendo al resultado y el nexo causal. Para determinar la existencia del delito, se une también, el análisis de la antijuridicidad, entendida como un juicio de valor objetivo, relativo a la contradicción del hecho con el derecho, con la que se integra el elemento objetivo del delito. El elemento subjetivo, está constituido por el nexo de relación psicológica entre el querer del agente y la causación de producción del resultado, que es el ámbito en que se precisa la culpabilidad.

Con esta concepción del delito, el autor establece las bases del estudio científico del derecho penal, bajo una perspectiva naturalística, física y social, la cual, a su vez, con el nuevo aporte Ernst von Beling, apunta a la relevancia del "tipo" penal y reorienta el estudio del derecho penal de su tiempo, reubicándolo en el modelo sistemático, frecuentemente denominado: "Esquema Liszt-Beling", reconocido por la doctrina como el origen y la base de la estructura sistemática en el estudio del delito que adopta el método del análisis estratificado de la ley, dentro de la línea causal naturalista del derecho.

6. Causalismo valorativo

Como consecuencia de los cuestionamientos a que fue sujeto el causal esquema Ligt-Beling, se manifestó, desde principios del siglo xx, sobre todo en el curso de las primeras tres décadas, el interés por dar mejor respuesta a los cuestionamientos planteados.

Esta orientación, frecuentemente enunciada como "causalismo valorativo", cubre lo mismo a la teoría normativa que a la de los elementos subjetivos del injusto, o a la de los elementos normativos y subjetivos del tipo, etcétera. Básicamente, implica el reconocimiento de la existencia de las diversas valoraciones que implica el derecho y que, naturalmente, se plantean en el análisis estratificado de cada uno de los elementos del delito. El estudio de las valoraciones del derecho, lo mismo llevó al reconocimiento de la existencia de ciertos elementos valorativos dentro del tipo y al entendimiento de que el dolo, como elemento subjetivo, más que implicar el contenido de la culpabilidad psicológica, implicaba, con mayor precisión, el ámbito o voluntad de la conducta; por tanto, debía ser valorado desde el ámbito mismo del tipo. También llevó a la reflexión de que el contenido de la culpabilidad suponía con mayor precisión un juicio de valor sobre la responsabilidad del autor del delito (culpabilidad normativa), más que sobre la relación psicológica entre la conducta y el resultado (culpabilidad psicológica), la cual, sin embargo, sí debe ser objeto de valoración del juicio de la culpabilidad, al igual que todo los demás aspectos que se relacionan con el injusto y con la responsabilidad del autor.

Si bien fueron diferentes los cuestionamientos que paulatinamente se fueron haciendo a la doctrina causal precedente, lo cierto es que, en síntesis, este proceso implicó la aceptación de valoraciones que implicaban tanto la conducta, como a la consideración de ésta dentro de la tipicidad, de la antijuridicidad y al de la culpabilidad misma.

En síntesis, la sistemática del causalismo valorativo, en su evolución, implicó, en esencia, el mismo esquema del causalismo naturalista, al cual, le fue sobrepuesto un sistema de valores propios del derecho.

Esta orientación impulsada sobre todo bajo la influencia del positivismo jurídico del neokantismo, que si bien es una manifestación más del positivismo, lo que es lógico, en tanto que éste es expresión del cientifismo característico de los dos últimos siglos, rectificado en sus extremos materialistas, por el existencialismo, así como por el espiritualismo o el neiusnaturalismo afirmador de los derechos humanos o cualquier otro "ismo" precedente. Así, el causalismo valorativo sigue adoptando como objeto de su observación al delito, al cual sin embargo, estudia con una estructura en donde, si bien los elementos del delito pueden ser los mismos, su contenido es, sin embargo, muy diferente, implicando modificaciones que son estructurales. El delito aparece recocado en un proceso donde la base está dominada por el esquema causal naturalista pero, el propio esquema paulatinamente -va reconociendo, cada vez más, aspectos de contenido valorativo del derecho, sin que se haya perdido el interés por el estudio del delito. Esto, en nuestra opi-

nión, se explica porque este último representa la expresión del contenido social del derecho, sin dejar de observar que siempre ha planteado confusión la definición del espacio conceptual entre el estudio del texto de la ley y el análisis de su contenido social a partir, sobre todo, de la teoría del delito. Sólo la posición extrema del positivismo lógico formal ha pretendido analizar todo el contenido de la ley a partir de los extremos normativos de su texto.

Esta posición del neokantismo, encontró también relación con los planteamientos formulados por Dilthey desde fines del siglo XIX, en que se manifiesta interés en las ciencias sociales y su diferencia respecto de las ciencias fácticas. En Alemania, el desarrollo del neokantismo se manifestó a través de la Escuela de Marburgo y también en la Escuela de Baden, que para el análisis científico, tomó en cuenta el ángulo valorativo. Así, la Escuela de Marburgo tuvo relevante importancia en el estudio del derecho en general, sobre todo en la filosofía del derecho. En el campo del derecho penal encontró mayor eco la Escuela de Baden, sobre la base de la consideración de que el derecho forma parte de las ciencias de la cultura y, por lo mismo, implica la presencia de las valoraciones que representa, con lo que, al mismo tiempo, encontraba más fácil sustento el estudio del contenido social del derecho y, en tal sentido, también se lograba un más sólido apoyo para el estudio de la teoría del delito en la dogmática jurídica penal. Esto también ofrecía una mayor ventaja en su aplicación práctica, ya que resultaba ser más garantizadora de la seguridad jurídica, al realizar un análisis estratificado que permite mayor precisión, lo cual, por razón de los bienes jurídicos en juego en el ámbito penal, de la sociedad y del justiciable, alcanza un especial valor, de aquí que la propia jurisprudencia haya sido reconocida con un contenido de valor y con un objetivo evidentemente práctico y empírico.

En este orden de ideas, finalmente, vale agregar, que dentro de las variadas tendencias que manifestó el causalismo valorativo, especial relevancia tuvo en latinoamérica Mezger, por razón de su más fácil acceso, al haber sido su obra traducida al español y conocida en los países de habla hispana desde la mitad del siglo. Este autor planteó una sistemática donde recoge diferentes aspectos de estas valoraciones, que suponen una vertiente regularmente avanzada del causalismo valorativo. Naturalmente fueron muchos los autores que se sumaron al paso del causalismo naturalista al causalismo valorativo y de los cuales daré cuenta en su oportunidad, al ocuparme del tratamiento de los respectivos temas. Vale mencionar sobre todo a Frank Graf Zu Dohna, von Weber, Goldsmith, Freudental, entre otros, los cuales prepararon el advenimiento del finalismo, en la evolución de la doctrina penal.

En orden al modelo y la metodología, el finalismo supuso la misma estructura básica del causalismo naturalista, a la cual le fue sobrepuesta la estructura valorativa que paulatinamente se fue construyendo, razón por la cual, la estructura de los elementos o componentes del delito son distintos. Asimismo, dentro de esta vertiente, los autores siguen etapas diferentes y sus respectivas afirmaciones suponen, básicamente, una revisión y reestructuración de los contenidos de la estructura precedente. La base del metodología, por esto, es similar aún cuando su contenido distinto.

6. Escuela de Kiel

Los cuestionamientos que se plantearon al causalismo naturalista y que llevaron al causalismo valorativo, fue aprovechado por una política llamada: "escuela de Kiel". Esta, aprovechando la coyuntura, planteó críticas a la dogmática misma, negando las afirmaciones fundamentales basadas en el racionalismo positivista, para sostener, en su lugar, un concepto globalizador del derecho, bajo afirmaciones de irracionalidad como principios estructurales del sistema penal. Así, en base a la idea del "sano sentimiento del pueblo" se introdujeron en el sistema jurídico penal conceptos de carácter político del momento histórico que vivía, con el auge del nacional socialismo en Alemania, con lo que se destruyó el principio de legalidad y, con este, la certeza y seguridad jurídica fundadas en aquélla.

Se impugnó así a la dogmática y, especialmente, al concepto del bien jurídico, considerando los cómo conceptos inútiles e insuficientes, siendo rechazados por su escrito contenido liberal, para sustituirlos por un concepto del derecho, cuyo contenido esencial aparecía cifrado en el concepto del deber para con la nación y donde el delito es en consecuencia, entendido como la lesión a los deberes para con el estado y la nación, ya no como la lesión a los fines jurídicamente protegidos de los miembros de la comunidad social. El delito, así, aparece como una violación ética y moral que trate de los valores de la conciencia del pueblo, con lo que, naturalmente, el concepto del derecho se eligió vista como instrumento de un estado autoritario. Naturalmente, la ambigüedad misma de los conceptos "conciencia del pueblo" y del "sano sentimiento del pueblo" concreta su contenido y su alcance, con lo que, lleva que sea la autoridad quien la defina y precise, con lo cual se rompe la sólida base el principio de legalidad.

7. Finalismo

Los mismos cuestionamientos y el mismo proceso de transición de causalismo naturalista, al valorativo fueron la base que dio origen a este

nuevo orden de ideas. Planteado en la tercera década del siglo XX, procuró seguir el análisis científico de la ley penal, intentando superar las contradicciones que se apuntaban en los esquemas precedente es de la dogmática penal.

Surge así, la corriente del "finalismo" o "teoría de la acción final", en un intento de lograr la integración de una sistemática más cabal del sistema penal.

Si el neo kantismo había introducido el acierto de entender que a la estructura del ser era necesario unir de las características derivadas de los valores, dentro de cual se mueve el universo normativo, sin embargo, varios aspectos fueron siendo texto de revisión: la culpabilidad, la tipicidad, la conducta y la antijuridicidad. Cada uno de estos ámbitos fueron integrando un nuevo contenido diferente del anterior, si bien, en sus lineamientos generales, el modelo sistemático para el estudio del delito no varió y sencillo afirmando en la estructura integrada con los conceptos de la conducta típica (tipicidad) tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Tocó a Hands wessel ser el creador del finalismo y poner las bases de la norma construcción de esta estructura sistemática penal, en nuestra opinión, más integrada y completa que las precedentes. Ésta procura superar las deficiencias que se habían apuntado en el positivismo naturalista en su modelo de análisis al contenido del derecho penal, en el sentido de reconocer que la conducta no es pura causalidad, como se le había entendido, ya que su contenido mismo de voluntad, aparecía analizado en forma independiente y posterior como elemento subjetivo o psicológico del delito. Asimismo, por otra parte, reconocía igualmente que, en forma diversa a las conclusiones en los extremos del neo kantismo en su línea lógico formal, el derecho tampoco sólo valor.

Así, en suma, reconocía que es indispensable tener en cuenta que los valores están íntimamente vinculados al ser y este punto de partida fundamental es la esencia de la nueva teoría finalista.

A partir del acción, entendida como la ávida referido Aristóteles, en la Grecia clásica, con un contenido esencialmente final, sobre la base de que el hombre es un ser social responsable, que actúa conforme a un sentido, por lo que sus acciones aparece invariablemente impregnada de la finalidad por el propugnada, lleva reconocer que en el derecho, y concretamente del derecho penal, el acto, a partir de la voluntad y de la conciencia de lo que determina contenido del orden valorativo jurídico. En otras palabras, el orden jurídico es un orden de regulación de la conducta humana, que es en esencia eminentemente final, es decir, caracterizadas por su voluntad finalísticamente determinada. Por lo que implica un proceso que no es causal, que no es "ciego",

Como lo es la causalidad en sí, sino que, invariablemente, está determinado por la voluntad del sujeto, tienen interés de la meta por alcanzar, aprovechó su experiencia para orientar los procesos causales hacia su finalidad; es, así, por tanto, un proceso "videntes" desde la voluntad misma del sujeto. El ser humano aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales a fin de determinar la realización de sus objetivos. Este implica una valoración acerca de la voluntad del sujeto que, en su momento, sea recogida y valorada por el tipo de la ley penal y, por lo mismo, es también valor (jurídico), lo que explica que la estructura de la conducta, con sus elementos objetivo y subjetivo, aparezca necesariamente incorporada dentro de la tipicidad, como un elemento de la "conducta típica", que debe ser analizado a la luz del tipo para determinar su atribuidad al mismo.

Así, para esta teoría la estructura final del acción supone una estructura lógica, en el sentido de que existe una lógica natural en las cosas, que reside en la necesaria relación que debe existir entre la estructura del ser y la valoración de queso texto. Este implica la vinculación entre la valoración y la realidad o antológica. Los valores están enraizados en el ser y no son independientes de él. La finalidad de la acción implica una expresión del ser humano responsable que actúa conforme sentido.

Sobre esta base se desarrollan también las valoraciones, tanto del antijuridicidad, que implica la contradicción con el orden jurídico de la conducta típica, como por otra parte, la valoración de la culpabilidad, entendida en sentido estrictamente normativo, vinculada con el reproche al individuo por haber realizado una conducta contraria a lo que le ordena la ley.

En síntesis, desde el punto de vista metodológico, si bien el estudio de la ley penal, en relación con el estudio del delito, continúa conforme a un esquema de análisis estratificado similar al inicio desde litz, plantea sustanciales diferencias, en la medida en que la sistemática de litz, apoyada en el causalismo naturalista parte de una concepción causal y, de aquí, la necesidad de aprovechar el método de la observación concreta en todo análisis. Este explica la distinción entre los elementos objetivo (injusto objetivo, integrado por la conducta antijurídica y después por la conducta, típica y antijurídica) y el subjetivo (culpabilidad psicológica) del delito, dentro de la perspectiva en que se le maneja. En las etapas posteriores el esquema del causalismo valorativo incorpora diferentes valoraciones que tienen que ser identificadas en el análisis del delito y que implica modificaciones estructurales y sistemáticas que supone un cambio fundamental en su estudio, y que va a encontrar su más completa definición con la posición finalista.

9. *Funcionalismo político criminal.*

Favorecida por la consecuencia de afectación de la Segunda Guerra Mundial, se pronuncie el interés de incorporar el respeto a los derechos humanos dentro de la legislación mundial. A la vez, esta situación se reflejó en el campo específico de la ley penal y del sistema para su estudio, que una tendencia frecuentemente apunta la comunicación político criminal, que de alguna manera retomó la orientación que, desde principios del siglo xx había anunciado la primer precisamente lizt, al incorporar, en su estudios científicos del derecho penal los aportes que había dejado la impronta del positivismo sociológico en su preocupación por el delincuente que, a su vez, evolucionó hacia el interés por el hombre que aquel representaba. La característica principal de esta tendencia fue, naturalmente, su interés en entender contenido de la ley penal a partir de sus fines: el fin de la norma y el fin de la pena.

Esto significó también la necesidad entender contenido de la propia ley penal en relación con la realidad social. Es decir, de entender que derecho tiene un contenido social y que es esa realidad social, la que tiene que ser no sólo regulada, sino eficazmente entendida y atendida por el derecho, para la consecuencia de sus fines de seguridad jurídica para la convivencia, sobre la base de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad.

Uno de los principales sostenedores de este orden de ideas, clus roxin, señala, así. Tiene sentido de la dogmática penal, para que tenga utilidad y sea fructífera, requiere tres elementos fundamentales: 1) claridades en su contenido; 2) ordenación conceptual; y 3) su indispensable referencia la realidad social. Lo que llevaron este grave entender un orientación político criminal

en síntesis, el análisis del derecho penal exige tomar en cuenta sus fines; son los fines de la política criminal del derecho los que deben de dar luz para explicar el contenido de todos y cada uno de los aspectos objeto de estudio y análisis; primero, para determinar la existencia del delito; segundo, para determinar la responsabilidad del autor y, tercero, para determinar la aplicación de latina en base, precisamente a sus fines de política criminal. Así, elasticidad implica fundamentalmente el ámbito en donde se refleja la definición política ; segundo, para determinar responsabilidad del autor y, tercero, para determinar la aplicación de la tiene en base, precisamente, a sus fines de la política criminal. Así lo tipicidad implica fundamentalmente el ámbito donde se refleja la definición política del estado, es decir, donde se señalan las características de la ley penal que derivan de la organización político social del estado, a partir de la concepción jurídica política que de ésta se tenga, recogida regularmente en la constitución.

CAPÍTULO DÉCIMO

EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

SUMARIO: I. Derecho penal y derecho constitucional. II. Derecho penal y derecho procesal penal. III. Derecho penal y otras áreas del derecho que previenen tipos penales. IV. Derecho penal y derecho ejecutivo penal. V. Derecho penal y criminología. VI. Derecho penal y criminalística. VII. Derecho penal y derecho del menor. VIII. Derecho penal y derecho contravencional. IX. Derecho penal y derecho administrativo disciplinario. X. Derecho penal y derecho humanos. XI. Derecho penal, medicina legal, psiquiatría forense Y psicología forense. XII. Derecho penal y filosofía.

I. DERECHO PENAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es la ley fundamental vigente en un estado de derecho. A partir de la misma encuentra en su desarrollo todas las restantes ramas del orden jurídico existente en el mismo. Naturalmente, el orden jurídico penal incorporado en el código penal y en las leyes penales especiales existentes se desarrolla parte de los principios que sobre el particular refiere la constitución.

La constitución es el fundamento de todo el orden jurídico, y, en su contenido, se definen las bases de la estructura jurídica política de un país. Establece, así, la base de la relación política entre gobernantes y gobernados y, en tal sentido, define las bases del ejercicio del poder que previene y garantiza los derechos objetivos públicos individuales y sociales de la persona. Dentro de dicho contexto, determinar las bases de *ius puniendi* y previene las garantías de seguridad jurídica.

En el estado mexicano, la decisión política fundamental que describe las características del estado de derecho, aparece recogido fundamentalmente en los artículos 29, 40, 41 y 49 de la constitución, mismos que afirman, el primero, el principio de soberanía del pueblo, como el valor más elevado y el punto de partida de toda la regularización constitucional, entendiéndose que es la voluntad del pueblo la que determina la forma de gobierno y sus características y, por tanto, es la persona humana la que se constituyen el valor fundamental, en el bien jurídico

protegido primario del Estado mexicano, lo que permite afirmar que el orden jurídico gira alrededor de la persona, lo que la sociedad y el Estado son para la persona y no la persona para aquellos.

La misma afirmación encuentra eco en el principio recogido en el artículo 40, en relación con la democracia, entendida como sustento político del afirmación anterior, el gobierno del pueblo, para el pueblo, por el pueblo y con el pueblo. Se afirma el federalismo, en la medida en que el país encuentra conformado como una federación de Estados, unidos por el pacto federal. Se afirma, igualmente, el sistema representativo en la medida que es la voluntad del pueblo la que determina la acción del Estado por vía de sus representantes. El artículo 49, previene el principio de la separación de poderes, garantía que avalla los principios anteriores mencionados y que se establece como base del equilibrio en el ejercicio del poder como fórmula que evita su abuso. Tales principios, a su vez, se encuentran delimitados puede alcance del respeto a los derechos humanos, incorporados como garantías individuales y sociales básicamente en el Capítulo Primero de la constitución y que, en síntesis, reconocen a la persona en su dimensión individual y social.

Con respecto a su relación con el derecho penal, además de las disposiciones señaladas, que fundamentan el Estado de derecho mexicano y, por lo mismo, también el ejercicio del *ius puniendi*, en la constitución aparecen delimitadas, las garantías de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica como, también, las bases estructura orgánica del Estado, la de la función de sus órganos de poder, entre los cuales el poder judicial y la de su responsabilidad. En este marco es que se definen las bases del derecho penal, aspecto en que fundamentalmente son relevantes, en relación con la pena, los artículos 18 y 22, que afirman los principios de la dignidad e incolumidad de la persona, unidos al de la pena humana en su ejecución. Asimismo se recogen las bases jurídicas normadoras de la seguridad jurídica en Estado mexicano, en los artículos 14 y 16 que previenen las garantías de legalidad, unidos a los artículos 13, 15, 17, 19, 20, 21, 22 y 23, que previenen y garantizan las características fundamentales del procedimiento penal mexicano.

En fin, es clara relación que existe entre la constitución y la ley penal, en tanto que es fundamento y punto de partida.

Otro aspecto de la relación del derecho penal con la constitución, deriva de que está contempla las bases de regularización del poder legislativo, órgano encargado de la elaboración de la ley y concretamente de la ley penal (artículos 51, 52 y 73).

También aparece recogido el marco de la función del poder judicial (artículos 19, 21, 102, 103 y 107) a cuyos órganos corresponde ejercer

la función jurisdiccional, aplicando también la ley penal; y se previenen las bases de la responsabilidad penal de los servidores públicos (artículos 109, 110 y 111).

II. DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

La relación entre el derecho penal y derecho procesal penal o derecho de procedimientos penales, es tan estrecha que la referencia de uno y otro aparecen con frecuencia mencionados como derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo. Esta relación se entiende cuando se tiene presente que, justamente, la función del derecho procesal es lograr la aplicación del derecho penal sustantivo.

Las normas que integran el derecho procesal están constituidas por aquel conjunto de disposiciones que habrán de permitir la aplicación, al caso concreto, de las normas vinculadas con el derecho penal (Vgr.: si el derecho penal previene una disposición que establece que robar a otro es un delito conminando tal conducta con una sanción penal, al derecho procesal penal y corresponden todas aquellas disposiciones relacionadas con los procedimientos, es decir, el proceso de verificación a través del cual será posible que el Estado determine que, en el caso concreto, efectivamente se cometió el delito, que existe un responsable a quien deberá ser de aplicar una pena individualizada en términos de lo previsto el código penal).

La estrecha relación entre ambas ramas del derecho no debe llevar a confundir la plena autonomía entre uno y otro. Mientras que el derecho penal encuentra su límite en la determinación de cuales son los delitos y cuáles son las penas correspondientes, al derecho procesal penal le corresponden las normas que establecen el procedimiento de verificación para determinar, en el caso concreto, la aplicación de aquel.

III. DERECHO PENAL Y OTRAS ÁREAS DEL DERECHO QUE PREVIENEN TIPOS PENALES

Independientemente del catálogo de delitos y de penas que aparecen previstos en el código penal, existen un conjunto de leyes penales especiales, así denominadas porque su estructura supone la presencia de un cierto precepto conminado con una pena, que aparece previsto en otras ramas de derecho, con las cuales naturalmente se establece una evidente relación con el derecho penal. Se habla así del derecho penal o mercantil, o laboral, o administrativo, o fiscal, etcétera (Vrg.: en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el libramiento de cheques sin provisión de fondos, entre otros; en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la quiebra fraudulenta; en el Código Fiscal de la

Federación, el delito de contrabando; en materia laboral, la huelga fraudulenta, etcétera). En este sentido, toda vez que se trata de verdaderas normas penales, cuya diferencia específica se plantean relación con la ley que las enmarca, se habla también del “derecho penal criminal”, para referirse al contenido capaces mencionado específicamente el código penal.

Por otra parte, la relación con el derecho civil se observa en el gran número de conceptos que maneja el derecho penal, cuya connotación jurídica aparece proporcionada por aquél. (Vgr.: conceptos de persona, bien, mueble, etcétera).

IV. DERECHO PENAL Y DERECHO EJECUTIVO PENAL

La relación entre el derecho penal y el derecho ejecutivo penal es asimismo evidente. Si al derecho penal le corresponde la tipificación de las conductas estimadas como delitos y las penas que le son aplicables, al derecho ejecutivo penal, en cambio, le corresponde todo el ámbito de regulación normativa vinculado con la etapa de la ejecución. Una vez que se ha dictado sentencia condenatoria, previo el procedimiento correspondiente en que se determine la responsabilidad y se declara la culpabilidad del agente, por el órgano jurisdiccional, procede imponer la pena respectiva. A partir de este momento, corresponde a una autoridad diferente, regularmente la autoridad administrativa, el cumplimiento de la ejecución de la pena, cualesquiera que pudiera ser esta, y que en general lo es la prisión en las instituciones de reclusión penitenciaria, en donde existen una serie de normas y de trato y tratamiento que forman parte, precisamente, del derecho ejecutivo penal. Lo mismo acontece con las normas que regulan la ejecución de otro tipo de penas que deben ser también reglamentadas para su cabal cumplimiento, siempre que no existan otras situaciones que mantengan *sub indice* la causa.

V. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Existe una relación estrecha entre el derecho penal y la criminología. Si bien el derecho penal, en cuanto rama del orden jurídico general, es objeto del conocimiento normativo y criminología es una ciencia causal explicativa del fenómeno de la criminalidad, lo cierto es que ambos ámbitos de conocimiento se relacionan con el delito, el delincuente y la pena como una reacción social del Estado.

La criminología, así, se orienta hacia el estudio del delincuente, del fenómeno de la criminalidad (criminogénesis y criminodinámica) de los procesos de criminalización y de la reacción social del Estado, entendi-

dos, obviamente, de acuerdo con la orientación criminológica de que se trate, sea en base a consideraciones biológicas o sociológicas que la alientan, sean relación con la etiología del delito, la criminogénesis y la criminodinámica, en relación a consideraciones económicas, sea en relación con las manifestaciones de la reacción social del Estado o bien, acerca de los procesos de criminalización.

Por otra parte, en una segunda acepción, se ha entendido a la criminología como la disciplina encargada de determinar las políticas a seguir en relación con la criminalidad, precisamente, como consecuencia de su estudio del fenómeno. Tal concepto es equivalente al de la disciplina descrita como política criminal.

La criminología tradicional ha sido cuestionada sobre todo por la orientación de la criminología crítica manifestada, sobre todo, a partir de la década de los años setentas, respecto del contenido decreto del estudio, en el sentido de que, en cuanto ciencia causal explicativa del fenómeno delictivo sólo se había ocupado de conocer o reconocer las características de la conducta criminal, partiendo de la base de su autoafirmación de ser una ciencia objetiva e ideológicamente ascéptica. Esto fue seriamente cuestionado al señalarse que toda ciencia tiene invariablemente un cierto contenido ideológico determinado por la estructura del poder. En este sentido, la criminología es particularmente sensible por su contenido tan estrechamente vinculado con el control social institucionalizado de que dispuso. Por esta razón, fue cuestionado el que tal disciplina se viera favorecida en su desarrollo en un cierto orden de ideas (determinar las causas del delito a partir del delincuente) y que en cambio, no favoreciera el estudio de los procesos reales de criminalización y la eficacia del sistema mismo de la justicia penal y de las penas. Esto condujo, sobre todo después de la segunda mitad del siglo XX, al surgimiento de otras orientaciones de la criminología dirigidas, más que al conocimiento de las causas del delito y al estudio de las conductas criminalizadas y sus autores, a los procesos de criminalización y a las características de la pena, en general, englobados en la criminología de la reacción social, que abarca el interés por el fenómeno de la criminalización y por el funcionamiento mismo del sistema penal como parte del sistema de control social. Con esto, dicha posición difiere de la criminología tradicional, al estilo de la escuela positivista italiana que, de entrada, cae en procesos que son en sí estigmatizantes y deja afuera de su estudio el sistema penal mismo, a los procesos selectivos del sistema penal y a su contenido ideológico.

En síntesis, es evidente que existe una estrecha relación entre la criminología y el derecho penal en función de converger en su interés en el delito, la responsabilidad y las penas, enmarcados en el ámbito de la

relación social que implica a los conceptos del sistema de la justicia penal, al sistema de la reacción social del Estado y al sistema del control social. En resumen, lo cierto es que entre ambos se da una relación evidentemente con la política criminal, en proceso de interacción permanente.

VI. DERECHO PENAL Y CRIMINALÍSTICA

Existe relación entre el derecho penal y la criminalística, en tanto que, si bien al derecho penal le corresponde la determinación de los delitos y la definición de las penas que le son aplicables, a la criminalística, en cambio, como ciencia no normativa sino causal explicativa, le corresponde el conocimiento de todos los métodos de la investigación científica, útiles para el objetivo de determinar, en el caso concreto, la existencia del delito y la responsabilidad de los inculcados en su comisión.

En este sentido, es evidente la relación que guarda la criminalística tanto con el derecho penal, como con el derecho procesal penal. Su contenido, así, aparece conformado, entre otros ámbitos, por la balística, la dactiloscopia, la química, la física, la medicina, la psiquiatría y la psicología forense y, en general, las diferentes ciencias y técnicas que participan en la criminalística, denominada también, en tanto técnica de la investigación científica, “policía científica”.

VII. DERECHO PENAL Y DERECHO DEL MENOR

Una relación estrecha se da también entre el contenido del derecho penal, y el derecho del menor, basto campo también denominado “derecho tutelar de los menores infractores”, el cual contiene la regulación especial relativa a los menores que cometen hechos previstos en la ley penal como delitos y que, en razón de su edad, implican la necesaria aplicación de la legislación especial mencionada, con la imposibilidad de aplicación de la sanción penal, prevista en el código penal. Como es natural, la razón de esto no obedece sólo a la diferencia de edades en sí misma, sino a lo que ello implica.

La legislación especial tutelar de los menores, se sustenta en el reconocimiento de que los menores son personas que se desarrollan en el universo propio de la niñez, de la pubertad y de la adolescencia, con sus propios objetivos y valores que, obviamente, no son los mismos del universo del adulto, cuyo patrón de conducta es el que determina la conducta socialmente deseada para el derecho penal.

Tal reconocimiento acerca de ese propio mundo, significa a la vez, el reconocimiento de que el menor observa un insuficiente desarrollo intelectual que no le permite valorar la estructura social y cultural en

que se desarrolla el mundo social de los adultos, que es penalmente regulado como base de la relación social y, atento a esto, para proveer mejor a su relación con el mundo, a partir de su comisión de hechos que son típicos penales, es necesario que exista un derecho especial que tenga las características de ser eminentemente tutelar y formador de los menores, como seres humanos en formación que deberán de desarrollarse en el universo social y cultural de los adultos.

Si el derecho penal entiende el sentido de sus normas y de la pena en razón del objetivo de seguridad jurídica para la convivencia, propugnando a la última en función de criterios de prevención general y prevención especial, relacionados con la protección y salvaguarda de bienes jurídicos, cuya lesión implica la comisión de delitos; en el caso de los menores, en cambio, este objetivo específico, no es el anterior, que se concreta en la retribución por la afectación causada (prevención general) como tampoco el de la reincorporación social de la persona quien se la aplica (prevención especial), sino que fundamento del orden jurídico del menor se sustenta sobre la base de un derecho esencialmente tutelar y formando, es decir, que al objetivo de la retribución por la afectación al bien jurídico y de la seguridad jurídica misma, como objetivo fundamental del derecho, cede ante el objetivo de la formación de los menores.

Este orden de ideas, aún siendo claro, no por ello ha dejado de plantear también algunos problemas. En ocasiones condujo a extremos en que el interés por avanzar en una legislación estrictamente tutelar cayó, por su rigor, en procedimientos tan severos que llegó a limitar los derechos subjetivos de los menores. De esta manera, la regulación sobre los menores llegó a ser en ocasiones más severa que el existente en relación con los adultos, como consecuencia de no haberle reconocido las garantías constitucionales de de los derechos subjetivos del procesado, razón por la cual el procedimiento y las medidas de trato y tratamiento tutelar llegaron a ser en ocasiones más rígidas que el de los adultos. Por esto, con justa razón, sobre todo después de la segunda mitad del siglo XX, se ha desarrollado una tendencia jurídica internacional, que naturalmente, también ha tenido un importante efecto del campo jurídico mexicano, que favorece tal reconocimiento de los derechos constitucionales en relación con el procedimiento tutelar de los menores. Así, a la vez que se reconoce la importancia y trascendencia del contenido eminentemente tutelar del derecho del menor, también se reconoce la necesidad de que aparezca plenamente protegido por todas las garantías procesales que la legislación constitucional previene.

En síntesis, en el derecho del menor, las medidas aplicadas no son en sentido estricto, penas; la pena tiene por objeto, sea la prevención

general o la prevención especial, vinculada con la salvaguarda de bienes jurídicos y de la seguridad jurídica de la sociedad. En el derecho del menor, su naturaleza es evidentemente tutela y, por lo mismo, implica como objetivo principal la formación y el menor, por lo que significa un derecho que aspira ser formador del hombre y, en tal sentido, observa un fuerte contenido moral.

Si tal característica, *i. e.*, ser “formativo del hombre” se sustentará como principio a la base del derecho penal, ese sería el derecho in-moral, en la medida en que no estaría respetando la autonomía moral de la persona, sino que estaría tratando de formarlo moralmente. La característica fundamental del derecho, en un estado de derecho liberal, se basan el objetivo de dar oportunidad del hombre para formarse y desarrollarse de acuerdo con sus propios objetivos y características personales, en un ámbito de respeto a la libertad individual. En este sentido es que el derecho, es un orden ético, en tanto que se ocupa de regular la conducta social del hombre, de ahí que el individuo, en uso de su libertad individual, pueda actuar sea conforme o en contra de la conducta social señalada en la ley y, por lo mismo, es que puede cometer delitos que el Estado reprime.

El derecho penal, por esto, es un orden ético social, que es también moral, en la medida en que respeta la libertad individual y respeta la moral del hombre; no impone una moral. Sería contrario a la libertad individual y, en consecuencia, sería propia de un Estado dictatorial al intentar imponer una moral social específica.

En tratándose del derecho del menor, por el contrario, al reconocerse que el menor es un ser en formación, se entiende y se admite que, como consecuencia, el fin formativo del ser humano es consubstancial al mismo. Esto hace necesario incorporar en el derecho un contenido que favorezca en sentido paternalista. Por esta razón, si bien ambos ámbitos del derecho se relacionan estrechamente, también se distinguen sustancialmente, constituyendo un grave error la equívoca pretensión de su aplicación indistinta, con diferencias sólo en los montos o en la denominación de las sanciones.

La legislación especial de los menores observa como antecedente, en su evolución, que el primer tribunal de menores fue creada en el año de 1899, en Chicago, con una concepción tutelar que fue paternalista, y que observó perfiles de severidad en el contexto de su propio procedimiento. Esta característica que mantuvo y fue evolucionando hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, con criterios más o menos similares sostenidos en diversas partes del mundo. En 1967, atento a una resolución de la Corte Suprema de Estados Unidos, este criterio fue

modificado al considerarse insuficiente la defensa de los menores, según se acreditó en un caso ocurrido en Nueva York que llevó a que un menor de quince años, resultará más afectado por una resolución, de lo que habría sido afectado en un proceso conforme a la ley penal para los adultos, razón por la cual se reconoció la importancia de garantizar también la situación procesal del menor, independientemente de mantener sus características del derecho tutelar.

Desde la perspectiva técnica penal, la razón de ser de la regulación especial de los menores, obedece al fundamento mismo de la culpabilidad. Sin en el derecho penal se estima que sólo puede ser responsabilizadas aquellas personas que tiene capacidad de autodeterminación para conducirse conforma a ésta, lo que en la ley penal mexicana aparece recogido en lo dispuesto en el artículo 15, fracción VII, a su vez en relación con artículo 69 *bis*, se observa que *iuris et de iure*, no existen en el caso de los menores, dicha capacidad hasta la edad de los 18 años. Sobre este último particular relativo a la edad que deben ser contemplada para determinada la minoría, la legislación no ha sido unidorme; así se han estimado como edades 14, 16, 18 y 21 años básicamente. México, en general, ha sostenido el criterio de la inimputabilidad hasta los 18 años.

VIII. DERECHO PENAL Y DERECHO CONTRAVENCIONAL

Existe asimismo, una relación estrecha entre el derecho penal y el así denominado derecho de policía, al grado de que se hace necesario aclarar sus diferencias ya que ambos prohíben conductas que se estiman contrarios al interés social y ambas, también, supone la aplicación de una específica sanción del Estado, como respuesta social. En el caso del derecho penal es la pena y en el caso del derecho del policía es la multa o arresto. Por lo que algunos se han aventurado a señalar que entre ellos no existe más diferencia que de grado.

En relación con las diferencias que se reconocen entre el derecho penal y el derecho administrativo contravencional o de derecho de policía, se ha sostenido que existe un injusto contravencional que es cualitativamente o cuantitativamente diferente del injusto penal. Para quienes adoptan el criterio de la diferencia cualitativa, señalan que no solamente se trata de menor grado del injusto, sino que existen diferencias cualitativas, que consiste fundamentalmente en que se trata de afectaciones de creación política, es decir, conductas que más que afecta bienes jurídicos, implican sólo la inflación a leyes positivas de la relación social. Este orden de ideas han sido criticado en la medida en que resulta poco convincente afirmar la inexistencia de bienes jurídicos y, así, se

observa invariablemente la protección de bienes jurídicos es el punto de partida, tanto de los delitos como, también, de las contravenciones, si bien es también cierto que existen bienes jurídicos de diferente naturaleza, algunos de ellos originados como consecuencia de la complejidad de la vida social.

En otro orden de ideas, se afirma que el derecho penal protege la individualidad del hombre que viven sociedad, es decir, observa como característica, ser un orden de regulación de la relación social orientada a proteger derechos del individuo como base de la relación social; en tanto que en las contravenciones su objetivo aparece orientado más a los aspectos que se refieren a la persona en su carácter de miembro del grupo social. En el primer caso, surge la aplicación de la ley penal ante la lesión a bienes jurídicos de los individuos miembros de la comunidad; en tanto que el segundo caso, las contravenciones, nacen de las afectaciones del hombre a las reglas sociales de la convivencia, en tanto que miembro de la sociedad. Este orden de ideas, sostenido por Golemith, ha sido cuestionado por considerarse que no existe una distinción claramente identificable entre considerar la conducta del hombre como individuo a considerarla como miembro de una comunidad, en realidad ambas calidades aparecen invariablemente presentes. Frente a esta orientación y ante sus impugnaciones se ha insistido en que existe, sobre todo, una diferencia cuantitativa entre el injusto penal y el injusto contravencional.

El hecho contravencional, también denominado “de faltas Administrativas”, o “de policía”, aparece contenido en aquel. Las disposiciones incorporadas en los reglamentos de policía y de buen gobierno que tiene como sanción la “multa” y también la privación de libertad de corta duración, específicamente denominada “arresto” hasta por un máximo de treinta y seis horas, en los términos de la ley actual, a partir de lo dispuesto el artículo 21 de la Constitución. Con anterioridad, previa a la reforma constitucional, relacionada al arresto, llegó a ser hasta por quince días.

Ante la similitud de la respuesta del Estado frente a ambos tipos de norma, y no pocos lugares se les ha considerado a todas como de un mismo contenido penal, en donde no existe más diferencia de la gravedad de las conductas contempladas y las sanciones impuestas. A mayor abundamiento en este mismo orden de ideas, vale recordar que algunas legislaciones del mundo, básicamente las que siguieron directamente el modelo del código penal napoleónico de 1810, dentro del mismo código penal se incorpora el derecho contravencional.

En la legislación mexicana, independientemente de la naturaleza intrínseca de ambos órdenes jurídicos, cuya diferencia en el pensamiento

de algunos autores, está básicamente vinculado con la distinción entre los delitos conocidos como *mala in se* y las contravenciones configurados como *mala prohibita*, lo cierto es que el procedimiento de aplicación, en uno y otro caso, es distinto. En la ley penal, sólo es posible imponer sanciones penales, en función de la existencia de un delito, susceptible de ser imputado a una persona responsable, mediante un procedimiento de verificación, implica al cumplimiento a las disposiciones de la ley procesal penal. En cambio, las sanciones administrativas del derecho contravencional, no requieren de este procedimiento penal o procesal previo para la imposición de las mismas.

En un orden de ideas distinto, vinculado también con las relaciones entre el derecho penal y el contravencional, vale apuntar el riesgo que existe, en el sistema penal mismo, en relación con algunas de las soluciones de “destipificación” o “despenalización”, a partir de lo cual figuras que formaban parte del orden jurídico penal dejar de serlo para pasar a ser contempladas como infracciones, sujetas a un tratamiento administrativo, en donde, las mismas, en lugar de reflejar un verdadero respeto a principio de la intervención mínima penal, implican la presencia de fórmulas a través de las cuales la autoridad puede imponer sanciones sin necesidad de la garantía del procedimiento previo. De aquí la necesidad de contemplar con particular cuidado uno y otro ámbito y sus consecuencias, en la inteligencia de que esto forma parte de la cultura jurídica de un país.

IX. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

El derecho administrativo disciplinario se conforma con las normas que previenen conductas y sanciones para los integrantes de un cierto grupo administrativo o corporación y cuyo objetivo es el buen funcionamiento interno del mismo. Por ello, las sanciones tienen carácter más reparador que preventivo. Si dentro de una empresa una persona incurre en conductas que afectan la lealtad institucional o a las características del funcionamiento interno, que afectan la imagen de la administración o lesiona la confianza de los miembros, se hace acreedor a una sanción disciplinaria que, como característica, se observa que, invariablemente, representa una sanción dirigida hacia *intranis* y que no puede alcanzar ningún *extranis*. Las sanciones disciplinarias son eminentemente reparadoras, en la medida en que su imposición se orienta a evitar que vuelva incurrir en ese tipo de faltas dentro del grupo. Así, la suspensión o el apercibimiento interno se orientan a eliminar la posibilidad de repetir conductas similares.

X. DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Existe una estrecha relación entre el derecho penal y los derechos humanos. Basta tener presente que los derechos humanos implican una serie de principios fundamentales, en ocasiones regulados o recogidos en disposiciones de la ley fundamental de cada país. En México, básicamente se regulan en los primeros 29 artículos de la constitución, y se recogen también en instrumentos internacionales que establecen límites a la regulación jurídica, especialmente a la jurídica penal.

En ese sentido, particular relevancia tienen, por una parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en 1948, como resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, al término de la Segunda Guerra Mundial, después de la creación de la misma en 1945, como órgano sustituto de la Sociedad de Naciones, anteriormente existente y que, evidentemente no logró alcanzar los objetivos de equilibrio y solución pacífica de los conflictos para los que había sido creada.

Dicho instrumento internacional, a su vez, se vio complementado con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, vigente desde 1976, como, también, con la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Colombia, en 1948, y muy especialmente en este específico ámbito, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, 1969, los que a su vez, se vieron ampliados con el contenido de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974, suscrito la Ciudad de México, conocida como el Pacto de Tlatelolco.

En todos estos documentos se recoge una serie de disposiciones que implican el respeto a la libertad individual y a diversos derechos de la persona, considerada en su dimensión individual y social. Entre otros aspectos, se refieren a la prohibición de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes; propugnan la abolición de la pena de muerte y su prohibición, en los países en donde ya hubiera sido abolida. En general, establecen bases fundamentales vinculadas con un procedimiento que respete el alcance de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad y de la dignidad e incolumidad de la persona. Todas éstas disposiciones, naturalmente complementan y reafirman, en su caso, el contenido de las disposiciones previstas en la constitución política de cada uno de los Estados y sirven para conformar y delimitar las características del *ius puniendi*, a nivel internacional e interno, conformando con ello las bases de una conciencia universal acerca del respeto a la persona.

XI. DERECHO PENAL, MEDICINA LEGAL, PSIQUIATRÍA FORENSE Y PSICOLOGÍA FORENSE

Existe relación entre el derecho penal y la medicina legal, en la medida en que el primero, como ordenamiento que impone delitos, requiere de la clara determinación de éstos y la medicina legal tiene por objeto, precisamente, la observación, estudio y prácticas médicos legales, que permitan llegar al conocimiento de la verdad, auxiliando en la determinación de los delitos y en la responsabilidad de quienes los hubiesen cometido. La medicina legal es una de las ciencias que forman parte del campo de la criminalística.

La misma situación acontece en relación con la psiquiatría forense, que también permite, en base al contenido de la medicina psiquiátrica, determinar las características que permiten establecer la capacidad de comprensión de las personas que intervienen en la comisión de un delito y, en función de esto, estar en posibilidad de determinar su responsabilidad penal, a su vez, base del juicio de reproche de culpabilidad que permite aplicar las penas de quienes hubiesen cometido hechos previstos en la ley penal como delitos. Otro tanto acontece, también, de manera similar, con la psicología criminal o forense, que permite aprovechar los conocimientos de este campo científico para conocer mejor la conducta del delincuente del autor, a partir de su personalidad y, por lo mismo, ofrece también, cuando las circunstancias lo exigen, la oportunidad de aprovechar esta ciencia para precisar el grado de la responsabilidad del sujeto delincuente.

XII. DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA

El derecho penal se vincula con la filosofía, en la medida en que el conocimiento del derecho penal implica una ciencia del derecho penal y la filosofía, a su vez, se vincula con todos los campos científicos, en tanto que su objeto de estudio es el conocimiento del ser, en general. La ciencia procura alcanzar el conocimiento del ser de sus respectivos objetos de conocimiento.

CAPITULO DECIMO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEY PENAL EN EL MUNDO Y EN MÉXICO

SUMARIO I. concepto.. II etapas de las ideas penales. III. Historia de las ideas penales y de la legislación penal. IV. Evolución histórica de la legislación penal en México.

I. CONCEPTO

A preguntarnos acerca del objeto del derecho, ello con llevar al problema del derecho mismo, esto es, a la interrogación primera ¿que es el derecho? Su respuesta, sin duda, es uno de los temas vinculados con la sociedad y el hombre que con especial el recurrente insistencia y persistencia ha sido planteado a todos los tiempos y bajo todas las formas. Así, en el intento de darle respuesta, lo mismo se ha hablado, con la mayor o menor medida, de la " naturaleza" , del "origen", del "fin" o del "objeto" del derecho.

Para conocer cuadro va de acudir, como lo hace Hart , al camino de "las convenciones que gobiernan su uso". Cuando no se cuenta con una definición clara es siempre de utilidad pone atención a la forma en que se usa y se utilizan expresión para saber que es lo que con ella se nombra y, a partir de esto, precisa su contenido. Aprovechando a la convención que gobiernan su uso nos acercamos, así al entendimiento del aquel generalmente se designa, en que contexto y bajo qué circunstancia. Por esto, con razón expresa asimismo kelsen, que para definir un concepto, se tiene que tomar como punto de partida, e invariablemente, el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión. En resumen, para determinar si existe una objeto del derecho, es útil acudir a la historia de la cultura que proporciona una evidencia contundente acerca de la persistencia del concepto del derecho, a través de los siglos. De aquí la importancia de acudir a los orígenes más remotos de las manifestaciones del derecho.

Así, ha expresado Hart que la característica maquinaria irrelevante del derecho, en todo el tiempo y lugar, en superficie indica que cierta conducta humana de ejercer optativa, convirtiéndose en obligato

ria. La presencia del derecho implica la reducción de las acciones del comportamiento de los individuos. La técnica para captar el objetivo de la obligatoriedad de la conducta sea efectiva través de la técnica del castigo, sólo así puedo lograrse la conducta de ejercer optativa y que los miembros de la comunidad se abstengan de incurrir en ella. La forma más simple para lograr que la conducta ejercer optativa, convirtiéndose en obligatoria, es cuando una persona o un grupo de personas, que impone el cumplimiento de lo que dice un tercero, mediante la amenaza de consecuencias desagradables para derecho, en caso de que rehúsen. Esto es, la posibilidad de la norma jurídica.

Naturalmente, esta idea, conformada dentro de estructura democrática del poder, tiene que aparecen definidas, necesariamente, en un cese del mismo, orientando a satisfacer la necesidad social de los individuos miembros de ello con cómo base en la convivencia. Esto significa el logro del equilibrio social sobre la base de la protección de los bienes jurídicos de los individuos que la integran. Si la concepción del derecho apunta, se calificará como lo correspondiente a un estado de derecho democrático. Deberá, en consecuencia conformarse con los elementos que precisamente, exige la definición democrática una concepción del derecho que si afirme sobre bases diferentes, sin duda es dable sobre la misma afirmación general Tejada, incluso frente objetivo de la convivencia, acaso, también sobre la base de la seguridad jurídica que, incluso, en la idea de declive social. Sin embargo, tales objetivos pueden ser también autoritarios o bien orientados a la defensa de los intereses del grupo en el poder, lo que naturalmente debe establecer una fórmula democrática.

En este mismo orden de ideas, no es difícil suponer que en sus orígenes, antes del existencia de leyes cierta, dadas en un grupo social, las mismas fueron establecidas a resolver directamente los conflictos sociales por los jefes de los grupos, tribus o quienes u órganos a cargo de la autoridad. Cuando el estructura de poder estabilizar aparecen los que, con posterioridad, habría de ser la ley y, naturalmente, de la ley penal.

II ETAPAS DE LAS IDEAS PENALES

En exposición relativa al evolución de la ley penal en el mundo, es frecuente la referencia a tres periodos básicos.

La etapa de la venganza primitiva

La etapa de la venganza pública; y

La etapa de la humanización de las penas

No dejando de reconocer lo cuestionable de una división de éste género, que se antoja, acaso, demasiado sin vista, para intentar explicación de un fenómeno humano y social tan complejo, pero reconociendo, asimismo, su valía como idea general, alardes que es una clasificación frecuentemente referida a la literatura de la materia: a punto venganza primitiva. Ese general reconocido como la forma más primitiva de la convivencia. El hombre, que lo individual, frente a las situaciones de conflictos que se les presentaban, derivadas en acción que otro, miembro de la comunidad o de otros grupos políticos, de accionar de manera directa, con una respuesta personal implicaba su "retribución personal" frente al acto quien afectaba, y que, naturalmente reunían las características de una sea bien " reacción primitiva" o "venganza primitiva".

Tal forma de respuesta individual primitiva de la venganza privada, en la medida en que fue recogida por los miembros de la propia familia habría de generar, con el tiempo, las ideas primitivas de la así denominada "venganza de sangre", en donde derecho que afectaba a alguno de los miembros de la familia, (entendida como un grupo) originaba como respuesta una sea bien " venganza primitiva" ya no se "personal", sino "familiar" o de "grupos" que obliga a todo el grupos o familia ofendida.

De venganza pública. La segunda etapa frecuentemente señalada como la que "venganza pública", derivada precisamente de la evolución mencionada al final del apartado anterior. Esto surge cuando la estructura del poder será consolidar dentro de los grupos sociales, en una liga tal, que alcanza su estabilización a través de la definición de una estructura política y social más o menos jerarquizada y, en donde, en su expresión aún primitiva, el mantenimiento del orden dentro del propio grupo, lleva la necesidad de sustituir la respuesta de la venganza primitiva, por la facultad otorgada a una persona que concentra y representa el poder, para ser efectuada por el mismo y, después, de la persona por el, especialmente destinada al efecto. Esto con el tiempo, habría de estabilizar en existencia de un órgano específico dentro de la propia estructura del poder, que como a su cargo la función de dirimir las controversias que impone, en su caso, las penas correspondientes. Este periodo, que tomó siglos y millones, que supone obviamente, la presencia de una estructura social más avanzada, en donde es posible identificar la presencia de un estado ya conformado con sus características. El cual evoluciona hasta alcanzar su nueva configuración bajo el concepto del estado de derecho moderno, como resultado del iluminismo europeo, a fines del siglo XVIII, época en que se produce la reacción que lleva al tercer periodo, sobre la fase de la concepción del estado apoyado sobre todo en los principios de legalidad y de división de po

deres, que favorecen la nueva concepción democrática republicana, liberal y, asimismo, con la concepción humanitaria de la penal.

C. Etapa de humanización de las penas. Etapa del así denominado periodo de "humanización de las penas", se presenta como una de las consecuencias del iluminismo europeo, fundamentalmente francés; aunque también, alemán, italiano español, constituido en lo general, por un cuestionamiento crítico acerca de la concepción del estado absolutista precedente, que habría de llevar a la formulación del nuevo concepto del estado de derecho en sentido moderno. Cuya característica, fundamentalmente reconocimiento de valores absolutos del hombre, derivados del iusnaturalismo unido al racionalismo, valores que forma de derechos deberían de ser reconocidos dentro de estructura social, por ser consubstanciales al hombre (naturalista y no divina), por corresponder a los derechos no cedidos en el consenso que (teoría del contrato). Esto condujo a las ideas en la democracia liberal y social, con marcado interés con la condición humana, lo que el ámbito de la protesta punitiva del estado, favoreció bien terminó el proceso de la humanización de las penas.

Durante siglo de la ilustración tales cuestionamientos replantearon, básicamente, la relación mítica entre dirimir una sociedad, alardes que, la relación político entre gobernante gobernador, que eran de "algunos aspectos medulares del la crítica social" y quien ganó estructura política delimitaba. Como consecuencia colectiva a lo anterior, también se cuestionó las características de la respuesta social punitiva del estado. Esto llevó a la afirmación de ciertos principios fundamentales que modificarían sustentable mente y modelarían el concepto del ius puniendi (protesta punitiva del estado), a partir nuevo ius poenale, humanitario, y le acusa de nuevos criterios en posición y el establecimiento de ciertos límites que significaron la prohibición a determinadas formas punitiva precedente; penas caracterizada por el sorgo contenido retributivo imperativo social, sin más límites de la retribución misma, y que cada día las penas corporales, crueles e informantes, de que dan cuenta la historia de arsenal de las penas, según la feliz expresión de Bernardo Quiroz que han referido autores de todos los tiempos, entre los cuales, Beccaria y Howart y de manera mas cercana, lo mismo Cuello Calon, Von Henting o Foulcautl

Las nuevas ideas de estado, sobre la base de los criterios señalados, apoyados en ideas filosóficas y el avance de la ciencia y de la técnica, condujeron a las nuevas orientaciones punitivas. La penas de prisión, surge de manera más ius analizada como fórmula. Para superar los infrahumanos excesos de las penas corporales e informantes, cuyo sufrimiento y dolor es difícilmente inconcebible dentro de la

Concepción actual de la penal. Acaso, sólo teniendo presente la características de las ganas de tormento de aquellos tiempos, cuyo tipo era, precisamente, lograr las concepciones de la persona aparte de causar el mayor grado de dolor físico sin producir la muerte; una vez alcanzada la confesión, aplicar la muerte, en la inteligencia de que tales procedimientos, en la gran mayoría de casos, conduciendo invariablemente a la muerte. Por esto, la prisión por el principio de gran cambio en el proceso de humanización punitiva constituyendo una fórmula más congruente con la estructura económica y social de la concentración urbana. En el curso de los siglos siguientes, la penas de desarrollo a partir del concepto de la corrección y de la reincorporación social, sobre la base de la ideología del tratamiento, en embargo, no eliminaría del todo, el contenido retribución o de la pena.

Las etapas de la solución señalada se debe tomarse en cuenta representa lo relativo a su contenido, lo que se denota al observar manifestaciones de cada una de dichas etapas en el seno de las otras, sin que haya una definición que permita distinguir claramente entre la terminación de una y de la siguiente. La realización social, permiten observar que en todos los tiempos de la historia han habido manifestaciones simultáneas de las diferentes etapas como, también, aparte y retrocesos. Así, a manera de ejemplo, históricamente se tiene conocimiento de concepciones corrección analistas que cedieron en ciertos momentos florecientes de la cultura, hace 2000 años o más, en Grecia; como también se observan fenómenos de venganza privada y tengan presente familiar en la civilización actual, no sólo en algunas etnias identificadas con sus propios valores, sino, también, dentro de grupos que se afirmaba, como expresión de la, en la que "invitación y cultura más desarrolladas" del mundo moderno, en los diversos países, y, tales en caso de los de "escuadrones de la muerte" igualmente en las subcultura delincuenciales, frecuentemente se hace uso del concepto de la pena que privada y de la venganza de sangre, como una consecuencia de las propias exigencias delincuenciales, como ocurre los grupos vinculados con la delincuencia organizada internacional. En fin. Son situaciones, toda esta, presentes en no pocos países, que obligan a observar las raíces, que "siempre relativa " de los mencionados períodos de la evolución penal.

III HISTORIA DE LAS IDEAS PENALES Y LA LEGISLACION PENAL

En síntesis, aunque es difícil hablar de una continuidad histórica, es posible reconocer en la historia del derecho penal un evolución general que se orienta hacia el reconocimiento del hombre, como el centro de interés y eje de toda regulación, lo que implica el reconocimiento a su autonomía e individualidad necesaria vida y convivencia

Los temas que ocupan la atención del presente como de derecho penal mexicano, se vincula fundamentalmente con la doctrina y teoría planteada en el curso del presente siglo y en el anterior, y cuyos antecedentes se reconocen sobre todo, a partir de la concepción del estado moderno de derecho, a fines del siglo XVIII.

Base del estas consideraciones para tener presente que no pocos de los fenómenos sociales característicos de la sociedad actual, que han planteado diferentes culturas de tiempos diversos de la historia del hombre.

Baste estas observaciones para explicar, así sea a panorámica mente, la evolución del derecho penal, en particular las normas de reacción punitiva y la forma que el interés por las personas humanas sirvió de impulso eficiente de su transformación.

IV EVOLUCION HISTORICA DE LA LEGISLACION PENAL EN MEXICO

Procurando en atender normas en cuanto se señalen apartado siguiente acerca de los antecedentes remotos del sistema punitivo México con una parte del juego de la cultura misma niña; cultura milenaria siempre presente nuestra idiosincrasia en rasgos individuales, como también presente la cultura occidental europea, a través de la española. Estos componentes que integran el sincretismo cultural de nuestro pueblo, son determinantes para reconocer las características de la cultura de México del presente, y que, en síntesis, conforman las características de la nación mexicana, sus valores lo que permite entender y explicar, el orden jurídico penal del presente.

El México Azteca el conformo en un estructura social y política democrática militar, que en relación con su sistema punitivo, implica un régimen severo y erigido como orden jurídico. El antecedente directo del orden jurídico actual, es del orden jurídico colonial europeo por un acervo considerable de leyes, no siempre uniformes, leyes directas en España para España y aplicadas en la nueva España, leyes directas en España directamente para las colonias, como las leyes indias y las diputadas directamente en el virreinato de la nueva España.

En el México que siguió a la independencia, aparecen recogidos en el de "bosquejo general del código penal para el estado de México". De 1831 y en el código penal del estado de Veracruz de 1825, el primero ordenamiento penal del país, ambos fuertemente influenciado por el código penal español de 1822, de contenido bastante liberal hablar de que, fuertemente influenciado por el código napoleónico de 1810.

Entre los aspectos más relevantes de la evolución legislativa, vale señalar que antes de la promulgación del código de 1871, según precisamente reconocen autores de la época, aparecen vigentes leyes que derivaron de disposiciones de los congresos mexicanos, decretos de las Cortes de España, cédulas y ordenanzas. La recopilación de las Indias, las ordenanzas de intendente, plano distinta recopilación, el fuero real y las siete partidas.

El primer código penal federal de México, fue el de 1871, conocido como código entre comillas "Martínez de Castro" o código sea "Juárez", cuya vigencia se prolongó hasta 1929. De acuerdo con su principal elaborador, fue un código que intentará seguir la orientación, denunciada como también comillas "clásicas" fundada en la responsabilidad moral, apoyada en el libre albedrío. Nace en un tiempo en que el país vive la influencia de la filosofía de competir, a través de Gabino Barreda, quien justamente en esta época, expone su pensamiento. Posteriormente mantiene vigente cuando el país se desarrolla con el positivismo de Spenser, quien sostenía justo Sierra. Fue un ordenamiento que tuvo la influencia del código penal español de 1848 con reformas de 1850, como también, el inmediato anterior de 1870, también bastante cercanos. Su contenido aparece apoyado en el utilitarismo y el corrección al mismo inspirados en Bentham y, presumiblemente también que Krause, a través de Roedor, quien fue conocido en España, donde tuvo influencia. Fue un ordenamiento bastante casuista, integrado por 1153 artículos, a diferencia del de 1931, que se integró originalmente con 400. Técnicamente representó un ordenamiento bastante benigno, con penas moderadas, que recogió algunos aspectos conservadores y otros orientación más liberal, como lo demuestra que el haber iniciado la parte especial con los delitos contra la propiedad, evidente indicador del interés preponderante, a la vez que, a continuación aseguró los delitos contra las personas, que se ocupó de los que afectan la vida e integridad corporal y, sólo hasta los últimos títulos, se regularon los delitos contra la seguridad de la nación. En relación con las penas, previno la prisión máxima en 20 años y también incorporó institutos acciones jurídicas avanzadas del correccionalismo, con la libertad preparatoria, la comunicación y sustitución. Acogió la pena de muerte la admisión a la pena de muerte, a su vez, operó sólo ante la falta de un sistema penitenciario y hasta que éste existiera. Aún así hubo fuertes con su rechazo a la misma, según acreditaron los debates del constituyente de 1856-57, que fue donde primero se planteó la misma, para quedar incorporará en la constitución de 1857, con las características dedicadas de la propuesta inicial que sobre el particular se formula en una parte orgánica de 1842 en fin, es lo cierto, que en el ordena

miento penal de Martínez de Castro fue aceptada en sentido abolicionista, como desiderata general de la comisión, en la inteligencia que, al quedar creada la penitenciaría de Lecumberri, y le estructura legal del sistema penitenciario mexicano, quedó sin materia y sin sentido la previsión de la pena capital, que por tanto, debió desde entonces ser eliminada del contexto de la cultura mexicana y del texto de la constitución.

El código en cuestión, satisfizo las necesidades de su tiempo, aún que debe tenerse presente que durante el Porfiriato existió un sistema punitivo paralelo: derivado de la irregular guardias blancas o particulares que ayudaron a mantener la seguridad pública, sobre todo, en relación con el sostenimiento de la nueva, concentración de la tierra favorecida por las leyes de colonización de 1875 y 1893. En el año de 1903, se integró una comisión revisora del código penal que presidió Miguel S. Maceado, quien presentó un proyecto en 1902. Este no implicó mayores cambios respecto del ordenamiento de 1871, cargo la sugerencia para incorporar en la ley penal a la figura jurídica de la condena condicional, que, por cierto, que había incorporado en su ley local el estado de de San Luis Potosí. Los trabajos de la comisión, si bien tuviera un estructura organizativa interna y sería, no implicaron cambios esenciales a la ley precedente, situación ésta, explicable, en la medida en que el código penal entonces vigente había satisfecho la ideología del Porfiriato.

Los miembros de la comisión, a partir del propio Macedo, formaba parte del grupo de los científicos por lo que prácticamente, no se dio mayor oportunidad real para incorporar el contenido y sentido de la reciente expresión revolucionaria de 1910.

El código de 1929, conocido como sea "armadas", derogó el de 1871 y tuvo una escasa vigencia de año y medio, como consecuencia de su propio contenido, para ser substituido en 1931. Aún cuando fue el primero ordenamiento penal del período posrevolucionario, no recibió la ideología de esta última, y propuso un ordenamiento jurídico penal, bastante cáustica, con 1228 artículos, influido por el positivismo criminológico sostenido a fines del siglo anterior, que intentará de seguramente llevará la práctica el pensamiento y la enseñanza de Ferry Garofalo, perdiendo de vista el marco histórico, con su contenido de filosofía social y política, era completamente distintivo. Evidencia de esto fue que su principal autor, y después de haber sido derogada la ley, publicó una exposición de motivos de aquél, en tal sentido, y durante toda su vida intentó explicar lo históricamente superado. La éste "sanciones" que así fueron calificadas para sustituir la denominación de sea "penas", no refleja

ron una particular severidad y la sea "segregación", como se denominó a la prisión, observó un máximo de 20 años. También incorporó el concepto de día multa, similar mente a como en un futuro lo recogería en una reforma el código de 1931, y que en su origen inspiró en el de Brasil, de 1830, como también en el proyecto de Livingstone, para Luiciana, de 1825. Como institución particularmente característica de este código, que incorporar en que "estado peligroso", que naturalmente fue uno de los aspectos más cuestionados, a la vez, eliminó la pena de muerte lo que significó un importante avance en la red orientación político criminal.

El código penal de 1931, actualmente en vigor, si bien notablemente deformado, promulgado el 13 de agosto y vigente desde el 17 de septiembre siguiente, fue elaborado por una comisión integrada por José Ángel ministerios, Ruiz Garrido, Ernesto Garza, José López vida, Carlos hay quienes y Alfonso en la tabla; originalmente se integró con un total de 400 artículos. Este solo aspecto, pone en evidencia su superioridad técnica respecto del casuismo de los anteriores. En contenido original, observó la influencia de positivismo que intentará superar respecto del cual, precisamente, se manifestaba una reacción, según históricamente intentó aclarar esta tarde en el documento que elaboró a Manila expresión de motivos y que, con la aprobación de los miembros de la comisión, presentó el congreso jurídico nacional en mayo de 1981, tres meses antes de su promulgación y seis meses después de entregado el proyecto el mismo esta tarde, después de señalar la influencia de la doctrina clásica como también de la positiva en el proyecto, acaba de reconocer una posible filiación a la Terza Scuola aún posible que "neopositivismo": una sea "tendencia ecléctica" práctica irrealizable, que finalmente se concretó en el que "pragmatismos" que sostuvo sobre todo Saldaña, en España. Explicara en dicha exposición de motivos, que se trataba de un código penal de sea "transición", quien sea "... más que construcción un edificio de legislación, lo que se ha intentado es limpiar y preparar el terreno para las reformas se hagan más sabiamente y con más capacidad de discernimiento..." lo que aparecería corroborado por el hecho de que el ordenamiento fue al parecer entregado el 15 de diciembre de 1930, con una presentación de una aguja en la que señalaba un proyecto presentado por observaciones. Siete meses después aparecería promulgado como el hongo código penal.

En realidad, lo cierto es que el código penal de 1981 siguió observando una considerable influencia positiva, aunque recogió diversas instituciones jurídico penal, y orientación más avanzada, que en la

misma exposición de motivos que califican como dependencias político criminal. Bajo la influencia positivista, el código incluye unas instituciones como la habitualidad, la reincidencia genérica y específica, ciertos aspectos de peligrosidad en los criterios de la individualización, en la tentativa, en el concurso, en la comunicabilidad de las circunstancias, entre otras. Por otra parte, adoptar el sistema panista de las penas y medidas, y explicar sus características y sin eliminar la responsabilidad de los no imputables, también recoge la comunicación como forma sustitutiva penal, la libertad preparatoria y la suspensión en ejecución de la pena como condena condicional que, sin embargo, comisión de juicio de peligrosidad futuro. De manera no fácilmente explicable, el ordenamiento de nuestros 31 años muestra comuna severidad notable que constata con los dos códigos que luego antecedieron, los que aún en su respectiva orientación, contemplaron la prisión en 20 años como máximo. El ordenamiento vigente la elevó a 30 años y, posteriormente, la incrementó actualmente en, como después a 50 años. Sin demérito de la reincidencia, la retención que (después derogada) y la habitualidad, características que finalmente severidad que en su momento cuestionaron la filiación humanista y franquista de los derechos humanos, que, por lo mismo no parecía corresponder al espíritu de reivindicación social y democrático de 1910 y a la etiología plasmada en la constitución de 1917. Los cuestionamientos de que fue objeto el código penal vigente originó quien diversas ocasiones hubiera propuesto su reforma. En fin, esta evolución que ha sufrido el código penal vigente, frecuentemente apuntada como el proceso de modernización de la legislación penal, lo cierto es que consciente o inconscientemente ha ido recuperando la orientación del virus puniendo previsto la constitución. Simultáneamente, en opinión, la propia ley penal vigente, con sus reformas, no puede ser la solución definida, aún cuando el último paso en el proceso de cambio operado a permitido conocer, observar y valorar los efectos de las demás instituciones jurídicas incorporadas son creadas en la ley penal. Este fue el caso de los sustitutivos y las penas alternativas, buen concepto del dolo, la participación una tentativa etc., de medidas que la reforma vertida o querrela en "... más sabiamente y con más capacidad y 1500..." como lo observar Teja Zabre en suspensión de motivos.

Como consecuencia de las reformas y la orientación político penal, el cambio ha sido tan sensible que ha puesto en claro, las contradicciones en su contenido y las diferentes tendencias ideológicas que en el mismo se manifiestan dificultando su armonía y uniformidad sistema

ca y conceptual. Por lo mismo, que hace más difícil su interpretación, lo que trasciende en su aplicación y en la conformación de la jurisprudencia. De aquí las ventajas que puede ofrecer un nuevo código penal integrado en todo su contenido y sistemática, como un ordenamiento uniforme, congruente y armonioso, cuyo punto de partida hacia la ideología de la constitución política de 1910 y que, es natural fundamento jurídico de la filosofía política y social del estado mexicano, con su lógica consecuencia la enorme jurídico penal, afirmada en el discurso jurídico constitucional del virus puniendi, que exige la presencia de un código penal democrático, liberan humanista. Con nuevo código que incorpore las características de las última mitad del siglo xx imponer orden jurídico penal actual, como, también, en contenido que derive de la legislación internacional en torno a la protección de los derechos humanos, recogido por la declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre contemplada por el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, en 1976, y especialmente, por la convención americana sobre derechos humanos o carta de Costa Rica, de 1979 y por la carta de derechos y deberes económicos de los estados o carta de Tlatelolco, suscrita en México de 1974.

El código penal de 1981 sustituye con rasgos prácticamente de urgencia al anterior ordenamiento penal de 1915, cuya vigencia duró escasamente a Emilio, entra en vigor el 15 de diciembre de 1929 y su validez concluyó el 17 de septiembre de 1981 en que entró en vigor la nueva ley, promulgada el 13 de agosto anterior. Esta situación se dio por razón de la dilación marcadamente positivista de aquel código. Esta no era una ley mala, salvo en su casuismo, la pena de prisión prevista en un máximo de 20 años, parecería derogada la pena de muerte incorporó instituciones jurídicas y criminológica aparecían contempladas apoyadas en la filosofía del positivismo criminológico y sociológico, de corte naturalista, quienes respondía al pensamiento de la segunda mitad del siglo xix , que orgullosamente sostenía Almaraz, sin tener en cuenta que dicho orientación está superada y que tales instituciones, perfila en la responsabilidad social y el peligrosismo D.F. insista, no encontraban en que apoyó la nueva realidad social, derivada de la nueva ideología constitucional del estado mexicano. Este contenido que implicaba el reconocimiento de los derechos individuales y sociales de la persona, no apareció reflejado en el código de 1929. Tampoco logró reflejar en el código de 1931, cuya comisión elaboradora, aún cuando estaba con clientes de las dificultades que atravesaba el anterior ordenamiento, tampoco logró desprenderse de la in.

Fluencia del positivismo defensorista, aunque incorporó diversas instituciones jurídicas de corte político criminal, tampoco recoge, en su contenido, el alcance jurídico penal del nuevo y un puniendo con su orientación político penal y sus nuevos límites, que fijaba el nuevo rumbo jurídico, a la vez que, limitada el precedente, derivado del Peraza se den tal cambio social, económico, político hoy y consecuentemente jurídico, originado y legitimado por la lucha armada de reivindicación social y política y cuya respuesta institucional, en el orden jurídico del nuevo estado de derecho, ser incorporada como la nueva ideología constitucional de 1917. El nuevo marco jurídico de protección constitucional de 1917, en mi opinión, prefiere conceptualmente conformado en su precedente constitucional de 1857. Si bien desde 1857 fueron recogidos los valores fundamentales del individuo, tal concentración apareció en términos similares a la formulación del hilo un mismo europeo de fines del siglo XVIII, bajo la influencia filosófica del racionalismo y el iusnaturalismo, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en 19 89, quedaron reconocidos como derechos absolutos en y mal mientes del ser humano, en México ocurrió igual, si bien, los derechos reconocidos afirmados como garantías individuales de 1 857, aparecen modelados con los rasgos que les impuso el movimiento independentista, conforme con el liberalismo individualista y económico, cuyo objeto fundamental, puede lograr la independencia y superar los privilegios de la colonia, con la nueva estructura del estado independiente se requería confirmar lo hizo consolidarlo en sentido político, social y económico, en el entendido de que se trataba de un país polarizado y en tales sentidos, lo que originó la lucha interna entre federalista y centralista y entre liberales y conservadores. En resumen, afirmación de los derechos fundamentales del hombre, apareció entendida y recogida en sentido absoluto.

Esta situación, precisamente, fue lo que se intentó superar 1910, ante la desigualdad social y económica era evidente que, pese al reconocimiento de los derechos naturales del hombre, en tanto que absolutos, no lograban trascender la realidad social, como podemos trabar estructura social y económica del porfiriato. Aunque el porfiriato había logrado importantes avances económicos y políticos que eran únicamente reconocidos en el extranjero, donde incluso se habla del ser "milagro mexicano" por la ética política del D.F. "buen dictador", casi en la línea de lo que pudo ser el despotismo ilustrado, un siglo antes, lo cierto era que con un militante, aparecían en estructura social mexicana los rasgos de este gratificación y polarización social y económica, por la concentración del capital y de los bienes de producción, que después extendió también en la determinación de la tierra, y el latifundio. Por está contradic

ciones, surge la revolución social de 1910 y ópera un cambio en el orden jurídico con la constitución de 1917, que ratifica los derechos individuales de la anterior constitución de 1857, a lo que asuman los derechos sociales, como moho base del nuevo orden jurídico social. Esta es la dimensión social del discurso jurídico constitucional de las garantías individuales y sociales.

Frente a tales consideraciones acerca del discurso jurídico de los derechos individuales y sociales de las personas, en los planos nacional e internacional, es necesario tener presente que éste es eminentemente programático; por tanto, en este sentido, corresponde al orden jurídico propiciar esos objetos por vía de la protección de bienes jurídicos, a través de la regulación de la conducta de los miembros de la comunidad. Que dichos objetivos no aparezcan alcanzados en su plenitud, no desdice de su valor, y la acción del gobierno se orienta efectivamente en dicho sentido. En el orden de ideas que se expone, resulta aparentemente difícil de entender porque la ley penal de 1931, que en principio se manifestó como una respuesta para sustituir a una ley esencialmente positivista, tuviera realizado también, en parte importante, en la misma influencia y, sobre todo, que no haya logrado recibir el alcance humanista de la nueva filosofía revolucionaria, que ya había superado el pensamiento del siglo xlx

en este marco, el código de 1931 recoge algunas instituciones jurídicas de orientación político criminal que parecen quiere recoger la nueva directriz y otras positivistas , que se mantienen en la tradición de la filosofía penal precedente; pero no recoge el contenido de la nueva ideología constitucional y, concretamente, de la nueva filosofía penal. La prueba es que nace como un código penal más severo que los anteriores de 1929 y de 1871. Basta recordar que aquéllos prohibieron la pena de prisión en un máximo de 20 años. El código de 1931 incrementó tal en realidad a 30 años, a la vez que mantuvo las instituciones peligrositas de la reincidencia. Explica la notable severidad el código de 1931, una ideología constitucional no es sencilla. Es importante tener presente momento histórico en que fue promulgada la ley y que, como ha sido observado por los autores que se han ocupado de eritema, sobre todo desde la perspectiva económica implicó el periodo de macho por depresión económica del país, situación, está que no fue privativa de México, sino que supuso un fenómeno generalizado de la economía mundial, en el año de 1929, cuya recuperación económica no fue inmediata. A la vez, en este periodo, como consecuencia del proceso revolucionario, se manifiesta la acelerada concentra

cion democrática urbana deriva de los fenómenos de la migración rural urbana en busca de trabajo y mejores niveles de vida, que generaron marginación social y económica, ante la falta de mano de obra citada y no ocupada, como también de la insuficiencia en los servicios y la violencia relacionada, finalmente, la medida de polarización punitiva, parece haber estado orientada a aportar el camino hacia la pacificación y tranquilización ideas del país, en relación con las luchas con un índice línea posrevolucionarios, principalmente por el poder entre los diferentes grupos, tal como lo demostró la muerte de Obregón al intentar ser reelecto como presidente, el más innato de calles, la presidencia temporales como, también, la lucha izquierda y, a fin otras manifestaciones que fueron expresión de la intranquilidad social y política de la época. Estas situaciones consideró, fueron el componente de coyuntura que motivó, por un lado, la elevación notable de la pena de un México, en el código de 1931, como por el otro, que su contenido del higos puniendi no hubiera logrado recibir el alcance y biológico de la constitución de 1917. Ciertamente mantuvo la negativa a la pena de muerte la cual, desde el código de 1871 quedó excluida de los siguientes códigos penales busca el alcance de esta dimensión del virus puniendi en México, cuyo sentido, como señalado, que aparecía recogido en la ideología de la constitución de 1917 y demás instrumentos internacionales del de protección relacionados, Celina incorporar en la ley penal mexicana, fundamentalmente, con las reformas de 1983 y 1984, ampliadas en 1991 y 1994; tal orientación que había manifestado en el ámbito de ejecución, con la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados en 1971.

CAPITULO DÉCIMO SEGUNDO.

INTERPRETACIÓN INTEGRACIÓN DE LA LEY PENAL.

SUMARIO: I. Interpretación de la ley penal. 1. Concepto. 2. Clasificaciones de la interpretación. a) interpretación de la ley penal en razón del órgano que la realiza. i. Interpretación auténtica o legislativa. Ii. Interpretación doctrinal. iii. Interpretación judicial. b) interpretación tan razón al sentido y contenido de la ley penal. i. Interpretación gramatical literal o filológica. Ii. Interpretación lógica. Iii. interpretación sistemática. iv. Interpretación histórica. V. interpretación teológica. c) interpretación en razón de la extensión y resultados de la ley penal. i. Interpretación declarativa. Ii. Interpretación restrictiva.. iii. Interpretación extensiva. d) interpretación en razón de criterios objetivos o objetivos. i. Interpretación subjetiva. Ii. Interpretación objetiva. e) interpretación analógica. II. Integración de la ley penal. 1 concepto. 2. Analogía. a) a analogía legis y analogía juris. b) analogía in malam partem y analogía bonam partem.

I. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL.

1. Concepto.

Interpretar la ley penal significa ofrecer sentido. Esto implica que el texto de la ley sea obscuro o claro y en atención a esto exija, en ocasiones, su interpretación. La necesidad de interpretar la ley deriva de la naturaleza misma de las características de abstracción, generalidad e impersonalidad se observa y que, en su aplicación al caso concreto, necesariamente exige ser comprendida y entendida en relación con las situaciones concretas, interpretando su sentido.

2. Clasificaciones de la interpretación.

La interpretación de la ley penal ópera de diferentes maneras y, en orden a este caso, se clasifica de la manera siguiente:

Interpretación de la ley penal en razón del órgano que realiza;
interpretación tan razón al contenido y sentido de la ley penal; e
interpretación en razón de la extensión y resultados de la ley penal.

a) interpretación de la ley penal en razón del órgano que la realiza

Desde la perspectiva del órgano que la realiza, se establece la diferencia entre la interpretación auténtica, la doctrinal y la judicial.

i. Interpretación auténtica o legislativa.

Es aquella que realiza la propia ley y que, por lo tanto, aparece definida en la misma, razón por la cual su origen es el legislador mismo, quien desde su creación, puede prever expresó lesiones *iuris et de iure*, lo que desde luego no evita que la función del buscador le lleve a interpretar también el contenido de la propia ley interpretativa o auténtica, naturalmente respetando el sentido de la misma.

La interpretación legislativa orden apoderarse de manera simultánea o posterior, es decir, puede derivar de la existencia de una disposición legal que defina y aclare el contenido de otro dispositivo del propio ordenamiento penal o bien, puede ser consecuencia de una ley posterior, expresamente promulgadas para explicar el contenido de la preexistente, razón por la cual, se dice que la interpretación auténtica puede ser contextual o simultánea o bien, posterior o derivada de una ley interpretativa.

Dentro de la legislación penal mexicana con más entre otros casos de interpretación contextual, se reconoce el contenido de los artículos 315, 317, 318 y 319 relativos a los conceptos de la premeditación, ventaja, alevosía y traición, en relación con los tipos complementados agravados o calificados, de delitos contra la vida y de la integridad corporal.

ii interpretación doctrinal

La interpretación doctrinal, y Jaco privada (*opinium doctorum*), es aquella que deriva del estudio de la norma jurídica por parte de los "doctos" o científicos del derecho penal y, naturalmente, dirigida a diseñar la voluntad de la ley.

En la medida en que es una interpretación que no deriva de un órgano oficial del gobierno, como acontece en el caso de la interpretación auténtica o legislativa, o bien la interpretación judicial o jurisprudencia, frecuentemente se la denomina "interpretación privada". Su importancia para el reconocimiento de la ley se sin duda alguna relevante, en tanto que la opinión de los estudiosos de la materia que, en el plano académico, frecuentemente de los centros de educación superior investigación científica, elabora las teorías que originan las corrientes opinión especializada, frecuentemente seguida por parte de quienes elaboran y quienes aplican la ley.

iii interpretación judicial

La interpretación judicial es aquella que corresponde a atender al

Juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, de decir el derecho (ius dicere), en la aplicación de la ley al caso concreto.

Un jurisprudencia es, por excelencia, el resultado interpretación de la ley por el órgano judicial. Su concepto en el ámbito federal aparece prevista en los artículos 192 al 197 de la ley de amparo.

Así, el artículos 192 se expresa:

La jurisprudencia que establezca la suprema corte de justicia, funcionando en pleno o en Salas, es obligatoria para estas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los soldados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del distrito federal, si tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por 14 ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de la Salas.

En también constituye jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de tribunales colegiados.

Naturalmente, esta disposición, al igual que el artículos 194, y demás relacionados, resulta modificada, en lo conducente, por el alcance de la reforma al poder judicial federal de 1995.

A su vez, en el artículos 193 señala:

la jurisprudencia que establezcan cada uno de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los segundones unitarios comas los soldados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del distrito federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los tribunales colegiados de circuito constituye jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad devotos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.

El artículos 194 establece:

La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por 14 ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, fiel de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un tribunal colegiado de circuito.

En todo caso, en ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción comas las cuales se referirá a las que se estuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

Para las mismas reglas establecidas para su formación.

El artículo 195 dice:

en los casos previstos y sin por los artículos 192 y 193, el pleno, la Salas por tribunal colegiado respectivo deberán:

1. Aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y enumerar la de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales;
2. redimir la tesis jurisprudencia al, dentro del término de 15 días hábiles siguientes a la fecha desintegración, al *semanario judicial de la federación*, para su publicación inmediata;
3. remitir la tesis jurisprudencial, uno dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior, al pleno y Salas de la suprema corte de justicia y a los tribunales colegiados de circuito, quien hubiesen intervenido en desintegración; y
4. conservaron archivo, para la consulta pública, que contenga toda la tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las hubiesen recibido de los demás.

El semanario judicial de la federación deberá publicar mensualmente, en una gasetta especial, y las tesis jurisprudenciales que reciba del pleno y la Salas y de la suprema corte de justicia y de los tóneles colegiados de circuito, publicación que será editada y distribuida en forma eficiente para facilitar el conocimiento de su contenido. Las publicaciones a que este artículo se refiere, serán sin perjuicio de que se realicen las publicaciones mencionadas en el artículo 197-B.

El artículo 196, a su vez, establece:

Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia del pleno o de la Salas de la suprema corte o de los tribunales colegiados de circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y la tesis que aquella.

Si cualquiera de las partes invoca ante un tribunal colegiado de circuito la jurisprudencia establecida por otro, es tribunal del conocimiento deberá:

1. Verificar la existencia de la tesis jurisprudencia invocada;
2. cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencia invocada, al caso concreto en estudio; y
3. adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudenciales.

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal del conocimiento remitir a los autos a la suprema corte de justicia para que resuelva sobre la contradicción.

El artículo 197 señala:

Cuando las salas de la suprema corte de justicia sustente en tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas con ministros que la integren, el procurador general de la

república o las partes intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma suprema corte de justicia, la que decidirá funcionando en pleno cuál es la tesis que debe observarse. El procurador general de la república, por sí o por conducto de la gente que al efecto designe, podrá, si no estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de 30 días.

La resolución que se dicten no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

El pleno de la suprema corte deberá dictar la resolución correspondiente dentro del término de tres meses, y deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

Las salas de la suprema corte de justicia y los ministros que la integren y los tribunales colegiados de circuito en los magistrados que la integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al pleno de la suprema corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando la razones que justifiquen la modificación; el procurador general de la república, por sí o por conducto de la gente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de 30 días. El pleno o la sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

El artículo 197-a establece:

Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten en tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la suprema corte de justicia, el procurador general de la república, los mencionados tribunales o los magistrados que los integren, o las partes intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la suprema corte de justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer. El procurador general de la república, por sí o por conducto de la gente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de 30 días.

La resolución que se dicten no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias. La suprema corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

Artículo 197-B. -- las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los tribunales colegiados de circui

to. Que con ello se relacionen, se publicarán en *el semanario judicial de la federación*, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia, o para contrariarla, además de la publicación prevista por el artículo 195 de esta ley. Igualmente se publicarán las ejecutorias que la corte funcionando en pleno, las salas o los citados tribunales, acuerden expresamente.

b) interpretación en razón al contenido y sentido de la ley penal

haciendo un lado a los sujetos que realiza la interpretación, es decir la instancia que interpreta, sino atendiendo a los medios seguidos para dicho objetivo, en general se habla de:

interpretación gramatical, literal o filológica;

interpretación lógica;

interpretación sistemática;

interpretación histórica; e

interpretación de lo lógica.

i. Interpretación gramatical literal o filológica

la interpretación gramatical es aquella que intenta encontrar el sentido de la ley con apoyo en el entendimiento que deriva del contenido literal de su texto.

La interpretación literal o gramatical frecuentemente ha sido criticada y cohesionada observando, con justicia, que la misma implica la división de un aspecto que, por su naturaleza, resulta ser inescindible y, así, se afirma que, en realidad, la ley, a la vez que exige la interpretación de su texto literal, también con llevar interpretación lógica que, naturalmente, implica la letra de la ley. Algunos autores recuerdan, al respecto, quien no es concebible una interpretación solamente literal, sin que vaya más allá de la expresión y sin buscar el contenido y la razón verdadera de la norma.

Desde el punto de vista histórico, vale recordar, que este método tuvo especial relevancia en distintos momentos de la historia, fundamentalmente durante la edad media, por los glosadores y también en parte importante por los postglosadores o "prácticos" en relación con la interpretación del derecho romano, en tanto que supuso fundamentalmente una interpretación que aparecía estrictamente apegado al texto de la ley. Lo misma condición siglos después, en la época inmediata siguiente al periodo de formación legislativa, a principios del siglo XIX. Cuando recién integradas las nuevas leyes se observó la tendencia a procurar una interpretación estrictamente gramatical que, naturalmente, llevó a delimitar, de entrada, el desarrollo de la doctrina, misma que logró su desarrollo cuando fue superada esta primera etapa.

En México, la jurisprudencia de la suprema corte de justicia, ha referido sobre el particular:

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. -- si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la estrategia jurídica de la inamovilidad (que por su naturaleza esta característica de la ley preceptiva) y la perenne de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá permitirse también, que no es posible aceptar como medio o sistema interpretativo de la ley, el que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a estos tercer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresista que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social (*semanario judicial de la federación*, quinta época, tomo CIV, Pág. 984).

LEY PENAL, INTERPRETACIÓN DE LA. -- una hermenéutica jurídica que pretendiese a ser la interpretación gramatical de un precepto legal, sólo conduciría a consecuencias funestas. Bien sabido es que, de acuerdo con los principios que norman la interpretación de la ley, cuando su redacción no es clara, es decir, gramaticalmente resulta obscura, el intérprete debe atender al espíritu que inspira a todo el catálogo jurídico, es decir debe hacer una interpretación sistemática del orden jurídico (*semanario judicial de la federación*, activo Quinta Época, Tomo CXIX, pág. 2612).

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL. -- no es verdad que los tribunales de valor más su juicio, atendiendo la intención que tuvo legislador a expedir la ley, sino que, en materia penal debe ser la letra y el espíritu propio de la ley los que norman el criterio del juzgador, acatando los preceptos con su significado gramatical; y sólo es permitido dirigirse a la interpretación cuando los términos de la ley no son lo bastante emitidos para dejar entender su significado preciso (*semanario judicial de la federación*, quinta época, tomo CXIX, pág. 3063).

LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS. -- de acuerdo con nuestra técnica legislativa, doctrinal y jurisprudencia, toda norma legal debe interpretarse armónicamente sin darles sus términos mayor al cáncer al que naturalmente tiene, y además en todo caso debe prevalecer la voluntad o intención de legislador (*semanario judicial de la federación*, quinta época, tomo CXV, pág. 359-360).

ii. *Interpretación lógica.*

Interpretación lógica es aquella que aprovecha como metodología precisamente a la lógica, de manera tal que la interpretación de los conceptos normativos que se constituyen el sujeto, éstos no puedan ser interpretados de manera incongruente o contradictorias.

iii. *Interpretación sistemática*

Se denomina "interpretación sistemática", aquella que siquiera se tema reflexionado cada por el orden jurídico, adoptando el mismo criterio sostenidas este dura, teniendo en cuenta la forma en que la previene las decisiones jurídicas, su ubicación y su alcance.

iv. *Interpretación histórica*

Es aquella que aprovecha datos y consideraciones de carácter histórico, facilitando el conocimiento de la ley a partir de su origen, lo que permite lograr la más precisa y mejor interpretación es contenido.

v. *interpretación teleologica*

Es aquella que aprovecha, como punto de partida, la finalidad de la norma. En nuestro concepto, si interpretar la ley significa procurar la precisión y comprensión de su sentido, es evidente que para este objetivo cese necesario acudir a todos los diferentes elementos que puedan resultar aprovechables al efecto, teniendo en cuenta que el contenido de la ley tiene que ser interpretado en función de su finalidad. Y aquí que, en principio, la interpretación de la ley invariablemente debe ser teleológica, reconociendo dentro del contenido de tal concepto, vigentes elementos que podrían resumirse, en las consideraciones que siguen.

El derecho penal tiene con carácter eminentemente programático, es decir, un objetivo y un discurso que está orientado a la protección de los bienes jurídicos y al respecto a los derechos humanos en función de la seguridad jurídica para favorecer la convivencia humana. Una jurisprudencia que no tomará en cuenta este objetivo, rompería con el sentido mismo del derecho penal, en cuanto objetivo eminentemente asegurador de bienes jurídicos como base de la seguridad jurídica para la convivencia.

La dogmática jurídica, por esto, debe apuntar hacia el contenido teleologico de la norma, porque la historia demuestra que no ha sido excepcional de la misma expresión de "dogmática jurídica" ha sido utilizada en ocasiones para justificar interpretaciones que caen en el extremo, limitandola a la sola interpretación gramatical. Tampoco ha sido extraño el uso del interpretación, para entender cuál fue la voluntad de legislador, prescindiendo del aspecto concreto de la lesión al bien jurídico. Otras veces, el supuesto interés teleologico se ha referido al conocimiento de la razón de la ley que, sin embargo, no siempre incorpora datos de la realidad, que permiten conocer sus verdaderos efectos. En otras ocasiones, el mismo interés dogmático, sea orientado sólo hacia la realidad social, al agrado de caer en un reduccionismo sociológico que pierde de vista el objetivo específico del derecho.

La interpretación teleológica, por esto, debe tener en cuenta los fines generales del derecho y los propios del derecho penal. El derecho penal busca la seguridad jurídica, el respeto a los derechos humanos y la convivencia social. Por esta razón, para la interpretación de lo lógico, es fundamental que la norma jurídico penal tome en cuenta el contenido de los principios asentados en la constitución de la república, ya que esta constituye el fundamento y punto de partida para la interpretación de todas las leyes y, naturalmente, de la ley penal. De igual manera, la interpretación de la ley penal debe tener presente el alcance que deriva de la presencia de los tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el propio estado.

Por otra parte, tiene un objetivo eminentemente indicativo. Se adopta como punto de partida el principio de la libertad interpretativa, aunque limitado por el contenido del principio de reserva o esta aplicación de la ley penal. En México, la suprema corte de justicia de la nación, ha expresado, en relación con el punto del comentario, lo siguiente:

LEYES PENALES. -- si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de la razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admiten interpretación y que deban de aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de la dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos... (*semanario judicial de la federación*, quinta época, tomo XXVI, pág. 1277).

Al hacer referencia a la interpretación de lo lógico, Porte Petit se refiere a los elementos que lo conforman, mismos que divide en :

Jurídicos; y
extra jurídicos.

Entre los primeros, incluye los históricos, la *ratio legis*, el sistemático y la legislación comparada. Entre los extra jurídicos se refiere a los aspectos político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico, entre otros.

En relación con el elemento histórico es evidente que el conocimiento del origen, desarrollo y evolución de la ley penal es de utilidad en interpretación tecnológica, toda vez que permite el mejor conocimiento de la intención del texto. La menos relevante la razón de la ley, aspecto en el cuarto destacan los ordenamientos penales anteriores y

Los trabajos preparatorios en la elaboración de la ley vigente, ponencias, discusiones, actas, anteproyectos, proyectos y exposición de motivos. Los trabajos preparatorios no son interpretación auténtica, pero sí constituyen un elemento histórico relevante para la interpretación tecnológica.

El elemento sistemático, tome en cuenta la posición del precepto dentro del ordenamiento jurídico, aspecto en el cual debe tenerse presente que la norma penal no tiene vida autónoma, independiente; está relacionada en que las uvas con las restantes damas jurídicas penales. De aquí la necesidad insuperable de relacionar las palas interpretación. Sobre este particular, la suprema corte de justicia ha señalado:

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. -- la función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil de la letra del dispositivo legal, pues la interpretación ha venido a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no siempre la expresión cabal de lo propuesto por el legislador. De aquí que sea necesario para el juzgador interpretar en la forma tica sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione este, en forma que, por la aplicación servil de sus preceptos se violara el sistema normativo estatuído en el ordenamiento legal (semanario judicial de la federación, quinta época, tomo CXIII, pág. 494).

La legislación comparada, a su vez, aún cuando el sentido estricto, no es una forma interpretación de la ley, sino una forma autónoma de estudio del derecho, es evidente que ofrece utilidad en el mejor conocimiento de la propia ley. En este sentido, debe hacerse para conocer las leyes que han inspirado la elaboración de la propia ley vigente; como también para conocer la experiencia de otros países, respeto de la forma en que ha funcionado sus respectivas instituciones jurídicas, dentro de su propio contexto social y político bajo condiciones que pueden ser más o menos similares.

c) el interpretación en razón de la exención y resultado de la ley penal

por cuanto a la interpretación en orden al resultado, se hace mención a:

interpretación declarativa;
interpretación restrictiva; e
interpretación extensiva.

i. *Interpretación declarativa*

Esta forma interpretación será cuando existe conformidad entre el contenido del texto de la ley, y la voluntad de ésta. Al respecto la jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación ha señalado: el "... la prohibición del citado artículo constitucional (14) debe entenderse en un sentido natural y razonable haciendo uso de los diversos procedimientos de la dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios en la ley, la concordancia de los textos..." (loc. cit). En este sentido se ha podido justamente decir que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad de legislador (semanario judicial de la federación, quinta época, tomo, XXVI, pág. 1177).

ii. *Interpretación restrictiva*

Por "interpretación restrictiva" se entiende aquella que restringe el alcance del texto de la ley.

iii. *Interpretación extensiva*

La interpretación extensiva de la ley se hace patente cuando sean cría el alcance del texto. Ambas formas interpretación ha sido frecuentemente cuestionadas por la doctrina, observándose que la ley tiene límite semántico, más allá del cual no debe extenderse el contenido del tipo ni la punibilidad, ya que dejaría de ser interpretación de la norma para convertirse en una forma de analogía integradora. Por esto, el artículo de la interpretación extensiva debe ser rechazada cuando suponga la admision de hipótesis de víctimas no admitidas o no toleradas por el límite máximo de contenido semántico de la letra de la ley, y por esto, no faltan razón al aforismo que reza "donde la ley no distingue, no se debe distinguir", salvo que haya interactivo racionales que obliguen a ello y que no tengan por consecuencia el aumento de la punibilidad fuera de límite del texto.

Como principios que se establecen como límite en la interpretación de la ley penal, la doctrina frecuentemente recoge la no admision de la analogía, el principio de la legalidad, el principio de la personalidad de la pena o principio de la intrascendencia del derecho penal, y los principios de la humanidad, dignidad, aspectos también relacionados con el tema de la prohibición a la integración de la ley penal.

d) *interpretación en razón de criterios objetivos o subjetivos*

i) interpretación subjetiva

La interpretación de la ley penal, finalmente, puede obedecer a criterios objetivos, en el sentido de estar orientada a conocer la voluntad

Del legislador, es decir, conocer qué es lo que legislador histórico buscó con la misma. Ese orden de ideas ha sido cohesionado, corazón, en la medida en que hace depender el sentido de la ley al conocimiento de la voluntad de legislador, lo que naturalmente resulta limitado, pues también es cierto que difícilmente el legislador puede estar consciente de todos los aspectos que aparecen incorporados en el contenido de la ley y justamente de lo que se trata es de conocer, de desentrañar y precisar el sentido de la ley misma, a través de todos los medios y no exclusivamente del pensamiento de legislador, lo cual, naturalmente, no significa que no deba tomarse en cuenta.

ii. *Interpretación objetiva*

El criterio objetivo significa fijar el sentido de la ley técnicamente, lo cual impide tomar en cuenta la orientación político criminal de la ley, que naturalmente tiene un sentido estrechamente relacionado con la interpretación teleológica, para lo cual se hace necesario partir de los límites materiales informales a la intervención del estado en el ejercicio del *ius puniendi*. Por esta razón, en el contenido de ésta forma de interpretación objetiva y teleológica, juegan un papel relevante, tanto los cines jurídicos como punto de partida, como sí mismos, el concepto de la pena, en relación con el concepto de la dignidad de la persona, delimitados, a su vez, por el contenido del principio de la estricta legalidad penal o reserva de la ley penal.

e) *interpretación analógica*

Si bien analogía está prohibida como una forma de integración de la ley penal, según se refieren el capítulo siguiente, en cambio no debe entenderse como prohibida la posibilidad de la interpretación analógica. A reserva de ocuparnos de la cohesión en el tema siguiente, baste por el momento señalar que no debe ser limitada dicha posibilidad como un recurso del pensamiento; el *argumentum ed simile*, no debe ser desechado, la comparación es un proceso natural, propio del razonamiento humano.

II. INTEGRACIÓN DE LA LEY PENAL

1. *Concepto*

El ordenamiento jurídico penal se compone de un conjunto de normas de los diferentes tipos. En sentido estricto, la norma penal se constituye por el contenido del precepto o tipo penal, al cual se une su consecuente de la punibilidad, traducido en la sanción correspondiente que, naturalmente admiten interpretación, pero prohíben tajantemente su integración.

Unido a este, sin embargo, dentro del propio orden jurídico penal, entendido en sentido amplio, existen otras reglas jurídicas que no tienen la específica determinación normativa acerca de la conducta típica, sino contenido diferente, el cual cierto emite su integración además de la interpretación. Estas reglas jurídicas, aparecen recogidas tanto en el ámbito de la normatividad que se relaciona con el concepto del bien jurídico, el antijuridicidad, como de la culpabilidad.

En el orden de ideas que se expone, es válido afirmar que, en materia penal, no existen lagunas en relación con las normas penales en ese irrestricto, es decir las integradas por los tipos penales primitivos o preceptivos y por la sanción correspondiente, atento a principio de la reserva de la ley penal o exacta aplicación de la ley penal, toda vez que lo que no es un elemento integrante de la ley penal, no es constitutivo de delito. En cambio, en relación con el restante contenido de reglas jurídicas que conforman también el orden jurídico penal, se pregunta si es dable o no la presencia de lagunas que sean susceptibles integración. Al respecto, nos parece que en la medida en que no se varíe el contenido y alcance de la norma penal, en sentido estricto, no existe dificultad en reconocer la posibilidad de integrar dicha reglas jurídicas, que son también penales en sentido amplio y cuyo contenido no puede ser analizado por sí solo, sino surge en relación con el contenido de las normas penales en sentido estricto.

Hecha tal salvedad se produce al estudio de integración de la ley penal (*stricto sensu*).

2. Analogía

La analogía es un procedimiento que implica la aplicación del contenido de una norma jurídica preferida a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley. El concepto anterior deriva que la analogía, para que pueda plantearse, necesita de la presencia de los siguientes elementos:

Una disposición legal que regule una situación concreta;
un caso no regulado; y
una situación de semejanza entre el caso no regulado y el caso previsto la ley.

El estudio de la analogía puede referirse a distintos aspectos que la condiciona. Se habla, así, de *analogía legis* y *analogía iuris*; y también de la *analogía in malam partem*, y *analogía bonam partem*. Otros autores, hacen referencia a otros conceptos, que sin embargo, siendo poco frecuentes, omitimos.

a) *analogía legis* y *analogía iuris*.

Por analogía legis se entiende aquella que deriva y surge de la ley

misma. Supone la aplicación de la disposición legal referida a un caso concreto a otro semejante que no aparece expresamente regulado por la ley.

La analogía iuris se entiende aquella que deriva de la interpretación de los principios están en la base del derecho vigente. Implica la satisfacción de la laguna de la ley a través de la interpretación de los principios generales del derecho, si viene en relación con las características específicas del analogía, en sentido de regular situaciones no provistas por la ley a través de la solución dada respecto de casos si resueltos por el derecho.

b) analogía in malam y analogía in bonam partem

la analogía in malam partem ese procedimiento analógico relacionado con la creación de tipos o de penas, en la cual está estrictamente prohibido en el ámbito de la ley penal. Esta forma integración analógica, prácticamente de manera unánime, aparecen negada por las legislaciones penales del mundo, orientadas en línea del derecho penal liberal.

En sentido opuesto, algunos países, en determinados momentos de su historia, caracterizados por su filiación fascista o totalitarista, favorecieron la presencia de este tipo de integración analógica, como fue el caso del estado alemán durante la época en que se sostuvo el nacional socialismo; y de Rusia, durante el régimen comunista de la democracia popular. Otros países, como es el caso de Dinamarca, en su ley penal expresamente recogen la figura del aplicación analógica, sin embargo en la realidad social no ha encontrado aplicación. Por cuanto se refiere a que este aparece integrado por dos formas jurídicas, el *common law*, con ese derecho creado por los tribunales y, por otra parte, el *statute law*, por el derecho legislador. En Inglaterra, aún cuando la dinámica del derecho aparece impuesta como consecuencia de la función jurisdiccional de los tribunales, sin embargo, se rige por la limitante del presidente, por lo que, en realidad, no será la posibilidad de que dicho órgano pueda crear nuevos delitos o penas, situación, que, por lo demás, fue expresamente confirmada en 1972. En síntesis, por cuanto se refiere a la analogía in malam partem la misma aparece proscrita en la ley penal.

En relación al analogía in bonam partem, aún cuando en términos generales analogía aparece, en principio, rechazada como forma integración de la ley penal, en tratándose de esta última, llegar ser admitida, como fundamento del principio de la racionalidad del derecho.

Así, la analogía *in bonam partem*, es frecuentemente objeto de aplicación en relación con las causas de justificación, sobre todo si se tiene en cuenta que las valoraciones que las mismas implican, aparecen recogidas en diversos ámbitos del orden jurídico. Guardan relación, en este sentido, con los principios humanidad y de la incólumidad de la persona como, también con el principio de la personalidad o intrascendencia física de la pena.

CAPITULO DÉCIMO TERCERO

FUENTES DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. fuentes de producción. II fuentes de conocimiento. 1. Costumbre. 2. Principios generales del derecho. 3. Jurisprudencia. 4. Doctrina. 5. Equidad. III leyes penales incompletas, leyes penales en blanco y tipos abiertos. 1. Ley penal en blanco. 2. Tipos abiertos.

Con "fuente" se designa el agua que brota del manantial; el lugar donde surge con hace algo; su principio fundamento.

La doctrina penal, al hacer referencia las fuentes del derecho penal las clasifica de manera siguiente:

Fuentes de producción y
Fuentes de conocimiento.

Algunos autores hacen referencia a otras clasificaciones, tales como: fuentes inmediatas inmediatas; fuentes formales; fuentes directas e indirectas; fuentes racionales; fuentes históricas, etcétera. La clasificación más generalizada, por clara, es la primera meta señalada.

I. FUENTES DE PRODUCCIÓN

Por fuente de producción se entiende el órgano que produce la norma jurídica, el órgano que da nacimiento y existencia la ley penal. Es evidente que el órgano que reúne tales características es el estado, concretamente el órgano legislativo.

En México, la concesión de la república, en sus artículos 39, 40, 41 y 49 establece estructura política fundamental.

El primer artículo afirma el principio de la soberanía originaria del pueblo, cuando refiere que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y que todo poder público de maná del pueblo y se instituye para beneficio de este punto principio fundamental que significa que la existencia misma del estado mexicano, obedece la voluntad social de quienes integran, los cuales han decidido las características de su conformación política.

A continuación y, en directa relación con lo anterior, el artículo 40 establece del estado se constituya en una república representativa,

Democráticas, federal, con lo cual, se afirman los visites siguientes. Con la representación, es entenderse, que el estado mexicano es un gobierno del pueblo, voluntad del pueblo recogida de manera indirecta, a través de los diputados y senadores.

La estructura federal implica la integración que no sólo estado nacional, de un conjunto de entidades (estado) que son libres y soberanos en lo concerniente a su régimen interior. Esto deriva la existencia de las leyes locales establecidos por poderes legislativos locales. Esto implica, en el país, la existencia de leyes locales, en su respectivo ámbito de jurisdicción local, al lado de las leyes federales cuya vigencia éste carácter federal.

El concepto de la república, recibe su contenido esencial de *res publica* (lo que es de todos), afirman estado de derecho, a partir del principio republicano por excelencia de la supremacía de la ley: "el cumplimiento de la ley todo, sobre la ley nada".

El artículo 41 señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión y por los estados. La disposición, se complementa con lo dispuesto con el artículo 49 constitucional que afirma el principio de división de poderes, al señalar el supremo poder de la federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial, y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositadas en legislativo en un individuo salvo en el caso de las facultades extraordinarias al ejecutivo del unión, conformar dispuesto en el artículo 29; agregando, que en ningún caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131.

Con base en las disposiciones señaladas, aparece regulado el proceso de formación de leyes a que se refiere la propia constitución, en su título tercero, capítulo segundo, relativo al poder legislativo, a partir el artículo 50, expresa que el poder legislativo de los estados unidos mexicanos se depositará un congreso general, que se dividirá en dos cámaras.

El artículo 71, regula la iniciativa de las leyes; el artículo 72, establece el procedimiento de elaboración de la ley y el artículo 73 señala la competencia del congreso de la unión. A su vez, el artículo 124, del título séptimo, de la constitución, refiere que las facultades que no estén expresamente concedidas por la constitución al federación, se entienden reservadas a los estados.

En síntesis, corresponde al poder legislativo la elaboración de las leyes, por lo que ésta es la única fuente de producción de la ley penal. Asimismo, atento a lo dispuesto por el artículo 73, a su vez en su relación con el artículo 124, corresponde al poder legislativo federal la ela-

boración de las leyes federales y a las legislaturas de los estados, la elaboración de las leyes que corresponden a dichas entidades.

En el artículo 73 no aparece la materia penal. De ahí que la elaboración de la ley penal corresponde a las entidades federativas. Una última consideración en relación con las fuentes de producción de la ley penal, lleva señalar la reflexión y severo cuestionamiento que en su oportunidad formuló Ramón palacios, al origen de la ley penal mexicana vigente, al observar que dicho ordenamiento fue expedido por el ejecutivo federal el 13 de agosto de 1971, en uso de la facultad extraordinaria concedida por el decreto de dos enero de 19 31, señalando, al respecto del autor que:

... toda esta legislación es absolutamente inconstitucional, porque aparte de la declaración del estado de guerra, de invasión, con aprobación por el congreso de la suspensión de garantías y el estado real de anormalidades en el país, faltan los presupuestos del artículo 29 constitucional y la delegación de facultades no puede cobijarse en la teoría de la colaboración, porque tampoco es lícito que poder judicial sea investido de poderes ejecutivos o de poderes políticos, como el de calificar elecciones, a pretexto de autorizaciones (Ramón palacios, facultades extraordinarias al ejecutivo, pág. 61, universidad de Puebla, 1965).

La suprema corte de justicia de la nación, en su momento, ha firmado;

LEY, CARÁCTER DE LA. -- para que la disposición dictada por el poder público tenga el carácter de ley, se necesita no solamente que sea de naturaleza general, abstracta, interactiva y permanente; sino que, además, en manera el órgano constitucionalmente facultado para legislar, y ya que nuestro sistema de gobierno sea otorgado exclusivamente al poder legislativo la facultades legislar; está prohibido la concesión al ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar, salvo casos graves y excepcionales señalados expresamente. En consecuencia, la autoridad formal de una disposición es requisito forzoso para que tenga carácter de ley. (Semanao judicial de la federación, quinta época, tomo, CXIX, páginas 3278-3279).

Sin duda alguna es una serie reflexión la que hace el mencionado autor, de aquí, la necesidad de precisar, fuera de toda duda, quiere o caen que fue promulgado dicho ordenamiento, efectivamente aparecieron conjugadas las características a que se refiere el artículo 29 constitucional, de manera tal que no se ponen duda la legitimación del ejecutivo a legislar en tales circunstancias. Sobre este particular, es lo cierto, el asunto no ha sido objeto de particular cuestionamiento de inconstitucionalidad salvo el caso de las voces aisladas como la que se refiere, dando por sentado que, en efecto, se dieron las condiciones ex

traordinarias que dieron base al uso de las facultades extraordinarias, por parte del ejecutivo, en la fecha en que por promulgado el ordenamiento.

II. FUENTES DE CONOCIMIENTO

Por fuentes de conocimiento de la ley penal se entienden aquéllos instrumentos legislativos en que se plasma la ley penal, misma que deben ser objeto de interpretación y de aplicación en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Obviamente, tanto las fuentes de producción cuando las fuentes de conocimiento que implican las leyes mismas, presuponen la máxima: *nullum crimen, nullum poena, sine lege*

La afirmación genial en torno a las fuentes de conocimiento de la ley penal, es que ésta, en sentido estricto, sólo puede serlo la ley penal. No hay delito y no hay pena sin existe una ley penal que expresamente lo prevenga. Como consecuencia de esto, es evidente que en el campo de la legislación penal, lo es el código penal, que para la competencia federal constituyen código penal federal, que es vigente para el distrito federal. Para los estados existentes los códigos penales correspondientes para la jurisdicción interna de cada uno de ellos. Asimismo, debe tenerse presente el alcance del artículo 133 de la constitución que afirma que los tratados que estén de acuerdo con la constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, son la ley suprema de toda la unión, en relación con el artículo 76 fracción primera, que previene la facultad del senado para ratificar los tratados señalados en la disposición constitucional anterior.

Atento a esto, son igualmente vinculantes implican texto positivo de la ley penal los tratados internacionales suscritos por el ejecutivo federal, con aprobación del senado. Las leyes penales vigentes no siempre aparecen recogidas en el ordenamiento específicamente denominado "código penal", sino que, asimismo, aparecen recogidas en otras leyes frecuentemente denominadas "leyes penales especiales". (Del capítulo segundo).

Las normas penales especiales constituyen verdaderas normas penales, en la medida en que previene en tipos que aparecen conminados con una pena para el caso de su incumplimiento. Las leyes penales especiales, están previstas en el código penal, en términos el artículo sexto, primer párrafo, expresamente refiere: cuando se comete un delito no previsto en este código, pero si alguna ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos to-

mando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, a las conductas de libro segundo.

Por cuanto se refiere el contenido del principio de legalidad, este aparece recogido en las diferentes disposiciones cinco latas con los principios de seguridad jurídica reconocidos en la constitución de la república, fundamentalmente en los artículos 14 y 16; así, el referido artículo 14, en su segundo párrafo, expresamente señala: "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los singulares previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento inconforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

El contenido de este párrafo naturalmente aparece complementado y precisado con el contenido de los párrafos, primero del mismo artículo, relativo al *principio de la irretroactividad de la ley penal*, y tercero, relativo al *principio de reserva*, de concentración legislativa o de la exacta aplicación de la ley penal que establece: "menos juicio del orden criminal queda prohibido imponer, por cierta analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito del que se trata".

Esas normas a su vez, Seven complementada sobre todo con el contenido del artículo 16 y unido a este, por todas las disposiciones frecuentemente conocidas como las garantías de seguridad jurídica, que recoge la propia constitución, en su título primero, capítulo primero.

En síntesis, la única fuente de conocimiento directo que existe en relación con la ley penal, en México, es la propia ley penal, fundamentalmente por imperio de lo previsto en el principio de legalidad recogido específicamente en los artículos 14 y 16 de la constitución. La jurisprudencia, la doctrina y la costumbre no son fuentes directas de conocimiento de la ley penal mexicana, lo que es como 20 con la afirmación presidente de que la única fuente de producción de la ley penal no es el órgano encargado de la elaboración de las leyes penales existen el país, es decir el poder legislativo. Desde una perspectiva diferente, ya no como fuente de conocimiento directo, sino como fuente mediata o indirecta, como la señala algunos estudiosos, con frecuencia se hace mención a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia, a la doctrina, y a la equidad, fundamentalmente.

1. *Costumbre*

si bien la costumbre no puede ser fuente de producción y tampoco de comisión o conocimiento de la ley penal, atenta principios de reserva a que se ha hecho referencia. Por la costumbre no es posible la

Creación de tipos de líquidos ni de penas, atento al principio: *nullum crimen nullum poena sine lege*, sin embargo, tiene una incuestionable importancia campo del derecho penal como fuente de interpretación de la ley y, acaso, en la integración de las causas de justificación.

Las diferentes especies de costumbre son:

Praeter legem;

Secundum legem; y

Contra legem.

i. La costumbre *praeter*. Es aquella que tienen contenido de integración contrario de la ley positiva y que implican la posibilidad de colmar las lagunas que ésta pudiera presentar. Si bien, en razón del principio de reserva, en materia penal, no puede haber vacíos legales o lagunas, por razón del mismo carácter discontinuo y fragmentario de la ley penal, implica que sólo es delito lo que expresamente aparece previsto como tal en la ley penal, no es posible considerar que existan lagunas. Lo contrario ocurre en otras ramas del orden jurídico, en donde, a manera de ejemplo, la propia constitución en el artículo 14, párrafo cuarto, reconoce expresamente, respecto de la ley civil, que las sentencias deberán ser conforme a la letra de la ley y, a falta de ésta, se fundarán los principios generales del derecho, ideas que recoge y reproduce el artículo 19 del código civil.

En materia penal, como se señaló, no existe la integración respecto de la creación de nuevos delitos o penas. Sin embargo, una situación bien distinta a son las causas de licitud o de justificación, en donde la costumbre *praeter lege* y que, naturalmente, ofrece una consecuencia jurídica incuestionable. Si tiene una importancia relevante como forma de integración de la ley.

ii. La costumbre *secundum legem*. Esta entiende como la pauta de conducta que "sigue la ley", que son actos que coinciden con el sentido de la propia ley penal.

iii. La costumbre *contra legem*: aparece negada y no tiene lugar en el campo del derecho penal.

Vale recordar, por último, aquí, en el plan histórico, el código penal de 1871, en el artículo 183, incorporó a la costumbre *contra legem* como fuente derogatoria de la ley al establecer que la tina aplicación de la misma, en un periodo de diez años, tendría como consecuencia la pérdida de su validez.

2. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho tienen escasa importancia como fuente de la ley penal, por razón del principio de legalidad atención hecho referencia; así, en general, lo reconoce unánimemente

La doctrina. Su función, en cambio, es relevante como mecanismo de auxilio en interpretación de la ley penal.

3. *Jurisprudencia*

Como los casos anteriores, la jurisprudencia tampoco es una fuente de creación o conocimiento de la ley penal, en sentido estricto, por razón del mismo principio de legalidad. Su presencia, sin embargo, en importancia relevante en el ámbito de la presencia de la ley, para la determinación y precisión ese contenido. A este respecto, vale tener presente, su relevancia sobre todo en relación con las normas de los tipos culposos, como también, en los tipos de misión impropia, donde, invariablemente, se hace necesario de la integración del contenido receptivo de la norma, por parte del órgano jurisdiccional, como ocurre en las denominadas "leyes penales en blanco".

Al respecto, la suprema corte de posición de la nación ha expresado:

La jurisprudencia no es ley en sentido

Estricto escrito, sino que constituye la interpretación que hace la suprema corte de justicia desde el punto de vista gramatical, lógico e histórico, a través de cinco decisiones ininterrumpidas que pronunciadas en casos concretos con relación a sujetos de derecho determinados, integrando así la nueva jurisprudencia; pero razonamientos posteriores que sustentan otros nuevos criterios de interpretación de la ley, descartan la anterior jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 194 de la ley de amparo, ello no implica retroactividad de nueva jurisprudencia y por lo tanto no conculca garantías. (Semanao judicial de la federación, vol. LII, página 53, sexta época, segunda parte).

En otras tesis, asimismo, ha expresado:

JURISPRUDENCIA, CARÁCTER DE LA . Siendo la jurisprudencia de interpretación de los preceptos legales efectuados por el más alto tribunal de justicia, no crea una nueva norma, sino que interpreta y determina el sentido de la ley, la cual no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza (semanao judicial de la federación, séptima época, segunda parte, vol. 57, página 31).

Las tesis señaladas, naturalmente no son obstáculo para reconocer la validez de los criterios jurisprudenciales sostenidos por la suprema corte de justicia de la nación, haciendo las obligatorias para los órganos jurisdiccionales de la justicia federal y, para todos los órganos jurisdiccionales del país.

4. *Doctrina*

la doctrina, como en los casos anteriores es también sólo una fuente indirecta inmediata del penal; no es fuente de conocimiento directo. Si bien es cierto que la doctrina puede ser más o menos rele-

vante, de acuerdo con las circunstancias que favorezcan o dificulte soporte, cabe observar que, por lo regular, es tomada en consideración por el legislador, en la creación de la misma ley. Tal situación, sin embargo, no implica que sea fuente de conocimiento directo, independientemente de su relevancia intrínseca, al igual que en el caso de la jurisprudencia.

5. *Equidad*

Por equidad entiende la adecuación del derecho a la realidad social. Puede tener un importancia en el proceso interpretación de la ley penal, pero no es integración. En cambio, es relevante como fuente en otras ramas, por ejemplo, el derecho del trabajo.

III. LEYES PENALES INCOMPLETAS, LEYES PENALES EN BLANCO Y TIPOS ABIERTOS

En un cierto sentido, frente a la miriádica situación de la realidad social, ya puede ser regulada por la ley penal, es cierto que un número considerable de disposiciones penales resulta ser incompleta y no podría ser de otra manera. Así, en este sentido, se observa que prácticamente la gran mayoría de los tipos previstos en el libro segundo del código penal, necesariamente son complementados, por día de otras disposiciones, a veces incluidas en el libro segundo del código penal, como es el caso de las circunstancias califica o atenuar; en otras ocasiones, por día de disposiciones reguladas en el libro primero de las cuales permiten lograr la concreción de las normas abstractas y generales a ese caso concreto. Forma parte de la práctica cotidiana de los tribunales de los delitos que generan las causas penales, obligan a tomar en cuenta las instituciones jurídicas vinculadas con la tentativa, la participación, el concurso del, la definición doloso culposos, la individualización de la pena, etc. en fin, es lo cierto, que precisamente la disposiciones legales previstas en el libro primero del código penal, sirven a la integración a de los respectivos tipos vikingos, y a las penas que de son aplicables. Todo esto no plantea mayor problema, sólo pone en evidencia la relación que necesariamente será entre las diferentes disposiciones legales de la ley penal para su aplicación.

Un caso distinto es el relativo al así denominada "ley penal en blanco", como también el de los tipos abiertos que son formas específicas de la leyes penales incompletas.

1. *Ley penal en blanco*

será una ley penal en blanco, cuando la conducta, materia de la regulación, es seguida un ordenamiento distinto, a veces, de rango inferior.

Es el caso en donde la descripción de la conducta típica si bien aparece la ley penal, en donde además, se recoge la pena correspondiente, sin embargo, ese contenido queda sin ser definido o explicado, delegando su integración y su definición concreta a otra autoridad, a otra ley u otro reglamento. El caso más frecuentes se da en los delitos contra la salud, en donde la preferencial a las sustancias implican la presencia de las drogas, estupefacientes con narcóticos prohibidos por la ley penal, frecuentemente se le bajan por su definición a otras leyes (de salud) o incluso, a veces, a los reglamentos relacionados y, aún, a circular es que, evidentemente implican disposiciones y un rango inferior a la ley, en tanto que no van del poder legislativo. Como es natural, todas estas situaciones generan un serio problema acerca de la constitucionalidad del contenido de estas leyes.

Otros ejemplos se en el caso de la venta de México lamenta sin el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias; con el caso de la práctica de inhumación contraviniendo lo dispuesto por la leyes o reglamentos; etcétera. Lo cierto es que todos estos casos invariablemente representan un cuestionamiento al principio de legalidad y, por lo mismo, son "sospechosos" por parte de la doctrina.

Por otro lado, no es posible dejar de reconocer que algunas materias, por su propia naturaleza, difícilmente puedan resultar abarcadas totalmente los tipos penales, por la misma, cese necesario su regulación por día de su remisión a otros ordenamientos.

Por esto, en relación con estas situaciones, la tendencia más adecuada y pre dentro del derecho penal liberal, debe estar orientada, hasta donde sea posible, a la despenalización o destipificación de estas conductas para ser remitidas al derecho administrativo penal y no al derecho penal administrativo. Por otra parte, cuando sea necesaria e inevitable su regulación en la ley penal, lo más recomendable es la imposición de límites a las leyes penales en blanco, de manera tal que dentro del tipo penal correspondiente a paristas señaladas las características medulares de la prohibición. Así, dentro de los tipos penales previstos en el libro segundo, del código penal, debe fijarse la materia de la previsión (causaron daño a la salud, matar, etc.) y el límite del contenido de la leyes blanco, debe ser aquél necesario para mantener la autonomía de la materia prohibida que se escribe y no constituirse en un mero complemento de lo establecido por el reglamento, es decir, el núcleo esencial de la materia prohibida, implica el desvalor del acto previsto en el precepto de la norma, es un aspecto que debe quedar precisado la ley, en tanto que el ordenamiento externo u ordenamientos defendió, debe tener como función señalar las carac

terísticas, circunstancias, condiciones, u otras consideraciones de carácter complementario, pero sin entrar en la definición de la conducta típica.

2. *Tipos abiertos*

Los tipos abiertos son aquellos en donde el tipo aparece legalmente descrito, pero sólo en parte y en donde el propio tipo aqueja parte de su definición al juez.

En el tipo abierto, de la previsión no exige su complementación por otra ordenamiento que pudiera ser incluso dijeron igual o diferente, sino que ha de ser resuelta mediante la intervención del órgano judicial, a través de la jurisprudencia. Es ese caso la frecuentemente se plantea sobretodo en relación con los delitos en mi omisión impropia y, también, en parte, en el caso de delitos culposos. Así, el omisión impropia después se ve en la necesidad de integrar lo necesario para interpretar el alcance de las características de la "posición de garante", precisamente con respecto al deber cuyo cumplimiento se omite, al organizar la conducta a la que se está obligado como sujeto garante, coloque su vez, se está en la posibilidad de determinar el injusto y el grado de la responsabilidad. Es necesario, en síntesis, el juzgador la complemente, reconociendo la prohibición contenido el omisión, lo que no puede estar dado en otra ley o incluso en pautas sociales, que terminen las características precisas de tal posición garante.

Ofrece a su vez, en relación con los delitos culposos, es frecuente que la ley penal haga referencia sólo al "deber de cuidados", sin que aparezca especificado su contenido, es decir la materia de la prohibición. Es necesario, en consecuencia, precisar en que consiste ese deber de cuidado, lo que queda a cargo de la función del juez.ç

A reserva de entender el estudio de estos temas, en su oportunidad, en los capítulos correspondientes, de la obra, en este sede, vale puntualizar que si bien es cierto que en términos generales el hueso observa siempre una labor de interpretación y, por parte de ésta, incluso, complemente, ya que prácticamente no existen tipos que sean totalmente cerrados. También es cierto que, hasta donde sea posible, debe cerrarse el contenido, en ocasiones demasiado abiertos, de los llamados de tipos abiertos de tal manera, que el límite de lo permisible, desde el punto de vista constitucional, no quede rebasado. Los tipos legales deben invariablemente contener el núcleo fundamental de la materia de la previsión y de aquí que la complementación que corresponde hacer pues, no debe de ser cualitativa sin exclusivamente cuantitativa.

CAPITULO DECIMO CUARTO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

SUMARIO: I. concepto. II. El proceso de formación de la ley penal. 1. la vigencia de la ley penal. (Aprobación, promulgación y publicación de la ley) 2. Vocatio Legis III. Retroactividad de la ley penal

La incorporación antes de también la ley penal, y ordena su aplicación, observa la necesidad de su delimitación en relación con su ámbito que puede ser territorial, frecuentemente señalado, que “calidez especial de la ley penal”; o bien en relación con su aplicación en el tiempo o que “calidez temporal de la ley penal”; Juan relación con las personas, también regularmente enunciada como sea “validez personal de la ley penal”. Unido a esto tres ámbitos del aplicación de la ley penal, prueba de estado mexicano encuentra constituido en un estado federal, integrado por estados que son libres en su régimen interior, es necesario, referirse a un cuarto ámbito, que es el de la “validez material de la ley penal”.

I. CONCEPTO

toda ley establece su vigencia futuro. La ley penal, igualmente, vigencia futuro, si bien con características que les son específicas, vinculada fundamentalmente con dos instituciones jurídicas, la retroactividad de la ley penal en perjuicio de la persona, la ultractividad de la propia ley penal.

II EL PROCESO DE FORMACION DE LA LEY PENAL

1.- la vigencia de la ley penal. Sea (aprobación, promulgación y publicación de la ley)

Tienen estado mexicano, la ley penal, al igual que toda ley surge y nace, una vez superado el procedimiento legislativo de formación de la ley, previsto los artículos 71 y 72 de la constitución de la república, partir de la iniciativa de ley presentada por algunos de los órganos competentes para esto sea (en el que intervienen ambas cámaras de diputados y senadores en el sistema bicameral del congreso de la unión,

del poder legislativo federal y, una sola cámara, en los estados), lo que da lugar a su sea "aprobación" por congreso de la unión y, en seguida, procede su sea "promulgación" por el ejecutivo federal, en los términos que lo dispuesto por los artículos 89 fracción 1, de la propia constitución, que implica el acto administrativo del ejecutivo federal por cuyo conducto, no teniendo observaciones del ejecutivo la ley ya aprobada por legislativo, aquel declara que ha sido aprobada la nueva ley por el poder legislativo y, en consecuencia, como último jurídico, también del ejecutivo, para que entren y por la nueva ley y sea difundida a la sociedad civil, procede la sea "publicación", la misma en el diario oficial de la federación, en términos a lo dispuesto en su respectiva ley.

2. vacatio legis

Hace entre en vigor a partir de la fecha señalada en los artículos transitorios correspondientes, que se previene al final de la misma, al momento de su publicación en el edificio de la federación.

En ocasiones, el diario oficial de la federación refiere que la vigencia con correr a partir del día siguiente su publicación en el propio diario, lo que implica una vigencia inmediata. Es frecuente que señale tres días después de la publicación. En otras ocasiones es asimismo frecuente, que señale, como fecha de vigencia, una fecha posterior que implica un cierto lapso de tiempo entre la fecha de publicación de la ley y el inicio de vigencia de la misma, periodo este, denominado *vacatio legis*, que tiene por objeto dar oportunidad a que los miembros de la comunidad sociedad civil, tenga tiempo suficiente para conocer el contenido y posibles consecuencias de la nueva ley. Si esto tiene relevancia en la relación con toda ley, de manera especial con respecto a la ley penal, en donde los valores en juego implica una mayor jerarquía, al igual que las consecuencias derivadas de la posibilidad penal.

La regla general, así, es que la ley penal tenga vigor dirija hacia futuro, a partir de la fecha señalada como inicio de vigencia, en los artículos transitorios de la ley, al momento de su publicación en el diario oficial de la federación, lo que da lugar al principio I. retroactividad de la ley penal, que en México, aparecía recogido en la constitución en su artículo 14, párrafo primero, que expresamente señala: "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Si bien la vida de la ley penal nace ese momento en que se define límites vigencia, con su publicación en el edificio de federación, y se prolonga en el tiempo hasta momento de su extinción por vía de la sea "aprobación" sea (extinción total de la ley), José "educación" (extinción de uno o varios artículos de la ley), dicho contenido, sin em

bargo, de ser precisado a la luz del estudio de los problemas de la aplicación de la ley penal en el tiempo, lo que plantea el estudio de su retroactividad y ultractividad.

III RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Entren no se lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, rige el principio de que la ley penal no es atractiva, es decir no tiene aplicación hacia el pasado. Tal aseveración, sin embargo expresamente previene su límite en el sentido de que la retroactividad de la ley penal sea perjudicial lo que significa, interpretada al contrario sensu , que si la ley no es perjudicial, es decir, si resulta ser benéfica, entonces sí serán factibles aplicación retroactiva s sea (aplicación hacia el pasado).

El estudio de la I. retroactividad de la ley implica el estudio de su aplicación frente a una sucesión de leyes penales, ámbito del cual son susceptibles de presentarse tres situaciones diferentes:

Ley que crea un tipo no previsto por la ley anterior

Ley que suprime un tipo que la ley anterior regulaba ley que modifica al año anterior.

En el último caso, a su vez, se presentan tres situaciones, cada una de las cuales plantea su problemática específica:

Que la modificación una nueva a la parte general de la ley penal o libro primero del código penal;

Que la modificación sea en relación al tipo previsto en la parte especial de la ley o libro segundo del código penal; y

Que la modificación se relacione con una pena señalada.

En la sucesión de las leyes en donde la nueva ley crea un tipo anteriormente inexistente es evidente que la nueva ley penal no susceptibles de ser aplicada a la conducta o hechos realizados con anterioridad por lo que es aplicable en toda su plenitud el principio del I. retroactividad de la ley penal, a su vez relacionada con el principio de legalidad, en la medida en que no existe ley penal prevista. Consecuentemente, rige el principio tempus regit actum, respecto del caso en cuestión.

En relación con este caso no parece presentarse ningún problema, en la relación con los delitos instantáneos, ni el continuo o permanente y tampoco con el continuado; simplemente, la creación del nuevo tipo hace surgir una nueva situación jurídica que es el relevante para el derecho penal que anteriormente para inexistente; por lo mismo, en la medida en que no tiene efecto hacia pasado, no puede tener relación con situaciones precedentes. Sólo la tendría, en el caso de que la con

ducta delictiva la presencia de algún delito instantáneo, continuo o continuado y que la creación del nuevo tipo, viniera a afectar la situación de aquéllos, pero en tal caso, no estaríamos hablando de la problemática relacionada con la creación del nuevo tipo, sino que se estaría haciendo referencia a nuevo tipo que afecta la conducta perpetrada bajo la vigencia de la regulación anterior.

En relación con la nueva ley que suprime el tipo que la ley anterior regulaba, es decir, la nueva ley suprime como delito la situación que se consideraba como tal en los términos en la ley anterior, aquí y puede tener aplicación del principio de retroactividad de la ley penal.

Si un hecho es considerado como delito por una ley, ya que el justificable esté pendiente de ser juzgado por razón de su ausencia, sea que se encuentre procesado, o pío que le haya sido dictará sentencia condenatoria y esté cumpliendo la pena impuesta, en tales casos, la ley sobrevenida que elimina la existencia del delito, automáticamente surte sus efectos y ser aplicable al hecho ocurrido con anterioridad y, como consecuencia, al no ser ya delito en sea "hechos" por el que es procesado o por el que fue castigado la persona, inmediatamente deja de la procesada por cuanto se retira este delito, o bien se cerrara penal y puesta. Esta aplicación, deriva de la interpretación del artículo 14 constitucional, primer párrafo, interpretando su texto a contrario sensu, en relación con el artículo 16 constitucional y el artículo 5 6 código penal.

Al efecto, la suprema corte de justicia de nación a expresado:

Cuando la ley bien establecer qué determinado hecho que antes era reputado como delictuosos deja de tener ese carácter, a los procesados por dicho hecho, antes de ponerse en libertad inmediata, pues de no ser así se violaría su contra las garantías que establece el artículo 16 constitucional, manteniendo los presos por un hecho determinado que ha dejado de ser delito, y que por tanto no merece sancione alguna y menos corporal" sea (semanario judicial de la federación, quinta época, tomo XXVII Pág. 2290.)

En relación con la sucesión de leyes, en la cual la nueva ley modifica al anterior, citar modificación se refiere a aspectos vinculados con la parte general prevista en el libro primero del código penal, tales modificaciones puedan referirse al contenido de la ley, en relación con aspectos que vinculan con el delito, con la responsabilidad del delincuente o con la pena, naturalmente se aplica el principio de retroactividad de la ley más favorables, enjuició que tienen que ser determinado en el caso concreto y no en abstracto, ya que situaciones aparentemente favorables o desfavorables frente a la consideración abstracta de la ley,

Pueden resultar valoradas en sentido contrario, cuando sean observadas en relación con el caso concreto, atento al interés del u justiciable.

Si las modificaciones son en relación con el tipo, es decir, que suponen reformas relacionadas con los tipos en especial, previstas en el libro segundo del código penal, sin que, en sentido estricto, implique la derogación con la creación de un nuevo tipo, y si, en cambio modificaciones que impliquen la variación del contenido de los elementos típicos, sea de los tipos básicos o bien de los complementos con circunstancias se agravación guatemalteca. Opino, si las modificaciones se refieren carácter medida, en manera tal en que la modificación implique variaciones dentro de los intervalos de punibilidad previstas en los tipos delictivos, sin implicar la creación o derogación de la pena correspondiente, si no sólo la modificación punitiva, sea en sentido cualitativo sea (tipo de pena) o cuantitativo sea (agravación o atenuación), el criterio definitorio, como en el caso primero, es el que resulte más favorables, en el caso concreto. Así, a manera de ejemplo, si la ley aparece deformado en su máximo y mínimo de intervalos de punibilidad, en manera tal que resulte modificado favorablemente el máximo pero no es mínimo, entonces sí en el caso concreto la pena aplicable se refiere a la mínima, la ley no debe ser aplicada retroactivamente porque resultaría perjudicial al procesado

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

SUMARIO: I. Concepto. II. Principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio. 1. Principio de territorialidad. 2. Principio de la nacionalidad de la personalidad o del estatuto personal. 3. Principio de defensa, real o de protección. 4. Principio de la universalidad o de la justicia mundial. III. Lugar de comisión del delito. IV. Legislación penal mexicana y su aplicación en el espacio. V. Derecho internacional penal y derecho penal internacional. VI. Extradición. 1. Concepto de extradición. 2. Formas de extradición. 3. Reextradición. 4. Fuentes de la extradición. 5. Principio de reciprocidad. 6. Límites de la extradición. VII. Derecho de asilo. 1. Concepto. 2. Formas de asilo
a) Asilo territorial. b) Asilo diplomático.

La aplicación de la ley penal en el espacio, vincula derecho interno con el derecho internacional tanto público como privado.

La aplicación de la ley, en estaciones privativo del derecho penal, sino que es común para aplicación de todo derecho en general; en el campo penal, sin embargo, presenta algunas peculiaridades relacionadas precisamente con la materia de que se trata, que hacen conveniente su tratamiento como un tema específico del estudio del derecho penal. Igualmente, salta la vista que su contenido, guarda sobre todo una relevancia de carácter procesal, por ser el ámbito propio de la aplicación de la ley, lo cual no significa que se demerite su importancia también sustantiva, en tanto que limiten ámbito de validez especial de la ley penal.

I. CONCEPTO

Como criterio básico rige principio general de que la ley penal se aplica dentro del espacio territorial en que ejerce su soberanía el propio Estado. En los casos límite, se hace necesario precizarla. Para este efecto, son de utilidad los diferentes principios que rigen la validez espacial del derecho penal en general.

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Fundamentalmente estos principios son:

Territorialidad

Personalidad o nacionalidad

Defensa real o de protección

Universalidad, extraterritorialidad plena o de la justicia mundial.

1. *Principio de territorialidad*

Consisten en la aplicación de la ley del Estado, en relación a todos los delitos cometidos dentro del espacio que aparece reconocido como parte del territorio nacional, es decir, espacio territorial sujeto a la soberanía del Estado. Evidentemente, es el principio general básico en aplicación de la ley de un país y, naturalmente, lo es también en la aplicación de la ley penal mexicana. Su entendimiento conlleva la necesidad de precisar el concepto “territorio del estado”, en relación con la comisión de delitos.

Características del principio de territorialidad:

- 1) El delito debe ser cometido dentro del territorio nacional.
- 2) El sujeto activo puede ser nacional o extranjero.
- 3) El sujeto pasivo puede ser nacional o extranjero.
- 4) La ley aplicable es la del Estado en donde se ha cometido delito; es decir, el Estado que ejerce su soberanía sobre territorio.

Por territorios entiende el espacio terrestre, en suelo y el subsuelo; el espacio marítimo, integrado por la superficie marino, el fondo marino y el subsuelo marino; espacio aéreo, y espacio ficticio, que se refiere a las cosas y objetos que se estiman como parte del territorio nacional, entre estas, particularmente la presencia las naves y aeronaves quienes consideran como prolongación del espacio y del territorio mexicano y sobre los cuales el Estado ejerce su soberanía.

El artículo 42 de la Constitución Política Federal de México, establece:

El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación.
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos de los mares adyacentes.
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico.
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes.

V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores, y

VI. El espacio situado sobre territorio nacional con extensión y modalidades que establezcan el propio derecho internacional.

A su vez, el artículo 43 siguiente, señala cuáles son las entidades que conforman a la federación y, así, refiere:

Las partes integrantes de la federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatan, Zacatecas y Distrito Federal.

En síntesis, 31 estados libres y soberanos en su régimen interior, además del Distrito Federal, que componen el Estado Federal en los términos de lo previsto en los artículos 39, 40, 41 y 124 de la Constitución.

De lo anterior, se sigue que para el Estado mexicano, el espacio del territorio nacional se encuentra conformado por:

El espacio terrestre: Formado por el suelo, el subsuelo, el espacio marítimo y el espacio aéreo. El suelo, básicamente conformado por las partes que integran a la Federación, así como las islas antes señaladas, en términos del artículo 42 constitucional. El subsuelo, entendido como el dominio que el Estado soberano tiene sobre dicho territorio del espacio terrestre, en los términos de lo previsto en el artículo 27 constitucional.

El espacio marítimo: Aparece conformado por el mar territorial, en la extensión y términos que fija el derecho internacional; por las aguas interiores, a su vez en los términos de lo dispuesto por el artículo 27 constitucional, párrafos cuarto y sexto, en lo relativo al fondo del mar y al subsuelo marítimo, que incluye la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, los cayos y arrecifes; por las aguas de los mares territoriales y las aguas marítimas interiores, en los términos de los párrafos quinto y sexto, del mismo constitucional.

En lo relativo al espacio marítimo, el mar se dividen mar libre y mar territorial.

Por mar libre se entiende todo aquella zona homogénea de agua que cubre el planeta, rodeando las zonas continentales, con la excepción de las áreas marítimas específicamente reconocidas como mar territorial.

El mar territorial, en los términos señalados, es aquel que aparece como parte de un determinado Estado.

Naturalmente, el aspecto fundamental en torno al mar territorial es precisamente su delimitación es decir, cuál es el límite del mar territo

rial, respecto del mar libre. Sobre el particular se han planteado diversos criterios para su delimitación:

- A) El mar territorial llega hasta donde alcanzar la vista, es decir, su distancia visible.
- B) El límite debe de estar hasta donde llega un disparo de cañón.
- C) La distancia de tres millas.
- D) El límite debe estar en relación con la distancia de la plataforma continental.

La Constitución además de lo dispuesto en el artículo 42, párrafo quinto, que hace expresa referencia al derecho internacional; el artículo 27, señala lo siguiente: En su primer párrafo:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originalmente a la nación...

El párrafo quinto a su vez expresa:

Son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

El párrafo octavo refiere

la nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a este los derechos de soberanía y la jurisdicción que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base del desde la cual se mide el mar territorial...

En adición a dicha regulación, la ley de bienes nacionales de la nación, en su artículo 17, fracción II, número 18, expresa:

...son bienes de uso común, el mar territorial que comprende: las aguas marginales hasta la distancia de nueve millas, marítimas, contadas desde la línea de la marea más baja, en la costa firme, en las riberas de las islas que forman parte de territorial nacional, en los esteros que se comunican con el mar, permanente o intermitentemente y los ríos que se desemboca en el mar.

En síntesis, por mar territorial debe entenderse la zona marítima que va desde la playa hasta el límite con el mar libre, que naturalmente corresponde a una línea ficticia trazada dentro del límite fijado por el derecho internacional.

El espacio aéreo: corresponde a la zona de aire que se encuentra en la parte superior del espacio terrestre y marítimo del mar territorial.

La regulación en la materia deriva de lo dispuesto por la Constitución, en el artículo 42, fracción VI, señalado, en relación con lo dispuesto en artículo 27 de sus párrafos quinto y sexto y, también, de lo

dispuesto en la ley de bienes nacionales en su artículo 17, fracción I, en que lo define como bien de uso común. En relación con el espacio aéreo, fundamentalmente se han sostenido tres posiciones diferentes:

A) El aire no es susceptible de apropiación y, por lo mismo, su autorización de tránsito de ser libre.

B) Cada Estado tiene derecho a imponer y hacer respetar su soberanía, dentro de los límites que cubran a su espacio aéreo territorial.

C) Se considera la posibilidad de reglamentar como espacio aéreo, una zona dentro de una cierta distancia arriba del territorio y que la zona superpuesta a ésta, debe suponer una zona de espacio aéreo libre, ya que no es posible establecer, conforme a la lógica actual, límite al espacio cósmico. Además, no existe forma a través de la cual los Estados pretendan ejercer su soberanía, salvo el grupo mínimo de países que sí han logrado tener acceso a dicho espacio, lo que naturalmente supone un particular avance de la ciencia y la técnica en ellos.

Este tema que hasta hace algunos años parece ser verdaderamente ciencia ficción y del total inutilidad práctica, plantea nuevas necesidades que, exigen de una mayor y más precisa de limitación jurídica.

Territorio ficticio: Por territorio ficticio, se entiende aquellos espacios que, como el de las naves o aeronaves, implica una extensión ficticia del territorio nacional.

2. *Principio de la nacionalidad, la personalidad o del estatuto personal*

Este principio implica la aplicación de la ley del Estado sus nacionales, en relación con los delitos cometidos fuera del territorio nacional. El principio general es que la ley del Estado sigue a la persona de sus nacionales.

Características fundamentales del principio de personalidad, son las siguientes:

El delito de ser cometidos en el extranjero;

El sujeto activo debe ser un nacional del país que ejerza el principio de personalidad o de nacionalidad;

Los sujetos pasivos pueden ser nacionales o extranjeros; y

La ley aplicable al agente es la ley nacional.

El principio de las nacionalidad es el que frecuentemente se hace valer en la relación diplomática internacional.

3. *Principio de defensa, real o de protección*

El principio real o de defensa supone la aplicación de la ley del Estado al que pertenece el sujeto pasivo, afectando en sus bienes jurídicos por la lesión causada por un delito, razón por la cual se entiende que

el Estado protege a sus nacionales, cuando los delitos cometidos en el extranjero, o bien, protege sus intereses en el extranjero de manera directa.

Atento a tal orden de ideas las características fundamentales del principio de defensa, son los siguientes:

El sujeto que puede ser nacional o extranjero.

El sujeto pasivo es nacional del Estado que hace valer el principio de defensa.

El delito debe ser cometido en el extranjero, implicando la lesión a los intereses del Estado que hace valer el principio de defensa de sus nacionales.

La ley aplicable es la del Estado como directo afectado del delito, sujeto pasivo, o bien, la del Estado al que pertenece el sujeto pasivo lesionado en sus interés.

4. Principio de universalidad o de justicia mundial

Implica la posibilidad de aplicar la ley penal del país en cualquier país, por el delito cometido en cualquier lugar, sea nacional o extranjero, y cometido en contra de cualquier persona, sea nacional o extranjera, en la idea de que el hecho estimado como delito, implica una violación al orden jurídico internacional, además de ser lesivo al orden jurídico nacional en que ocurren los hechos; implica la afectación de bienes jurídicos protegidos que aparecen reconocidos como tales en todo el ámbito mundial y, por lo mismo, todos los Estados lo reconocen y lo convalidan individual y conjuntamente.

Las características de este principio son los siguientes:

El sujeto activo puede ser nacional o extranjero.

El sujeto pasivo puede ser nacional o extranjero.

El delito puede ser cometido en cualquier país.

La ley aplicable resulta ser la del país en donde se encuentre físicamente la persona o la de cualquier otro país.

En resumen, el hecho considerado como delito, tiene que ser considerado como delito por el país que aplica el principio de la universalidad; no es necesario que el delito se hubiera cometido en el país que aplica el derecho, pudieran aplicarlo por el hecho cometido en otro lugar y sin necesidad de que se trate de un nacional o de que se aplique el principio específico de defensa; la figura del delito se considera como delito en el ámbito universal y, por lo mismo, es perseguido por todo los países, de manera universal

De la exposición anterior, dos son los criterios fundamentales en la aplicación en la ley penal en el espacio:

El principio de territorialidad de la ley es el principio básico; el principio de la extraterritorialidad, si, en sentido amplio, implica la aplicación de la ley fuera de su espacio territorial. Todos los demás principios señalados, diversas empresas que de territorialidad, son formas de aplicación extraterritorial de la ley (así los principios de la nacionalidad o personalidad, de defensa o real, y del aplicación universal, de la justicia universal o extraterritorialidad).

Existe una estrecha vinculación entre el principio de la personalidad y el principio de defensa, toda vez, que en ambos, es preponderante la defensa del estado respecto de sus intereses, razón explica que en un caso aplique el estatuto personal, es decir la aplicación de su ley a sus nacionales, en el otro, aplique su ley, fuera de su territorio, en aquellas situaciones que estime lesivas a sus intereses.

Principio del domicilio o de la justicia supletoria: con la complejidad del mundo moderno, es, este, otro principio que asimismo ha ido alcanzando desarrollo. Permite la aplicación de la ley nacional a la persona que tenga domicilio del territorio del estado y que hubiere cometido el delito en el extranjero. Obviamente, es otro principio que guarda vinculación tanto con el principio del estatuto personal como con el principio de defensa de sus intereses.

III. LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Tema medular en el ámbito de lo que es la aplicación de la ley en el espacio es relativo lugar de comisión del delito. La determinación del mismo es fundamental para la aplicación de la ley penal. El principio general aplicado es el de la territorialidad, sin embargo, ocurren casos como los “delitos a distancia”, que son aquellos en donde su momento consumativo es diferente de aquel en que se inició la acción, o bien, en donde esta última parece realizar en diferente parte, para lograr su consumación en un lugar diverso.

Al respecto han sido sostenidas principalmente tres teorías para la atención del problema:

i. la teoría de la actividad. Esta toma en consideración el momento de la acción realizada, que naturalmente, traduce sus consecuencias a la pena.

ii. la teoría del resultado, a su vez, toma en consideración, para los efectos de la aplicación de la ley, el lugar en donde se produjo el resultado delictivo. Se sustenta en una concepción objetiva y material del derecho que, partiendo de la protección a los bienes jurídicos, considera el inicio de su intervención a partir del momento en que se

considera causada la lesión a dichos bienes jurídicos, con la presencia del injusto, como hecho típico y antijurídico.

iii. La teoría de ubicuidad, por último, toma en consideración para los efectos de la determinación del momento de comisión del hecho delictivo, tanto la acción, como resultado. Este criterio que, en nuestro parecer adopta un criterio más funcionalista ha venido siendo favorecido por el derecho penal más reciente, en diferentes países y general en Latinoamérica, señalando sea, con razón, que tanto uno como el otro criterio debe ser tomados en consideración, ya que al derecho penal le importa tanto el contenido del acto como resultado. Además, sólo así logra el derecho penal tener una aplicación más completo y cabal que sea afín con sus objetivos, de protección y salvaguarda de los bienes jurídicos.

Estos mismos criterios deben encontrar aplicación relación con el delito misivo y también en la tentativa del delito. Respecto del primero, tanto en relación con la omisión simple, como en el caso de los delitos de omisión por comisión, ámbitos en los cuales deberá ser tomado en cuenta tanto lugar en donde se omitió la acción ordenada por la ley penal, como también lugar en donde se produjo el resultado. A su vez, en relación con la tentativa, en la medida en que no se produce la consumación del delito y, por lo mismo, no existe un resultado material visible, tendrá que ser tomado en cuenta el lugar en donde se produjeron las acciones correspondientes; incluso, algunos autores aceptan también el del lugar en que debió producirse el resultado, criterio, éste que no compartimos. Vale reservar, por último, que en los “delitos a distancia”, sobre todo en relación con los delitos cometidos en diferentes países, estos criterios, amplían sensiblemente la posibilidad de intervención de los diversos países que, una forma o de otra, aparecen relacionados con el hecho delictivo, por lo que implica un criterio de mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia internacional organizada.

En la problemática del lugar de comisión del delito, en relación con la participación, tiene relevancia el principio de la accesoriedad. Así, en los delitos cometidos a distancia, se puede tomar en cuenta tanto lugar en que se encuentra el partícipe, como el lugar en que se cometió el delito.

“delitos en tránsito”. Supone otro de los problemas relacionados con el tema que se analiza. Se entiende por estos, la presencia de un proceso criminoso dentro del cual el inicio de la conducta típica se realiza en un país y la consumación en otro, pero para que se dé este último, se dé una cierta secuela conductual delictiva, en que se transita por uno o varios terceros Estados (Vgr.: en el caso de algunos de los delitos vinculados con el narcotráfico, la conducta inicial se cometen en

Perú al momento del cultivo, en Colombia para su proceso de producción, de allá parte hacia otros diversos países con el fin de ser enviada para su distribución, como destino último, a Estados Unidos. Durante dicho proceso, la droga observa su paso por diversos países que son sólo lo del tránsito). Al respecto, se pregunta si es susceptible la aplicación de la ley de estos países cuando el objeto del delito o los autores copartícipes se encuentran en tránsito, en ellos; en nuestro concepto, evidentemente si es posible su actuación, en la medida en que se trata de una acción delictiva del tracto sucesivo que se prolonga en el tiempo y que se está cometiendo, en un continuo, hasta el momento en que concluye con su consumación, razón por la cual, el estado de antijuricidad se prolonga en el tiempo. Así, si en alguno de los Estados intermedios de acción delictiva es interceptada, sabrá cometido, hasta ése momento, una tentativa de delito, en ése momento frustrada, respecto de su posible venta de solución, pero será también un delito consumado por cuanto se refiere al cultivo o producción y tráfico. En resumen, es de estimarse que sí es factible la aplicación de principios de la ubicuidad.

IV. LEGISLACION PENAL MEXICANA EN SU APLICACIÓN EN EL ESPACIO

La aplicación de la ley penal en el espacio, en México, aparece regulada en el código penal, en los artículos 1 al 5, en los cuales aparecen recogidos diversos principios que se sostienen en la solución de los problemas jurídicos que plantea esta materia.

El artículo uno del código penal expresamente refiere:

Este Código se aplicará en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los lugares comunes; y en toda la república, para los delitos de la competencia de los tribunales Federales.

Evidentemente se recoge, en toda su extensión, el principio de la territorialidad.

El artículo 2 expresa:

Fracción 1. Por los delitos que se inician, preparan o cometen en el extranjero, cuando produzcan o se pretende que tenga efecto en el territorio de la república...

En esta fracción I, a partir del principio de la ubicuidad, se recoge el principio real, de defensa o de protección; como asimismo el principio de territorialidad, a partir del resultado.

Artículo 2. Fracción II.

Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su

Personal, cuando no hubiera sido juzgados en el país en que se cometieron.

Esta fracción II aplica los principios de defensa, por cuanto se refiere a los delitos cometidos en los consulados mexicanos, como asimismo, el principio del estatuto personal o nacionalidad, o personalidad, respecto de los delitos cometidos en contra del personal de dichas legaciones mexicanas.

El artículo tres del código penal expresa:

Los delitos continuos cometidos en el extranjero que se siguen cometiendo en la república se perseguirán con arreglo a las leyes de esta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados.

La región acepta del principio de la aplicación territorial de la ley mexicana, a partir de que se trata de delitos que están siendo cometidos también la república mexicana.

El artículo 4 expresa:

Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra un mexicano o contra extranjero, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió; y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter del delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Se trata, en el caso, de delitos cometidos en el extranjero y en que se plantean tres hipótesis diferentes: De un mexicano contra mexicano; de mexicano contra extranjero y de un extranjero contra mexicano. En todos los casos, por otra parte se requiere que el sujeto activo se encuentre en el país.

Relación con cada una de estas hipótesis, los principios que adopta el Estado mexicano en la aplicación de su ley nacional a hechos ocurridos en el extranjero, son los siguientes: en relación con la hipótesis primera, es aplicación del principio de la nacionalidad, como también en la hipótesis segunda. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado:

El juez federal tiene la jurisdicción de su competencia y no obstante ser el principio de territorialidad el que rige fundamentalmente la aplicación especial de la ley penal, de acuerdo con el artículo 4 del código penal federal, este precepto en su primera hipótesis, “delito cometido por mexicano en territorio extranjero”, admite el principio o estatuto personal, sea por respeto según la opinión de algunos penalistas del vínculo de fidelidad que debe unir al súbdito con su Estado, sea porque no es posible concebir que un Estado se transforma en segundo refugio para sus nacionales,

Autores de crímenes fuera de su frontera, o sea porque esta regla de persecución era justa contrapartida de la no extradición de nacionales;... (*Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen IV, página 5657, Segunda Parte).

En relación con la tercera situación, del delito cometido en el extranjero, por un extranjero en contra de un mexicano, resulta ser aplicable el principio de defensa, real o de protección, en la medida en que la ley mexicana, aparece a la defensa de los intereses de un nacional que se encuentra en el extranjero. En este último caso necesario que dicho acusado extranjero se encuentre en territorio nacional, que el reo no haya sido juzgado en su país por el delito en cuestión y es necesario que el delito por el cual se le detiene aparezca ser delictivo tanto en el Estado mexicano como en el Estado extranjero en que se afectó al nacional.

El artículo 5 expresa:

Se considerará como ejecutados en territorio de la República: Fracción I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en altamar a bordo de buques nacionales. II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso de que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto. III. Los delitos cometidos a bordo de buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare en la tranquilidad pública, o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario obrará conforme al derecho de reciprocidad. IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio, o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señala para buques las fracciones anteriores. V los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

La fracción I, relativa a los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en altamar, a bordo de los buques nacionales, naturalmente se delimita por razón del imperio de la ley del país bajo cuya bandera navega el barco, toda vez, que se trata de naves que navegan en altamar, de aquí, que el principio aplicado es la de la territorialidad, bajo el principio de la ficción jurídica, en tanto que forman parte del territorio nacional las naves y aeronaves nacionales, en la medida en que su ubicación sea dentro de los límites del mar libre o altamar y no del mar territorial de algún país.

En relación con la fracción II, relativo a los delitos ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional, surto en puertos o en aguas territoriales de otra nación, como la segunda parte de la propia fracción, en que se extiende la aplicación alcanzó en tiempo que semejante, si

el delincuente no ha sido juzgado nacional a que pertenezca el puerto, debe entenderse, respecto de la primera parte, que opera la aplicación del principio de la territorialidad, en relación con el alcance del principio de la ficción del territorio, por tratarse de un buque de guerra, que naturalmente es la forma de expresión más evidente de la soberanía nacional, razón por la cual en ningún momento pueden quedar sujetos a la soberanía en un Estado extranjero, aún encontrándose surto en puerto y no sólo dentro de los límites de sus aguas territoriales.

Por cuanto se refiere a la parte segunda de la misma fracción II, aparece aplicado el principio de la defensa que es aplicado de manera supletoria para el caso de que el sujeto activo del delito no sea juzgado en el país a que pertenezca el puerto. A su vez, si se trata de hechos cometidos en buque mercante que nave en aguas territoriales de otro país, sin que toque puerto, toda vez que el caso no aparece jurídicamente precisado en la regulación de la ley mexicana, es de entenderse que, a luz de la interpretación de esta fracción II en relación con la fracción III, deberá de aplicarse el principio de reciprocidad internacional, que, en su caso, permitiría entender que el derecho aplicable será o el del país al que pertenezca el buque mercante o el del país al que pertenezca las aguas territoriales.

La fracción III es complemento del contenido de la fracción anterior, en su parte segunda, si bien aquí hace referencia los delitos cometidos en buque extranjero surto en puerto nacional o aguas territoriales del Estado mexicano. Esto establece la competencia de la ley mexicana cuando dichos hechos supongan la turbación de la tranquilidad pública o bien que el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación y, en caso contrario, se obrará conforme el principio de reciprocidad; es decir, se aplica en general principio de territorialidad de la ley mexicana, por tratarse de aguas territoriales, si el hecho implica la turbación de la tranquilidad pública; en cambio, si no hay afectación a la tranquilidad pública, por razón del delito cometido, entonces se aplicará la ley mexicana sólo si el delincuente o el ofendido no son parte la tripulación, lo que implica que si el delincuente o algunos de los afectados fueren parte de la tripulación, será aplicado el principio real o de defensa o de la nacionalidad al cual pertenece el buque, no importando que la nave se encuentre surta en puerto nacional o en aguas mexicanas.

La fracción IV regula la situación del tránsito de las aeronaves nacionales o extranjeras, en el territorio o en la atmósfera sobre territorio nacional o sobre las aguas territoriales, nacionales o extranjeras.

Por cuanto se refiere al contenido de la fracción V, del artículo 5, del código penal, relativo a los delitos cometidos en las embajadas y le-

gaciones mexicanas en el extranjero, inicia expresando que se considerará como ejecutados en territorio de la República, por lo que parece pretender la aplicación del principio de la territorialidad, al considerar como parte del territorio nacional el lugar de ubicación de las embajadas y legaciones mexicanas en el extranjero. Tal criterio, sin embargo, ha sido frecuentemente impugnado por razón de que, en general, existe uniformidad en entender que en las relaciones del derecho internacional, la inmunidad diplomática implica un privilegio reconocido por el derecho internacional al personal diplomático y consular, que se apoya el principio del estatuto personal o de la nacionalidad, también mencionado como principio de la subditanía o principio de sujeción.

V. DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El estudio de la aplicación del derecho penal en el espacio, guarda relación con el derecho internacional penal y el derecho penal internacional.

i. Derecho internacional público es aquel que se ocupa de las relaciones entre los Estados y se diferencia del derecho internacional privado en que este último se orienta a la solución de los problemas y conflictos que se plantean entre particulares, derivados de la aplicación de las respectivas leyes nacionales en asuntos donde en principio parecen encontrar posible aplicación las leyes de diversos países; es decir, es el que decide qué ley es aplicable de entre las diferentes legislaciones nacionales, en la solución de conflictos particulares.

El derecho internacional público es derecho público y derecho internacional. El denominado derecho internacional privado, en realidad, forma parte del derecho interno y no del derecho internacional, aun cuando evidentemente guarda relaciones con este último, no es derecho público, sino privado, razón por la cual, acaso con mayor precisión debería denominarse derecho privado internacional.

ii. El derecho internacional penal tiene por objeto de estudio de los delitos tipificados a nivel internacional, vía tratados y convenciones internacionales, suscritos por los respectivos países, así como conocimiento de los mismos, por vía de jurisdicción penal internacional, lo que naturalmente implica el ámbito del derecho penal internacional, asignado a la Corte Internacional de La Haya, como también, en su caso, en América, en relación con los derechos humanos, a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

En el presente siglo, con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se pronunció el interés por precisar la prohibición a determinados hechos que se estimaban como lesivos derecho internacional en sí,

implicando disposiciones con contenido de protección al hombre, independientemente del país en que se encontrara o cual perteneciera. En síntesis, este interés se orientó hacia la conformación de un derecho penal y una justicia penal internacionales, reconocido y aceptado por los Estados, de donde deriva la denominación derecho internacional penal.

El ámbito jurídico penal que forma parte del derecho internacional penal se ha desarrollado en dos líneas.

α. Posibilidad de sancionar determinados hechos que afectan a los individuos en cualquier lugar o circunstancia, en base a los tratados y Convenios internacionales celebrados, ratificados por respectivos Estados, con lo que pasan a formar parte, también, el derecho Interno de los respectivos países, lo que genera la aplicación del principio de universalidad o extraterritorialidad total. Entre los temas aquí incorporados, aparecen los delitos vinculados con la trata de blancas, el genocidio y la piratería, entre otros.

β. Una segunda línea de pensamiento se orientó hacia el establecimiento de una justicia internacional penal, sobre la base del Tratado de Versalles, susceptible de ser aplicada de manera autónoma e independiente de la intervención directa de los Estados miembros. En esta línea es que fue aprobado el Estatuto de Londres, con base en el acuerdo del 8 de agosto de 1945, que dio lugar al tribunal militar internacional de Nuremberg, el cual conoció, juzgo y condenó a un grupo de alemanes por crímenes de guerra y contra del humanidad. Como también, de manera parecida, el Acuerdo del 25 de abril 1946, dio vida al tribunal militar de Tokio, que a su vez juzgo y condenó por crímenes de guerra y en contra de la humanidad a un grupo de japoneses.

De las orientaciones señaladas, la más aceptada e incorporada por los países ha sido la primera, en la inteligencia de que el objetivo de la presencia de un derecho y una justicia penal internacional, suponen un anhelo universal. A la vez, significa que los delitos conceptuados en este orden de ideas, deben aparecer recogidos en todos los países incorporen tal concepción de la justicia internacional, sólo así es susceptible su persecución de manera directa por todos los países miembros.

Actualmente, se distingue fundamentalmente tres grupos de delitos objeto de la regulación internacional:

Crímenes contra la paz, ámbito del cual el concepto de la agresión es básico.

Crímenes de guerra;

Crímenes contra la humanidad.

Esta regulación internacional, sin duda alguna plantea aún serios problemas, sobre todo en relación con responsabilidad de los Estados miembros. Siempre será cuestionada, a la luz de la soberanía, la posibilidad de que otro ente público internacional pueda dictar sanciones en contra de un Estado miembro, o bien, que habiéndose dictado éstas, el Estado miembro esté obligado a aceptarlas y cumplirlas.

VI. EXTRADICIÓN

Dentro del derecho penal internacional, dos temas en especial guardan relevancia, la extradición y al asilo.

1. *Concepto de extradición*

La extradición es la entrega que un Estado hace a otro, de un individuo, acusado o sentenciado, que se encuentra en su territorio y que el segundo reclama, con el fin de juzgarlo penalmente o para que cumpla y se ejecute la sanción, pena o medida de seguridad que le fue impuesta, conforme con las normas del derecho penal interno de un país y de las normas del derecho penal internacional.

Si bien la institución jurídica de la extradición fue conocida tanto por los romanos, como durante la Edad Media, con la denominación actual de “extradición”, aparece utilizado sólo desde la primera mitad del siglo pasado.

Los requisitos de la extradición son:

El requerimiento que hace un Estado a otro, respectivamente denominados “estado requirente”, y “estado requerido”, acerca de una persona que ha cometido un delito, con el fin de procesar o de aplicarle una pena o medida de seguridad.

Entrega, por parte del Estado requerido, de la persona que se requiere, la cual deberá encontrarse físicamente en su territorio.

Objetivo específico del juzgamiento o del cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad impuesta por el Estado requirente.

2. *Formas de extradición*

Extradición activa. Por tal se entiende la acción del Estado requirente cuando solicita a otro Estado, (Estado requerido), le entregue de la persona, con el objetivo señalado.

Extradición pasiva. Es la acción del “Estado requerido”, cuando entrega al “Estado requirente” a la persona reclamada, para el objetivo de la extradición.

Extradición espontánea. Éste tipo es también conocido como “oferta de extradición”. Es el ofrecimiento de extradición por parte de un estado, en cuyo territorio se encuentra persona que deberá ser objeto de extradición.

Extradición voluntaria hace referencia de entrega voluntaria o autoentrega de la persona que será objeto de extradición al estado requirente. Obviamente aparece estrictamente relacionada con el concepto anterior.

Extradición de tránsito. Es el permiso de tránsito que otorgó un gobierno para el traslado de una persona que sea objeto de extradición entre dos países, durante el tránsito por su territorio, hasta llegar a su destino de entrega, en el territorio del Estado requirente. Implica, por esto, la autorización del “Estado tercero”, para que la persona objeto de extradición, sea conducida por su territorio o bien en algún buque o aeronave de su pabellón, sea por el Estado reclamado o requerido, o bien por el Estado reclamante o requirente, hasta su arribo al propio Estado requirente.

3. *Reextradición*

Se habla de “reextradición”, cuando la persona que ha sido objeto de extradición entre el Estado requerido y el Estado requirente, encontrándose en este último, es solicitada dicho Estado requirente, que ahora se constituye en Estado requerido, en una nueva extradición, por parte de otro Estado requirente, para el mismo objetivo de juzgamiento cumplimiento de una pena o medida de seguridad, por razón de la existencia de un delito anterior y diverso de aquel por el cual fue primeramente extraditado.

4. *Fuentes de la extradición*

En general, como fuentes de la extradición se reconocen los tratados y los convenios internacionales, así como las declaraciones de reciprocidad, además de las leyes mismas. Algunos autores reconocen como fuente también a la costumbre.

Extradición tiene su origen en dos clases de fuentes: las internas y las internacionales.

i. fuentes internas de la extradición. Estas fuentes son las leyes relacionadas del derecho interno. En México, la Constitución de la República, en los términos de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma, cuando expresamente se refiere:

No se autoriza la celebración de tratados para extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de es-

clavos, ni de convenios o tratados, que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución.

El artículo 119 constitucional, establece las bases para el cumplimiento de la entrega de personas relacionadas con la comisión de un delito entre los Estados de la República, como también de la extradición del ámbito internacional.

Estas disposiciones, a su vez aparecen complementadas por lo dispuesto en el artículo 89, fracción X, de la propia Constitución, que establece entre las facultades de titular Ejecutivo Federal, la posibilidad de celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado, y a su vez, el artículo 76, fracción I, de la Constitución, señala, entre las facultades exclusivas del Senado, la aprobación de los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión; y la parte final del artículo 18 constitucional, a su vez expresamente refiere:

Los gobiernos de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación Convenios de carácter general para que los reos sentenciados por delitos del orden común, extinguen sus condenas en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren purgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República, para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstas en este artículo y los reos de nacionalidad extranjera, sentenciados por delitos de orden Federal en toda la República o de fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para este efecto.

En el ámbito de la legislación interna fundamental también el contenido de la ley de extradición internacional.

ii. Fuentes internacionales de la extradición. Entre las fuentes internacionales de la extradición, aparecen los diversos convenios bilaterales y multilaterales que tiene suscrito el país con el extranjero, en materia de extradición general, como también en relación con la extradición de reos para la ejecución de sentencias.

5. Principio de reciprocidad

En materia de extradición un elemento de especial importancia es el principio de reciprocidad. Éste implica la costumbre existente en el ámbito internacional, en la cual un Estado se comporta de forma tal que el Estado favorecido actúa de igual manera con el mismo país, en base a la reciprocidad.

La extradición observa como límite formal al principio de legalidad y otros más que derivan de éste. Estos principios son:

i. Principio de la torre incriminación, que implica que el delito o delitos por los cuales una persona puede ser objeto de solicitud de extradición, debe ser constitutivo de tal, tanto respecto del Estado requirente, como del Estado requerido.

ii. Principio de especialidad significa que queda prohibido para el Estado requirente procesar o imponer penas a la persona extraditada, por delitos diversos que de aquellos respecto de los cuales expresamente se hizo el señalamiento en el requerimiento de extradición. Este principio ha observado una evolución relevante, y consecuentemente ha sido objeto de reforma, en el sentido de incorporar, la posibilidad de ampliar el enjuiciamiento, siempre que se trate de hechos anteriores y distintos, y siempre que se hubiese solicitado autorización ampliatoria al Estado requerido y este no hubiese solicitado su inconformidad al respecto.

iii. Principio de no procedencia o no entrega por delito político. Éste está previsto por el Estado mexicano en el artículo 15 de la Constitución, respecto, del delito político.

En relación con conceptos del delito político, las legislaciones de los países lo conceptualizan fundamentalmente en orden a dos criterios:

El criterio objetivo considera que ciertas conductas que producen ciertos resultados, implican un contenido de carácter político en sí mismo;

El criterio subjetivo vincula el contenido del delito político, fundamentalmente con las motivaciones de quien lo realiza;

El criterio mixto se conceptualiza a partir de elementos tanto del contenido objetivo como, asimismo, de las motivaciones que definen el carácter subjetivo.

6. *Limites de la extradición*

i. los límites a la extradición, en orden a la pena, son:

Quantum de la pena, en el sentido de que ésta no debe ser inferior a un año de prisión como pena prevista; o bien no debe ser inferior a cuatro meses de prisión como pena impuesta.

Prohibición de la extradición en relación con las penas de muerte o las que impliquen tratos inhumanos, crueles o degradantes.

ii. Los límites a la extradición en relación con la persona del extraditado.

La negativa de la entrega de los nacionales;

La negativa de entrega de menores de dieciocho años de edad; y

La negativa de la entrega de personas respecto de quienes se hubiese reconocido su condición de asilados.

iii. Los límites a la extradición que rigen el ámbito procesal vinculado con la extradición son:

No autorización de la extradición de personas, respecto de las cuales se pretenda su juzgamiento por tribunales de excepción, los tribunales creados *ex post facto*;

No procedencia del extradición frente a procedimientos que ya hubieran sido previamente resueltos y, por tanto, tengan el valor de cosa juzgada; (prohibición del *non bis in idem*);

No autorización de la extradición, de personas cuya sentencia hubiera sido dictada en juicio seguido en rebeldía, o sin estar presente en el juicio oral, o con violación a sus garantías de audiencia y defensa.

VII. DERECHO DE ASILO

1. *Concepto*

El derecho de asilo es la protección que dispensa un Estado a una persona perseguida penalmente por otro Estado, en relación con asuntos que son de carácter político. Está es la regulación jurídica de una situación, en cierta forma, opuesta a la extradición. En efecto, un caso implica la entrega del procesado o sentenciado de un país a otro en relación con todo tipo de delito salvo el delito político; en el otro caso, implica la protección un Estado a una persona perseguida por otro Estado y, consecuentemente, supone la negativa de la entrega de ellas al Estado que los persigue, precisamente en tratándose de delitos políticos.

El derecho de asilo fue conocido sobre todo durante la Edad Media, época en donde los conventos y las iglesias fueron frecuentemente lugares de asilo o de refugio. En ese época, sin embargo, operó como una forma para limitar la aplicación relacionada con delitos del orden común y no por delitos del orden político. A diferencia de aquella institución, en la actualidad, en términos generales el asilo procede precisamente en relación con los delitos políticos.

2. *Formas de asilo*

Existen dos formas asilo. El asilo territorial y el asilo diplomático.

a) *Asilo territorial*

En relación con las leyes mexicanas es el asilo que otorga el Estado mexicano, en su territorio, a las peticiones que habiéndolo solicitado, les sea concedido. El concepto aparece relacionado con los refugiados polí-

ticos que solicitan asilo en un cierto país, al salir del país en que son perseguidos.

b) *Asilo diplomático*

Encuentro apoyo en los tratados y la costumbre del derecho internacional y ha tenido un importante desarrollo en Latinoamérica. Implica la protección que el solicitante de asilo recibe, dentro del espacio territorial del propio país en que es perseguido, en las representaciones diplomáticas o legaciones de un país extranjero que otorga y concede asilo al solicitante, impidiendo, como consecuencia, que el Estado perseguidor lo detenga, ha riesgo de violación de la inmunidad diplomática, generando un conflicto de carácter internacional entre Estados asilante y el Estado persecutor, en que se encuentra la legación extranjera.

En relación con esta figura se hay intentado afirmar, como, principio, el de la extensión de la territorialidad del país en el extranjero, considerando al espacio de las legaciones extranjeras como una extensión del territorio nacional, criterio, éste, sin embargo, que invariablemente ha sido cuestionado. La misma situación, sin embargo, aparece respetada en términos de la aplicación de principio del estatuto personal o de la nacionalidad, en donde el espacio en que habitan los representantes de un gobierno extranjero, que gozan de inmunidad diplomática es, a su vez, objeto de una extensión del privilegio a ellos concedido. La materia, naturalmente aparece relacionada con el ámbito de la aplicación de la ley en relación con las personas.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL
EN ORDEN A LAS PERSONAS

SUMARIO: I. Concepto. II. Inmunidades. 1. Inmunidad política. 2. La inmunidad diplomática (estatuto personal). a) La Convención de Viena. b) El artículo 33 constitucional. III. Indemnidades.

1. CONCEPTO

La aplicación de la ley penal en orden a las personas, en México, como la mayoría de los países, parece regulador sobre la base general de prensa que tener igualdad que, como garantía, afirma la constitución en su artículo primero. En consecuencia, el principio general aplicable la materia es que dentro del territorio nacional se aplique la ley penal, por igual, a todos los habitantes de la misma, nacionales extranjeros por los hechos previstos como delito, cometidos en su territorio.

Las excepciones a dicho principio, respecto de la aplicación de la ley penal en forma extraterritorial fueron objeto de análisis en el capítulo relativo a la aplicación de la ley penal en el espacio. Por cuanto se refiere a la aplicación de la ley penal en orden a las personas, las excepciones al principio general mencionado, aparecen recogidos en las así denominadas “inmunidades”, que pueden ser políticas o diplomáticas y en los “inmunidades” que recoge la ley penal mexicana. A ellas nos referimos a continuación.

II. INMUNIDADES

1. *La inmunidad política*

En relación con el ámbito de la inmunidad política de la aplicación de la ley penal aparece básicamente recogido en términos de los previsto en el Título Quinto, de la Constitución de República, sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, en términos de los artículos 109, 110, 111 y 114 de la Constitución, como, asimismo, conforme a lo previsto en la ley de responsabilidades de los servidores públicos.

En el ámbito estrictamente penal el tema que nos ocupa guardar relación con el “desafuero” o “declaración de procedencia”, prevista en el artículo 111 de la Constitución y en lo dispuesto en las respectivas leyes de los Estados.

El artículo 111 refiere:

Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despachos, los jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el Titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarada por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si a ha o no lugar a proceder contra el inculcado.

Si la resolución de la Cámara fuese negativa, se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso, cuando el inculcado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. Su procedencia operara, sólo respetó dos delitos graves del orden común, por el delito de traición a la patria. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación aplicable.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales y Magistrados de los tribunales Superiores de Justicia, de los Estados, se seguirá el mismo procedimiento establecido en éste artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las declaraciones y resoluciones de la cámara de Diputados y Senadores son inatacables.

En efecto de la declaración de que haya lugar a proceder contra el inculcado será separarlo de su encargo, en tanto este sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculcado podrá resumir su función. Si la sentencia fue condenatoria y se trata de un delito cometido en el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia.

Las sanciones penales aplicarán acuerdo con lo dispuesto en la le-

gislación penal y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio o causen daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido, y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

El artículo 114 expresa:

El procedimiento de un juicio político sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público, desempeñe su cargo, y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes aplicarán en un período no mayor tamaño de un año a partir de iniciado el procedimiento.

La responsabilidad por delitos cometidos durante tiempo del encargo, por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto servidor público, desempeña alguno de los cargos a que hace referencia al artículo 111.

La ley señalará los casos de prescripción de responsabilidad administrativa, tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos u omisiones en que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves, los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años.

Atento a la regulación señalada, se establecen las bases de la inmunidad política de los servidores públicos que, a su vez aparece precisada los términos de las leyes secundarias relacionadas.

2. Inmunidad diplomática. (Estatuto personal)

En relación con el fundamento de la inmunidad diplomática, referente al personal diplomático o consular, aparece regulado en términos del artículo 5, fracción V, del código penal, en donde se expresa: “se considera como ejecutados en territorio de la República: ... fracción V. los cometidos en las Embajadas y Legaciones mexicanas”. En su oportunidad, al estudiar la aplicación de la ley penal en el espacio, se analizó el alcance de este principio, que debe entenderse en el sentido de implicar un privilegio respecto de las personas y, por lo mismo, la aplicación extraterritorial del principio del estatuto personal o de la nacionalidad de la ley mexicana.

La violación a la inmunidad y neutralidad aparece tipificada como delito en el Código penal, en términos del artículo 148; a su vez, la regulación de la materia misma de la inmunidad diplomática, aparece fundamentalmente previsto en los artículos de los tratados y convenciones internacionales, suscritos por los países miembros y que, en México, supone un procedimiento que exige la firmada por parte del Presidente

de la República, en términos de lo dispuesto en el artículo 89, fracción X, que expresa: “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales sometidos a la aprobación del Senado...”, a su vez en relación con el artículo 76 que, a su vez, recoge la obligación de la ratificación de aquellos por parte del Senado.

a) *La Convención de Viena*

En relación con el tema que nos ocupa, particular relevancia tiene la Convención de Viena, que es la base principal de la regulación de las relaciones diplomáticas internacionales. Suscrita el 18 de abril de 1961, previene en el artículo 31 que el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, precisando, sin embargo, que tal inmunidad no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante, y el artículo siguiente, refiere que el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gozan del inmunidad.

A su vez el artículo 37 refiere: “los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa, gozarán de los privilegios e inmunidades... siempre que no sean nacionales del Estado receptor”. Asimismo, se agrega que los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que forman parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor, ni tengan en él su residencia permanente y los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor, ni tengan en él su residencia, a su vez serán protegidos por el privilegio de la inmunidad, por los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

b) *El artículo 33 constitucional*

En el ámbito de la relación internacional llega a acontecer que un extranjero deje de resultar grato al país en que se encuentre habitando. Frente a tal contingencia existe la posibilidad de que el Estado receptor lo considere como persona “non grata” y, por lo mismo, determine su expulsión del país. En México, esta situación aparece regulada en términos de lo dispuesto en el artículo 33 constitucional, que expresamente señala:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo Primero, Título Primero de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar del territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo a todo el ex-

tranjero cuyo permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

III. INDEMNIDADES

Se entiende por indemnidad, aquél privilegio por virtud del cual una persona, queda eximido de toda responsabilidad penal por la realización de los actos a que dicha indemnidad hace referencia. En México, es entenderse que implican indemnidad:

a) Los actos del Presidente de la República que no impliquen traicionar a la patria o delito grave del orden común, durante el tiempo de su encargo.

b) Los actos de los miembros del Congreso de la Unión y de los miembros de la Asamblea de Representantes, en términos de lo dispuesto en el artículo 73 constitucional, relativo a las facultades del Congreso, fracción VI, referente a las facultades para legislar en el Distrito Federal, inciso tercero, relativo a la Asamblea de Representantes instituida como órganos de Representación Ciudadana del Distrito Federal y que refieren en lo conducente “los Representantes del Asamblea son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y el Presidente del Asamblea deberá velar por el respeto al fuero constitucional de sus miembros y por la inviolabilidad del recinto en donde se reúnen a sesionar...”.

El artículo 61, a su vez, refiere la misma situación respecto de los Diputados y Senadores, quienes igualmente son inviolables por la opiniones que manifiesten el desempeño de sus cargos y no pueden ser reconvenidos por ellas. El Presidente de la Cámara velará por el respeto al respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto en donde se reúnan a sesionar.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL
EN ORDEN A LA MATERIA

SUMARIO: I. Concepto. II. Jurisdicción del orden federal y del orden común.

I. CONCEPTO

Por razón de que el Estado mexicano se encuentra políticamente conformado como Estado federal, integrado por 31 Estados, libres y soberanos en cuanto su régimen interior, además de un Distrito Federal, unidos todos en un solo Estado por el pacto federal, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Constitución, se origina una doble jurisdicción, por una parte, la jurisdicción en materia federal y por la otra la jurisdicción en materia del orden común.

II. JURISCCIÓN DEL ORDEN FEDERAL Y DEL ORDEN COMÚN

Son de materia federal, todos aquellos ámbitos de la regulación jurídica del país que expresamente ha señalado el artículo 73 de la Constitución.

En la medida en que las áreas objeto de regulación no aparezcan recogidas en artículo constitucional señalado, debe entenderse que son jurisdicción estatal y del Distrito Federal, con fundamento en el alcance del principio Federal recogido en el artículo 40 constitucional, en relación con artículo 124 de la misma.

En este orden de ideas, en lo relativo a la legislación penal, en la medida en que la materia no aparece como tema regulado en el artículo 73 de la Constitución, queda entendido que dichas materia es objeto de regulación por parte de los gobiernos de los Estados de la República. La consecuencia de esto es que en el Estado mexicano existe, como principio general, un Código penal, un Código de Procedimientos penales y una ley de ejecución de sanciones para la jurisdicción Federal y otros tantos para cada uno de los Estados de la República y para el Dis-

trito Federal (ley de normas minimas) lo que significa 32 ordenamientos penales sustantivos, adjetivos y ejecutivos en el país. Esto es lo que en el lenguaje forense regular, se conoce como la Legislación penal del orden Federal y la legislación penal del orden común.

La excepción al criterio general apuntado es el caso del código penal para el Distrito Federal en materia común, que es el mismo para la Federación en materia de jurisdicción Federal. Existe también en el ámbito de regulación de la ejecución, la Ley General de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que tiene fuerza vinculante federal, en manera tal que las leyes ejecución de los Estados deben delimitar su regulación en base a los principios señalados en esa.

Así lo refiere el artículo primero del código penal, cuando expresamente señala que el mismo se aplicará en el Distrito Federal, para los delitos de la jurisdicción los tribunales comunes y en toda la República, para la de los tribunales federales.

La determinación de la jurisdicción de unos y otros, en la medida en que se trata del mismo ordenamiento penal, deriva básicamente de lo dispuesto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 51, en donde expresamente se refiere a los delitos del orden federal, expresando:

“Son delitos del orden federal:

- a) Los previstos en las leyes federales y los tratados;
- b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del código penal;
- c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos o personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;
- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
- e) Aquellos en los que la Federación sea sujeto pasivo;
- f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones poco motivo de ellas;
- g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
- i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

- j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación;
- k) Los señalados en el artículo 389 del código penal, como se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, con un organismo descentralizado o empresas de participación del gobierno federal...”.

A la vez, es asimismo relevante el artículo 6, primer párrafo, del código penal, que relaciona a la así denominadas “leyes penales especiales”, integradas por aquellas disposiciones legales que aparecieron recogidas en leyes no penales, sin embargo, en su contenido observan disposiciones que si son de carácter penal por cometer un tipo delictivo y la sanción penal correspondiente, en ocasiones de manera directa y, en otras, por vía del reenvío al código penal. Así, el artículo señalado expresa: “cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observación obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo”.

En los países cuyo régimen jurídico político no plantea la existencia de una Federación de Estados, sino que supone la presencia de un solo Estado centralizado o dividido políticamente en manera Departamental, naturalmente no tendrá razón de ser la existencia de la doble jurisdicción.

El Estado Federal, en cambio, de acuerdo con su definición legislativa, puede regular de una manera única, bajo una sola jurisdicción federal el ámbito penal, o bien puede dejar tal regulación a cargo de los Estados miembros, original, incluso, como una tercera posibilidad, puede prever la doble jurisdicción, como es el caso de México, en donde existe la jurisdicción Federal y la jurisdicción común. Naturalmente, dentro de esta última forma, al prever la existencia de delitos del orden federal frente a delitos del orden común, si bien esto supone un respetable autonomía interna de los Estados miembros, origina, a la vez, la presencia de un aparato judicial doble, Federal uno y del orden común el otro, que obviamente tiene que funcionar en todos y cada uno de los Estados de la República, como respeto al principio básico del pacto Federal. Independientemente de tal estructura orgánica penal procesal penal y Ejecutiva, funciona en forma relacionado el juicio constitucional de garantías que, en México, se conoce como el juicio de Amparo.

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO CONCURSO APARENTE DE NORMAS

SUMARIO: I. Concepto. II. Ubicación sistemática. III. Hipótesis del concurso aparente de normas. IV. Concurso de leyes y concurso aparente de leyes. V. Concurso aparente de normas y sucesión de leyes penales. VI. Legislación mexicana sobre concurso aparente de normas penales. VII. Criterios de solución jurídica del concurso aparente de normas. 1. Criterio único. 2. Criterio múltiple. VIII. Principios que rigen el concurso aparente normas. 1. Principios de especialidad. 2. Principio consunción o absorción. 3. Principio de subsidiariedad. IX. La ley penal mexicana.

I. CONCEPTO

Se entiende por concurso aparente de normas la regulación jurídica simultánea de un mismo hecho, que aparece regulado por dos más normas diferentes, que resultan ser incompatibles entre sí, de manera tal que sólo una de ellas es la aplicable.

En relación con la terminología utilizada al respecto, vale señalar, que el tema aparece descrito en formas diversas, entre otras: “concurso aparente de normas”, “concurso aparente de leyes”, “concurso ficticio de leyes”, “concurso aparente de tipos”, “concurso aparente de delitos”, “conurrencia de normas incompatibles entre sí”, “colisión de normas penales”, “concurso ideal impropio”, “conflicto aparente de normas”, etcétera.

Independientemente de su denominación que sin duda es lo menos importante, lo cierto es que el tema es relevante en la medida en que es frecuente la concurrencia de diversas normas susceptibles de ser aplicables, para la regulación de un mismo hecho delictivo, razón por la cual, es necesario determinar cuál es la que debe aplicarse.

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

En la medida en que implica la definición de cuál es la norma aplicable de entre varias, es claro que el tema debe ser estudiado en el ámbito de la teoría de la ley penal.

III. HIPÓTESIS DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

La hipótesis en que es susceptible de presentarse la concurrencia de normas aparentes, son las siguientes:

Entre normas de la parte general de la ley penal;

Entre normas de la parte especial de la ley penal;

Entre normas incorporadas en la parte general y también en la parte especial de la ley penal;

Entre normas del código penal y una ley penal especial; y

Entre normas establecidas en leyes penales especiales.

IV. CONCURSO DE LEYES Y CONCURSO APARENTE DE LEYES

Existe una clara diferencia entre el “concurso aparente de leyes” y el “concurso de leyes” o “concurso de delitos”.

El primero implica la necesidad de precisar cuál es ley aplicable al caso concreto, de entre diferentes leyes que aparentemente regulan la misma situación. El “Concurso de leyes”, en cambio, regularmente mencionado como “Concurso de delitos”, implica un fenómeno distinto, derivado de la aplicación de diversas leyes penales por la realización de diversos delitos, cometidos en una o varias conductas (concurso ideal y concurso real); o lo que es lo mismo, implica la aplicación plural de una misma ley penal o la aplicación de diversas leyes penales, por la comisión plural de un mismo tipo de delito o bien diversos tipos de delitos, cometidos en diversas ocasiones (concurso homogéneo, comisión de varios homicidios y concurso heterogéneo comisión de robo, homicidio y lesiones), con una o varias acciones, cometidos por una o varias personas (delito unipersonal o concurso de personas en la comisión del delito), lo que a su vez, origina un problema que es diferente: uno es el caso del “concurso de delitos”, (“concurso real” y “concurso ideal”) y otro en el caso del concurso de personas en la comisión de un delito”, analizados, ambos, en el ámbito de la teoría del delito, lugar donde sistemáticamente corresponde su estudio.

V. CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y SUCESION DE LEYES PENALES

Existe una clara diferencia entre ambos institutos jurídicos. El primero se define en función del concepto que se viene señalando en este capítulo. La sucesión de leyes penales se vincula con el ámbito de la aplicación de la ley penal en el tiempo, es decir, el derivado de la necesidad de determinar cuál es la aplicable al caso concreto de acuerdo con el tiempo de comisión del delito, de entre diferentes leyes que

han estado vigentes sucesivamente en tiempos diversos, y que, por lo mismo, se hace indispensable precisar; naturalmente principio el principio rector es el *tempus comissi delicti*.

El concurso aparente de normas, en cambio, invariablemente implica la aplicación una sola norma, entre diversas de ellas, en principio aparentemente aplicables a un solo hecho determinado, siendo las normas simultáneas en el tiempo, y concurriendo en un mismo momento y de entre las cuales sólo una será la aplicable.

VI. LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

El código penal mexicano regula la institución que nos ocupa, en los términos de lo dispuesto en segundo párrafo, del artículo 6, cuando expresan: “cuando una misma materia parezca regulada por diversas disposiciones de especial prevalecerá sobre la general”.

VII. CRITERIOS DE SOLUCIÓN JURÍDICA DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

La doctrina penal, en general, sigue alguno de los siguientes criterios:

1. *Criterio único*

Se estima que un solo criterio suficiente para resolver todos casos;

2. *Criterio múltiple*

Se estima la conveniencia de manejar diferentes criterios.

El código penal mexicano en la regulación señalada, que reformó a la precedente, sigue la orientación sólo criterio de un solo criterio como suficiente, con anterioridad a la forma se siguió el criterio puesto. La doctrina penal mexicana, sin embargo, regularmente ha acudido y utilizado otros criterios para resolver los diferentes casos que se plantean.

VIII. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Los principios que rigen la materia son los siguientes:

Príncipe de especialidad. A este principio es aplicable la norma especial que, en sus elementos, contiene todos los elementos que previene la norma general, más al como otro elemento específico que los adiciona.

Principio de consunción o absorción. Este principio pero cuando la materia regulada por una norma, se estima que-

da subsumida o absorbida dentro de la materia regulada por otra norma, misma que se estima de mayor amplitud y que, por tanto, sería la aplicable.

Principio de subsidiariedad. El presente principio se presenta cuando en la regulación del hecho, una norma resulta ser principal y primaria respecto de otra, que se estima subsidiaria o secundaria.

Principio de alternatividad. Este principio eventualmente se menciona, sin embargo es cuestionado.

1. *Principio de especialidad*

La característica fundamental del concurso aparente, consiste en que supone un hecho que aparece regulado formalmente por varios que tipos penales, pero en realidad el contenido de su injusto es determinado con precisión solo por uno de ellos y por esto con razón, se afirma que la ley especial deroga a la ley general y que el tipo especial se aplica sobre el tipo general.

Expresando lo mismo en otros términos, si caracteriza, porque el contenido preceptivo o prohibitivo de la norma aparece conformado con todos los elementos de que reúne la norma general más uno o varios elementos diferentes específicos que la diferencian de aquella.

La concurrencia deriva de que aparentemente resultan aplicables las normas que regulan la situación general, pero sólo una, la norma específica, regula también los elementos especificantes a que se refiere el tipo especial (Vgr.: el delito de parricidio, hoy regulado como delito calificado de homicidio en razón del parentesco, en términos de lo previsto en el artículo 323 del código penal reformado, contiene todos los elementos del tipo de homicidio simple, razón por la cual la norma general de este último previsto en el artículo 302 le es aplicable en lo general, sin embargo, el elemento especificante la relación de parentesco, no lo regular la norma general, por lo cual no es la aplicable y si lo es el tipo previsto el artículo 323).

La claridad este principio y de su alcance, ha llevado a que una parte importante de la doctrina penal lo considere como criterio suficiente en la solución de los problemas relacionados con la concurrencia de las normas incompatibles. Este ha sido el criterio seguido por el legislador penal mexicano, es reformar la ley penal.

2. *Principio de consunción o absorción*

El principio de consunción toma como punto de partida el desvalor de la conducta y el del resultado. El desvalor de la conducta se prohíbe puede evitar de la causación del resultado no querido socialmente y que pre-

lisamente por esto implica el desvalor del resultado. A su vez, tal desvalor se refleja en el grado de la pena. se afirma, así, que hay consunción o absorción, cuando la pena referida a tal desvalor “consume” o “absorbe” a la pena que deriva de otros delitos, cuya regulación formal queda consumida y absorbida por el desvalor de la conducta principal. (Vgr.: en el caso del delito de homicidio, queda entendido que resultan consumidas o absorbidas las lesiones causadas al propio individuo con antelación al resultado de muerte, o que produjeron el resultado de muerte y por esto la penalidad aplicable será solo la relacionada al delito de homicidio). Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

CONCURSO APARENTE DE LEYES EN MATERIA PENAL. En ocasiones un tipo describe un estado inferior de una violación, y otro una mas grave, resultado entonces que el estado inferior, está captado igualmente por otro tipo y surge entonces llamado concurso aparente de leyes; de aplicarse las dos normas se estaría frente a una recalificación típica del hecho y se violarían las garantías del acusado”. (*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXII, página 725).

HOMICIDIO Y RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE. Si el reo uso lo fuerza para evitar que los agentes de la autoridad ejercieran sus funciones, pero ese ejercicio de fuerza cedió mediante una conducta homicida, considerar ese ejercicio fuerza como homicidio y como elemento del delito creado por el tipo del artículo 180 del código penal, resistencia a la autoridad mediante el ejercicio de fuerza, implica una recalificación en subordinación al tipo, recalificación que es violatoria de garantías, por ello, es que ante ese aparente concurso de leyes, éste se resuelve mediante el principio de la consunción y habrán de sancionarse por el tipo que describe estado superior de la violación. (*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXII, página 725).

El principio de consunción o absorción ha sido criticado por la doctrina, señalando que la absorción de una disposición en otra, y sólo una característica común a todos los casos de concurrencia aparente de normas, observándose, también, que la afirmación de que una norma es de mayor alcance que otra, dice poco y resulta obscura, razón por la cual es preferible, ante su falta de autonomía, aprovechar otros principios como el de la “especialidad”, principalmente.

3. *Principio de subsidiariedad*

Se habla de subsidiariedad, cuando al concurrir dos o más normas en aplicación posible a un mismo hecho, se considera que tiene aplicación la norma principal o primaria y no la subsidiaria, secundaria o supletoria. Al respecto, se ha señalado, con razón, que en realidad este

Principio guarda una estrecha relación con el contenido del principio de especialidad.

IX. LEY PENAL MEXICANA

Con anterioridad a la reforma penal de 1983, el código penal expresamente se refirió al criterio de la mayor gravedad de la pena, en los términos de lo previsto en el precedente artículo 59 expresaba: “cuando un delito puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor”. La situación, en consecuencia, no aparecería regulada en función del contenido de la norma sino en función de la gravedad de la pena, de aquí que, de entrada, la reforma representó una evidente mejoría y avance de legislación penal mexicana.

Reforma incorporada adoptó el principio de especialidad, como forma de solución del conflicto aparente de normas.

SEGUNDA PARTE
TEORÍA GENERAL DEL DELITO

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO (I):
CONCEPTO Y EVOLUCIÓN GENERAL
DE LA TEORÍA DEL DELITO

SUMARIO: I. Concepto. II. Teoría unitaria y teoría pluralista o estratificada del delito. III. Criterios de sistematización. 1. Criterio hecho-autor. 2. Criterio autor-hecho. IV. Los modelos de sistematización. 1. Esquema del modelo objetivo-subjetivo. 2. Esquema del modelo del injusto objetivo – conducta antijurídica—y culpabilidad subjetiva psicológica causal naturalista de Franz von Lizt. 3. Esquema del modelo causalista del injusto objetivo – conducta típica y antijurídica – y culpabilidad psicológica (modelo causal naturalista de Lizt-Beling). 4. Esquema del modelo del causalismo valorativo. 5. Esquema de la prelación lógica del delito. 6. Esquema del modelo finalista por Hans Welzel. 7. Esquema de análisis político criminal funcionalista. 8. Otras orientaciones político criminales.

I. CONCEPTO

La teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran.

La teoría del delito, al igual que el principio de legalidad, surge como un elemento eminentemente garantista, derivado del pensamiento racionalista e iusnaturalista del Iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de derecho, uno de cuyos aspectos fundamentales, es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de la autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder. La teoría del delito, así, surge como un componente fundamental de garantía para la persona en su relación social.

La teoría del delito obedece a objetivos eminentemente prácticos para determinar dentro del mayor grado de precisión posible, si existe como un delito, por suponer la realización de un comportamiento que se adecua a los elementos característicos lo cierto tipo.

No se trata únicamente de una afirmación general en el sentido de que una cierta conducta es un delito porque corresponde al contenido

general de la conducta prevista en tipo penal; se trata, en cambio, de hacer dicha afirmación, pero de manera tal que implican el mayor grado de precisión, teniendo en cuenta que de la respuesta que al respecto se señale, habrán de producirse consecuencias jurídicas de las que deriva no sólo la afectación de bienes jurídicos del justiciable, sino que, unido a ello, implica también una garantía fundamental para la sociedad misma. Toda persona, en cualquier momento, puede ser objeto de la imputación de un hecho criminoso. De ahí la precisión que se dé en la afirmación acerca de la existencia o no existencia del delito. La teoría del delito es así un factor esencial de garantía para todos los miembros de la sociedad.

Por otra parte, la teoría intervención en el ámbito del servicio de la administración de justicia (el juez, el defensor, el Ministerio Público y su coadyuvancia), en la medida en que favorece la conformación de criterios más uniformes que permiten determinar, con el mayor grado precisión, y con el menor grado de arbitrariedad, la existencia del delito de responsabilidad del agente, sobre tal base, permite también el juzgador, la aplicación de la pena más justa y adecuada, por vía de la individualización.

Se hace necesario, por esto, no sólo la verificación acerca de la existencia del tipo penal, cuyo contenido prohibitivo resulta violado por la realización de la conducta y del resultado que lesionan el bien jurídico penalmente protegido, sino, es necesario ver si existe igual correspondencia relación con todos y cada uno de los elementos que integran la circunstancia de ese comportamiento y que implican de manera exacta y precisa la existencia de los elementos descriptivos, objetivos, normativos y subjetivos del tipo.

Además, es necesario analizar si, en el caso, se presentan o no otro tipo de valoraciones que recoge la ley penal y de las cuales pudiera dedicarse la inexistencia del injusto, o bien la imposibilidad de responsabilizar al autor, aspectos con los que se conforma el concepto que doctrina mayoritariamente entiende como delito (delito en sentido amplio), o bien, que aún llegando a la conclusión de que hay delito porque existe el injusto y el culpable, la persona, no obstante no es posible poner la pena, por razón de la presencia de alguna excusa absolutoria incorporada en la ley penal por razones de política criminal.

En fin, todos estos elementos, observados a la luz de un cierto criterio de análisis y dentro de un cierto modelo de sistematización, son los que conforman el ámbito de la teoría del delito, la cual permite una aplicación más precisa y armoniosa de la ley, impidiendo la arbitrariedad en la interpretación de la ley en la imposición.

Tanto el procedimiento de análisis, cuanto el modelo sistemático de síntesis deben responder a un orden lógico.

Éste contenido conceptual del teoría del delito, permite el establecimiento de un orden lógico para averiguar y a firmar la existencia o ausencia del delito, de la responsabilidad del autor y de la punibilidad, y es congruente con ese camino metodológico denominado “dogmática jurídica penal”, siguiendo la denominación que por vez primera utilizará en su oportunidad, Rudolph von Ihering.

II. TEORÍA UNITARIA Y TEORÍA O ESTRATIFICADA DEL DELITO

Su concepto aparece recogido en el entendimiento de que el derecho penal es una parte o rama del derecho en general y que, en consecuencia, su análisis debe ser referido al carácter preceptivo de la norma en su conjunto y al de la coercibilidad, como un todo único, el que, aplicado el concepto del delito, lleva a entenderlo como un todo único, que no requiere de “análisis” o “disección” que rompa esa unidad conceptual.

Como es natural, esta concepción unitarista aparece favorecida por el positivismo jurídico y en la doctrina penal de diversos países, sobre todo por los autores que se perfilan en la línea del neokantismo de Marburgo y, naturalmente también, en su extremo más polarizado, en el positivismo lógico formal del derecho. En el análisis del modelo lógico formal del tipo existe la pretensión de atender todo el análisis del precepto dentro de su estricto contexto jurídico, sin que haya lugar para la teoría del delito que, a su vez, implica el estudio de un vértice distinto del propio modelo lógico formal de la estructura del derecho penal, aspecto que, sin embargo, no ha sido igualmente desarrollado, no, al menos, de la forma en que si fue desarrollada la teoría del tipo. (En nuestra opinión, ésta ha sido la experiencia modelo lógico formal desarrollado en México).

En un orden de ideas diverso, se ha favorecido la línea del análisis estratificado del delito que, a diferencia de la posición anterior, reconoce y estima necesario el análisis del delito desde la perspectiva de los diversos “aspectos”, “elementos” o “momentos” que lo caracterizan e identifican. No niega esa teoría, que el delito, conceptualmente, es un todo único y que, en efecto, no falta razón a la orientación unitarista, en su consideración de que el delito, en cuanto fenómeno jurídico, como también como fenómeno social, es uno solo y que conceptualmente es así como debe ser entendido.

El entendimiento de que el derecho es un orden de relación social, a partir de la regulación de la conducta social deseada, base sobre la cual se establece su contenido de comunicación como la esencia funcional del derecho, no impide su noción conceptual única, ni es obstáculo que impide su análisis estratificado, sino que por ello apunta y explica la necesidad de proceder en tal sentido, precisamente en el afán de lograr la mayor precisión jurídica en la definición acerca de la existencia o inexistencia del delito; objetivo este, que naturalmente obedece al interés que procurar la mayor precisión en la consecución del objetivo de seguridad jurídica. (Vrg.: matar o robar implican conductas únicas, que suponen privar de la vida o privar del patrimonio, independientemente de que en un caso la privación de la vida pueda darse de manera simple y llana, o bien que sea consecuencia de un actuar premeditado o ventajoso; o que el robo se verifique en el exterior, o como consecuencia de un asalto a mano armada, dentro de una casa habitación; o bien, que la privación de la vida resulte no ser delictiva por obedecer a la reacción de una persona que se defiende de una agresión no provocada, o bien que el supuesto robo, resulte no ser tal, por existir consentimiento en la entrega por parte de la persona que es la propietaria).

No se trata desnaturalizar la unidad conceptual del delito. Se trata de tratar de favorecer un sistema de análisis que permita reconocer los comportamientos que se constituyen en su objeto de estudio, para determinar la posible existencia de un delito, partir de la lesión que causa a un bien jurídico, y una vez estudiados todos sus componentes a la luz de los elementos integrantes del tipo, concluir si esos comportamientos son atribuibles o no, al contenido normativo de alguno de los tipos delictivos previstos en la ley penal. Después ver si a la luz de todas las demás valoraciones que recoge no solo el derecho penal sino el derecho en general en forma de reglas permisivas, subsisten o se neutralizan las conductas en principio, consideradas típicas. Luego, en relación con la culpabilidad, ver si se pueden imponer el juicio de reproche de culpabilidad correspondiente; como también ver si se puede aplicar la pena.

En síntesis, todas estas situaciones implican fenómenos jurídicos regulados en una manera más o menos uniforme, razón por la cual admiten su observación y análisis de una manera igualmente uniforme y armoniosa, con lo que es posible construir sobre la base de los modelos sistemáticos respectivos, las teorías que, en su momento, van dando cuerpo y estructura al contenido de lo que en conjunto se conoce como la teoría general del delito.

Lo que mueve el análisis estratificado del delito, en resumen, es el interés eminentemente garantista, para el justiciable, pero también para toda la sociedad civil en general, de que las conductas y resultados en

principio lesivos a bienes jurídicos penalmente protegidos, corresponden con toda certeza y precisión al tipo previsto en la ley penal, o no.

En síntesis, el análisis estratificado del delito significa la posibilidad de estudio del delito desde los diversos aspectos que merecen atención para determinar su existencia y, en tal sentido, es la metodología utilizada por la dogmática jurídica penal, la cual, no implica un orden de ideas único, sino que es método aprovechado por diferentes corrientes. Destacan las corrientes del causalismo naturalista, del causalismo valorativo, del finalismo, de la acción social y del funcionalismo político penal, todas las cuales, guardan entre sí una natural en relación derivada de ser todas expresión de la evolución en la sistemática y análisis de un mismo objeto de estudio, que deriva de una misma línea de pensamiento inicial.

El modelo sistemático que, en esa opinión resulta ser más atendible, reconoce características que permiten observar en el derecho penal un contenido Funcional Político Criminal, que aprovecha en su estructura básica al finalismo.

En relación con el estudio estratificado, se observa que sus rasgos generales, en parte importante, encuentran apoyo en la teoría de los valores (en Alemania sostenida por la Escuela de Banden), que reconoce que el orden jurídico implica un orden de valoración de las conductas integrando su contenido de definición de la conducta social deseada.

Por esta vía, se favorece el entendimiento del derecho como un orden que surge de la realidad social, a la cual valora y, por lo mismo, mantiene con la misma, una necesaria e indisoluble relación.

No se trata sólo de reconocer que el orden jurídico una vez creado, implicó un universo de conocimiento propio, por razón por la cual, a través de la teoría de los valores, se procura llenar ese espacio, reconociendo que el derecho es “realidad valorada” o el valor de la realidad social como expresaba Max E. Mayer, lo cual es cierto, si bien también insuficiente para precisar el contenido del derecho en tanto que no es este la única forma de la realidad valorada. En fin, es lo cierto que al reconocer que el valor se suma a la realidad social para conformar el derecho, se favorece el entendimiento reconocimiento de ese ámbito esencial del contenido eminentemente social que tienen el derecho, sin el cual no se le puede explicar cómo un orden regulador de la relación social.

En síntesis, por vía del análisis estratificado se identifica con mayor facilidad la relación de la realidad social, con la norma jurídica y siendo aquella multiforme, naturalmente su estudio favorece con una metodología que autorice el mejor análisis de tal pluralidad.

Por esta razón, la doctrina penal ha favorecido desarrollo del análisis estratificado, considerando que dicha vía implica un contenido garantista para la sociedad y para el justiciable.

En sentido diverso ha sido en otras ramas jurídicas, donde la doctrina formada en el positivismo jurídico, de la Escuela del Marburgo, ha desarrollado sistemas de análisis más afines a las teorías unitarista, en la medida en que la metodología supone una forma de estudio más un informe de todo el orden jurídico, en su conjunto, independientemente de las ramas jurídicas de que se trate o de la diferente consecuencia coercitiva que tengan. La coercibilidad del orden jurídico en general es eminentemente de carácter resacitoria, en tanto que en el derecho penal, es, fundamentalmente punitiva, independientemente de que esta se profile en el sentido de la prevención especial o bien de la prevención general retributiva o positiva, de acuerdo con las características del *ius puniendi*, establecida en la Constitución.

Una breve síntesis de la evolución en la concepción del delito y de las orientaciones sistemáticas seguidas en su estudio es el siguiente:

III. CRITERIOS DE SISTEMATIZACIÓN

1. *Criterio hecho-autor*

Los modelos sistemáticos en su mayoría, adoptan el camino de análisis “hecho-autor”. Parten del estudio del “hecho” o “hecho típico” y después se ocupan del “autor”, con los aspectos vinculados con su responsabilidad y culpabilidad. En general sus perfiles principales siguen los esquemas siguientes:

i. Bipartición clásica. La estructura de la bipartición es, en general, recogida por Escuela Clásica. Independientemente de las características que distinguen el pensamiento específico de cada uno de los autores de manera general se observa que la evolución de la doctrina penal, a partir de la concepción del Estado de derecho en sentido moderno, se inicia con su interés de la norma y en su análisis, aparece recogida su expresión dentro del modelo de la bipartición clásica, con la distinción entre los elementos objetivo y subjetivo del delito. Corresponde a este esquema el pensamiento de los clásicos de la época de Carrara.

ii. Causalismo. Esta posición evoluciona hacia las variaciones sistemáticas siguientes, recogidas en el nuevo esquema de la bipartición que es, en realidad, una tripartición derivada del “injusto objetivo” (conducta antijurídica) y la “culpabilidad subjetiva o psicológica”. Se define aquí el pensamiento de Litz y, después, también del “esquema Litz-Beling”, que agrega el análisis de la tipicidad y que es aceptado, en general, como la expresión más clásica de éste orden de ideas.

iii Causalismo valorativo: Este último cuestiona el esquema objetivo-subjetivo, para producir importantes variaciones en el contenido de la

Cada uno de sus conceptos. Sin embargo, resulta difícil forzado seguir afirmando este esquema, en la medida en que lo objetivo contiene elementos subjetivos y lo subjetivo en realidad es valoración de un contenido que tiene aspectos objetivos y subjetivos.

iv. Finalismo. Este esquema encuentra su culminación en la concepción finalista, propuesta por Welzel, donde destaca la idea de la acción final. Ésta posición, no sin resistencia y polémica, ha encontrado acogida mayoritaria en los países cuyo orden jurídico tiene su antecedente en la cultura occidental europea de lo origen latino, y que ha tenido influencia sobre todo en Europa y América. En Latinoamérica, la fuerza con que se arraigó el positivismo filosófico y su manifestación criminológica, unido al genera retraso en la producción bibliográfica este orden de ideas, su lengua hispana y la consecuente falta de información de juristas y autores latinoamericanos sobre el particular, originó que fuera hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando se ha dado un mayor acercamiento a las críticas del causalismo valorativo, al naturalista (básicamente en derredor de las teorías de la culpabilidad normativa y de los elementos subjetivos del injusto, en un principio, sobre todo con las iniciales observaciones de Mezger). No obstante esto, la polémica del causalismo y el finalismo es tema desde hace mucho tiempo superado, si bien sobre la base principal de la general aceptación del marco finalista, y a partir del cual, se han producido los nuevos cuestionamientos que a su vez han generado las nuevas respuestas.

v. Orientaciones político criminales (funcionalista). Recogiendo bases de la estructura finalista, evoluciona la teoría del delito en diferentes posiciones, entre los cuales han tenido relevancia la posición de la acción social, el estilo Jeschek, y en la orientación político penal, al estilo Roxin. Ésta ha sido acogida en diversas vertientes y posiciones sostenidas por no pocos autores sobre todo en Alemania, España y en Latinoamérica.

Todas las teorías anteriores, se mueven en la línea “hecho-autor”, que significa el estudio, primero, del “hecho” o “hecho típico” y después el estudio del autor, en los aspectos vinculados con su responsabilidad.

2. Criterio autor-hecho

El criterio “autor-hecho” parte de la imputabilidad en el análisis del delito. Si la persona no es imputable, no es sujeto del derecho penal y, consecuentemente, si no es sujeto del derecho penal no puede cometer delitos, por ende, no puede ser responsabilizado penalmente y, en consecuencia, no sólo puede imponer pena alguna, lo que a su vez, hace surgir la necesidad de imposición de una medida de seguridad.

El fundamento de este orden de ideas, encuentra apoyo en la filosofía de Hegel.

El espíritu es un principio activo que pasa por tres estadios, el subjetivo, el objetivo y el absoluto. El subjetivo, implica la conciencia que la persona tiene de sí mismo, permitiéndole, por tanto, estar en aptitud de establecer su relación con los demás; el segundo estadio, el objetivo, es el que se desarrolla sobre la base de la libertad individual de la persona, por lo que sólo cuando esta tiene conciencia de sí, al haber superado la fase subjetiva del espíritu, está en aptitud de establecer relación con sus semejantes, en un mundo es precisamente de relación y, por lo mismo, esta imposibilidad de constituirse en sujeto de derecho, susceptible de entender el sentido del orden de relación social que implica el derecho, tanto en su contenido, cuando en el coercibilidad.

Así el inimputable, en la medida en que no logra superar el *status* subjetivo, es incapaz de relacionarse con los demás y, por lo mismo, no puede participar en ese segundo ámbito que implica el desarrollo de la persona en su relación con los demás, dentro del marco social, es indudablemente, el ámbito en el que se da el derecho.

Las consecuencias de este orden de ideas son evidentes: el inimputable no comete delitos porque no puede establecer relación con sus semejantes, por no haber superado el estadio subjetivo y el derecho como orden de relación presupone tal capacidad. Las consecuencias en el orden jurídico son fundamentales, basta considerar que, si el inimputable no cometer delitos, entonces difícilmente puede hacerse acreedor a la imposición de una sanción, cuya razón jurídica se fundamente, precisamente, en la comisión del delito.

IV. LOS MODELOS DE SISTEMATIZACIÓN

En relación con los modelos que siguen el sistema hecho-autor, que son los más frecuentemente seguidos por la doctrina penal, el panorama general de su evolución sistemática, es el siguiente:

1. *Esquema del modelo objetivo-subjetivo*

Ese esquema seguido por la doctrina clásica, durante la primera mitad del siglo XIX, antes del positivismo antropológico y sociológico italiano del Ferri.

Éste esquema corresponde al periodo formativo de las legislaciones penales nacionales. Recoge diferentes tendencias derivadas del iusnaturalismo, el racionalismo y el utilitarismo, si bien en la línea de la cons-

trucción del nuevo orden jurídico, más que en el orden de la observación crítica a la estructura social y política precedente.

Dentro del amplio espectro con que fue manejada la expresión de “escuela clásica”, por Ferri, comprendidos quedan los pensadores que se manifestaron inicialmente en el nuevo estado de derecho, produciendo su pensamiento crítico.

La sistemática dentro de este esquema aparece orientada hacia la división de los aspectos objetivo y subjetivo del mismo. Esto deriva de la natural reacción humana de establecer siempre una clara distinción entre los aspectos internos y psicológicos, a su vez, vinculados con la voluntad, y que no son físicamente perceptibles; y los aspectos relativos a la manifestación física del fenómeno social de que se trata.

Para entender este orden de ideas, vale recordar que justamente el pensamiento precedente a la ilustración se reflejó como expresión y consecuencia del avance cientísta, que impulsó ese mismo pensamiento mecanicista.

Por esta razón, los autores de esta época distinguen el aspecto objetivo (de la manifestación física) del aspecto subjetivo (de la voluntad). A la vez que, siendo la etapa de formación legislativa y de afirmación del principio de legalidad, el interés naturalmente se centra en el estudio de la norma como contenido de la ley, la división de los elementos objetivo y subjetivo se plantearon, precisamente, en función del análisis abstracto y general de la propia ley y no en el caso concreto que se planteaba como análisis.

La división entre los elementos objetivo y subjetivo del delito, encuentran su origen en las observaciones de Rudolph von Ihering. Estos mismos elementos, con posterioridad, a su vez, habrían de ser desarrollados en el campo del derecho penal, por von Litz, bajo una nueva y diferente perspectiva, la del positivismo naturalista de su tiempo.

Surge y se desarrolla si, en esta primera etapa de la “bipartición clásica”, (objetivo-subjetiva) del racionalismo jurídico, el concepto de la culpabilidad subjetiva y la antijuricidad objetiva, entendiendo ésta última, como la conducta antijurídica.

En general, el análisis en esta etapa es abstracto, realizado partes de la norma, con frecuente apoyo filosófico de sustento a la norma, e incluso de consideraciones políticas en las afirmaciones formuladas, y sin que exista aun la precisión conceptual que alcanzara posteriormente la doctrina penal.

Esto explica también el porqué la obra de Carrara llegaría a ser tan amplia y completa, tanto que llegó hasta el mencionado como “el Padre del derecho penal”.

2. *Esquema del modelo del injusto objetivo – conducta antijurídica – y culpabilidad subjetiva psicológica causal naturalista de Franz von Litz*

Elementos:

- conducta (elemento objetivo);
- antijuricidad (elemento objetivo);
- culpabilidad psicológica (elemento subjetivo);
- punibilidad (elemento diferenciador del derecho penal, a partido de la coercibilidad penal)

Litz, en su posición doctrinal, recogida después este programa de Marburgo, a la vez que plantea un contenido político criminal de la penal y derecho penal mismo, apoyado en la filosofía del positivismo naturalista, y que lo mismo recoge el avance hasta entonces alcanzado en el estudio de la ley penal, aprovechando el acervo jurídico y filosófico del fructífero y notable estudio elaborado por Binding, sobre las normas, que recoge también los resultados que considera aprovechables del aporte del positivismo sociológico sobre todo de Ferri, bajo la perspectiva que intentó ser de síntesis juricista de Garófalo, para su nueva orientación político criminal (lo que naturalmente hizo surgir una polémica con Binding), y así, en el plano de la nueva teoría del delito, Litz analiza el delito conforme con un modelo que muchos reconocen como el primero cabría implicar una sistemática que responde un concepto más elaborado y técnico de la dogmática jurídico penal, en la línea del análisis estratificado del mismo.

En síntesis, dentro de la línea de pensamiento que se señala, Litz refiere su esquema de análisis del delito, en cuatro momentos para determinar su existencia, mismos que a su vez resume dentro del esquema de bipartición clásica de los elementos objetivo (acción antijurídica) y subjetivo (culpabilidad), en la inteligencia de que cada uno de tales momentos deben quedar afirmados, pues si se presenta alguna situación que le impida (análisis de los aspectos negativos de cada elemento), el delito no se presenta y, consecuentemente, es innecesario atender el análisis del momento inmediato siguiente. A la vez, como apuntado, concibe al delito desde una perspectiva naturalista y, por tanto, sobre la base de la causalidad.

Su esquema de análisis es como sigue:

- Conducta (voluntad exteriorizada, en el sentido de puesta en marcha de la causalidad);
- Antijuricidad (causación de un resultado dañoso en sentido social);

- Culpabilidad (relación psicológica entre la conducta el resultado, en el sentido de que producir el resultado delictivo o bien causar el resultado sin haberlo querido);
- Punibilidad (en sentido de coercibilidad penal, que permite distinguir el injusto penal del correspondiente a cualesquiera otra rama jurídica).

Para Litz el delito es la conducta (el sentido naturalístico) que produce un resultado socialmente dañoso (antijuricidad material) y que se estima culpable, en la medida en que implica la presencia de una relación psicológica entre la conducta del agente y el resultado producido, sea a título de dolo o de culpa, y que, por lo mismo, se hace merecedor de una pena que debe ser aplicada por el Estado.

En síntesis, el delito, es una conducta antijurídica, culpable y punible. El elemento diferenciador es precisamente la punibilidad, toda vez, que conductas antijurídicas y culpables son todas las que pueden darse como violatorias del derecho, independientemente de la rama jurídica de que se trate, de aquí en su esquema, apareciera como necesaria la posibilidad, como el elemento diferenciador del campo penal.

3. Esquema del modelo causalista del injusto objetivo – conducta típica y antijurídica – y culpabilidad psicológica. (Modelo causal naturalista de Litz-Beling)

Elementos:

- Conducta (objetiva)
- Antijuridicidad (objetiva-valorativa)
- Tipicidad (objetiva)
- Culpabilidad (subjctiva)

El esquema Litz-Beling incorpora a la “tipicidad”, como aspecto necesario. Ésta ideada por Ernst von Beling, ante la consideración de que puede identificar el delito, es necesario, en primer término, reconocer que la conducta debe de ser típica, es decir, prevista en la ley penal como delito, con lo cual, se fijaron las bases del esquema más conocido, dentro de la órbita del modelo causalista de la teoría del delito, observando como sus características fundamentales, la conducta, típica, antijurídica y culpable. Naturalmente hecha innecesaria la punibilidad, en la medida en que a través de la tipicidad se reconoce la característica definitoria del delito como la conducta que implica la transgresión a la ley penal y su atribuibilidad al tipo legal, razón por la cual se hace innecesario mantener a la punibilidad, la cual queda eliminada del esquema para quedar éste, como sigue:

a) Conducta (en el sentido de voluntad exteriorizada que pone en marcha la causalidad) (elemento objetivo).

b) Tipicidad (adecuación de la conducta de tipo previsto en la ley penal. El elemento también lo contiene el deber ser de la norma, a través de la prohibición o mandato, que recoge el sentido de la conducta social deseada).

c) Antijuricidad. Contradicción de la conducta y, en su caso del resultado, con todo el orden jurídico en general. Es decir, es la calificación objetiva acerca del lecho convirtiendo lo como contrario al orden jurídico (elemento objetivo valorativo).

d) Culpabilidad (relación psicológica del querer de la conducta y la producción del resultado, sea a título de dolo o de culpa) (elemento subjetivo).

Los momentos señalados, para ser firmados, exigen los heredados por alguna causa (ausencia de conducta, atipicidades, causas de justificación y causas de inculpabilidad).

4. *Esquema del modelo del causalismo valorativo*

Elementos:

-- Conducta (objetiva). (Aceptado por algunos como elemento independiente y, por otros, como un aspecto que debe ser analizado a la luz de la conducta típica).

-- Tipicidad (se cuestiona su contenido solo objetivo y se plantea la posibilidad de que contenga elementos objetivos y después también normativos).

-- Antijuricidad (se cuestiona su contenido solo objetivo valorativo, planteados en la posibilidad de que contenga elementos subjetivos).

-- Culpabilidad (se cuestiona su contenido subjetivo, y a partir de la culpabilidad normativa, como reproche, se plantea la posibilidad de un contenido que se refiera tanto a aspectos subjetivos como objetivos).

Los cuestionamientos al esquema objetivo-subjetivo (causalista naturalista), en relación con aspectos sistemáticos diversos, tales como la ubicación de la voluntad de la conducta y la conducta misma en el tipo, el contenido de la culpabilidad como reproche al responsable por haber actuado en contra de lo ordenado por la norma, el reconocimiento de la existencia de elementos normativos y subjetivos en el tipo; etcétera, produjo, como consecuencia, una alteración en el modelo del análisis preexistente, en manera tal, que si el delito sigue siendo concebido bá-

sicamente como una conducta típica antijurídica y culpable, el contenido de cada uno de tales momentos objeto de análisis, es diferente.

Se desarrollan así, diversas posiciones doctrinales sustentadas en relación con la forma de observar y, con la sistemática seguida en relación con cada uno de dichos momentos, razón por la cual, los rasgos generales de continuación se refiere, no son de manera alguna uniformes. Dentro de las diversas posiciones adoptadas en éste sistema, se recoge, por vía de ejemplo, el esquema de Edmundo Mezguer, de importancia sobre todo por el desarrollo que alcanzó en el pensamiento jurídico penal latinoamericano. Vale agregar, que, en parte importante, algunos de los cuestionamientos que recoge que intenta superar este modelo de causalismo valorativo, derivaron de las observaciones del neokantismo valorativo de Baden, en donde se reconoce, sobre todo, entre las agudas observaciones de Gustavo Radbruch, acerca de la conducta, como también las que Max Ernesto Mayer, acerca del contenido de cultura de la norma jurídica, entre otros.

En síntesis, el modelo general del causalismo valorativo, observó la estructura siguiente:

a) Conducta (voluntad exteriorizada en el sentido de puesta en marcha de la casualidad, si bien con cuestionamientos que habrían de generar cambios en su contenido e incluso, la apertura a otros modelos de su ubicación sistemática).

b) Tipicidad (se reconoce como aspecto de adecuación al tipo, que a su vez, incorpora el mandato o prohibición, que recoge el deber ser de la norma, admitiendo que el injusto tiene no sólo elementos objetivos, sino también, en ocasiones, elementos subjetivos y posteriormente serán reconocidos también los normativos).

c) Antijuricidad (aspecto que se precisa como contradicción de la conducta y/o resultados típicos, con el orden jurídico general, lo que permite afirmar la antijuricidad de la conducta típica). En algunos autores, el análisis de la antijuricidad había sido anterior al análisis de la tipicidad, aun cuando paulatinamente la opinión mayoritaria recoge primero el estudio de la tipicidad y después el del antijuricidad, entendiéndola como *ratio conoscendi* de la antijuricidad. Un grupo importante de la doctrina, sin embargo, los asimila uniéndolos, en manera tal, que se considera a la tipicidad como a la *ratio esendi* de la antijuricidad. Esto llevará, más adelante, a la posición doctrinal que sostiene la “teoría de los elementos negativos del tipo”, en donde se estima que la tipicidad, ya recoge el juicio de la antijuricidad, en la medida en que las reglas permisivas esta última, aparecen contempladas pre-

cisamente como elementos negativos del tipo, es decir, su falta origina una causa de atipicidad.

d) Culpabilidad (entendida como reproche normativo, si bien se continúa manteniendo, como formas del mismo, al dolo y a la culpa).

5. Esquema de la prelación lógica del delito

Un orden de ideas que nace y se desarrolló básicamente dentro del esquema del análisis del causalismo naturalista, recogiendo algunos de los aportes derivados asimismo del causalismo valorativo, esta teoría de la prelación lógica del delito, que sostienen algunos autores en Latinoamérica y, concretamente, ha tenido acogida favorable por algunos estudiosos en México, principalmente auspiciada por Porte Petit, quien a su vez, aparece inspirado en Jiménez de Asúa, y en Laureano Landaburu.

Conforme a este orden de ideas, y el análisis del delito ancho contenido estratificado o atómico, debe ser atendido conforme a un análisis que responde a una prelación lógica entre los diversos momentos susceptibles de análisis, en la inteligencia de que no se trata de una prioridad cronológica sino de una prelación lógica y, asimismo, observando que, independientemente de la terminología que se utilice para definirlos, sea como “elementos”, “aspectos”, “caracteres”, “requisitos”, “presupuestos de punibilidad” o cualesquiera otros, dichos momentos de análisis conforma a la teoría analítica, atomizadora o estratificada, suponen un análisis que no es la negación de la unidad, si no sólo del medio de realizar.

En síntesis, el esquema de análisis planteado de conformidad con la prelación lógica, supone el estudio de los siguientes momentos:

a) Elementos positivos en la relación lógica del delito:

conducta o hecho.

- Tipicidad.
- Antijuricidad.
- Imputabilidad.
- Culpabilidad.
- Condiciones objetivas de punibilidad.
- Punibilidad.

Acata uno de estos momentos, reconocidos como los “elementos positivos” del delito, corresponde asimismo, el estudio de cada uno de los “elementos negativos” del delito, a su vez recogidos en:

b) Elementos negativos en la prelación lógica del delito:

- Ausencia de la conducta.
- Atipicidad

- Causas de justificación.
- Inimputabilidad.
- Inculpabilidad.
- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.
- Excusas absolutorias.

El análisis de cada uno de estos elementos debe ser dado precisamente en el orden de la prelación lógica que se apunta. De manera similar a cómo acontece en los otros sistemas de análisis, si bien, aquí, en forma particularmente destacada. Así, se observa, que es necesario pasar al momento de análisis del momento siguiente sin el precedente se da una causa negativa, que elimina la existencia del delito. (Vgr.: analizada la conducta y existiendo en su aspecto negativo una causa de ausencia de conducta, es innecesario proceder al análisis de la tipicidad por estimarse que no existe delito ante la ausencia de la conducta y, así, sucesivamente en relación con cada uno de los elementos señalados).

Si bien es cierto que el orden de ideas supone la posibilidad de un análisis pormenorizado de cada uno de los aspectos que la teoría estima como de elementos del delito, que son sin duda relevantes, sin embargo, se plantea como un orden sistemático que resulta cuestionado, al igual que otros de las posiciones del causalismo naturalista, por las posiciones sistemáticas del causalismo valorativo subsecuentes, fundamentalmente por razón de contenido conceptual de cada uno de los elementos objeto de análisis, los cuales en tales modelos, se conforman de manera distinta, congruente con la estructura sistemática que las sustenta.

6. Esquema del modelo finalista por Hans Welzel

Elementos:

a) Conducta típica. Conducta entendida como manifestación de voluntad finalísticamente determinada. La teoría se ha desarrollado principalmente en dos vertientes: una, que analiza la conducta antes de la tipicidad, como el elemento lógico material primario; y la segunda, que le estudia dentro de aquella, como conducta encuadrable en el tipo penal. A su vez, la tipicidad supone la presencia de elementos que son objetivos – uno de los cuales la conducta--, subjetivos y normativos.

b) Antijuricidad. Como juicio valorativo de contradicción con el orden jurídico, que contiene elementos objetivos y subjetivos.

c) Culpabilidad (normativa). Las observaciones de los autores que favorecieron el tránsito del modelo causal naturalista, al modelo causal valorativo, es el mismo que guarda su modelo más acabado de la sistemática finalista, cuyo inicial y principal propugnador fue Hans Welzel, quien adopta como punto de partida de su esquema el concepto de

la conducta finalmente determinada. Tal orden de ideas, si bien el mencionado autor es quien logra llevarlo a sus últimas consecuencias, aparece primero enunciado en algunos de sus aspectos por otros de sus autores, especialmente Frank, como también, en relación con observaciones referentes a la culpabilidad de la antijuricidad, por Graf Zu Dohna y por von Weber, como en otros aspectos más vinculadas con observaciones a la conducta, recoge el aporte de Radbruch.

Así, es sobre la base del esquema de Lizt-Beling, y los avances impuestos al mismo, que el mencionado autor construye el edificio jurídico del finalismo, en los años treinta, del presente siglo XX. Con su esquema, procura dar mejor respuesta los cuestionamientos hasta entonces apuntados, estructurando una sistemática de la teoría del delito, más coherente.

Base del modelo es la afirmación de que la voluntad, en cuanto contenido esencial de la conducta, no puede ser separada de su finalidad. Es decir, toda conducta voluntaria y la voluntad está determinada por el fin. Afirmación que corresponde al contenido aristotélico de la voluntad, con lo que sustituye desde el inicio, la base esencial del esquema anterior del análisis afirmado en donde si bien la conducta reconocida como manifestación de voluntad o voluntad exteriorizada, tal conducta es entendido sólo como el punto de partida de un proceso causal, en tanto que el contenido de la misma conducta, la voluntad, aparece recogido como el contenido fundamental del elemento subjetivo del delito, en la culpabilidad, entendida como el nexo de relación psicológica entre la conducta y resultado, con lo que evidentemente se escinde un concepto fundamental que por razón natural debiera ser inseparable. Atento a tan severo cuestionamiento a la conducta y a su contenido de voluntad, la tarea finalista revaloriza el orden de ideas precedente y reconoce al dolo de la voluntad, común dolo neutro, aún no valorado (en el sentido de valoración derivada del reproche de culpabilidad) que se reconocen el tipo y consecuentemente se recoge en el análisis de la tipicidad. El tipo, así, reconoce que contiene elementos no solamente objetivos sino también subjetivos y normativos y la culpabilidad es entendida exclusivamente en sentido normativo, como el reproche fundado en la responsabilidad del autor.

Sobre esta base general se desarrolla el esquema finalista, base de una parte importante de la doctrina penal europea y también latinoamericana. Es también el punto de partida de otros modelos sistemáticos que a su vez, han impugnado ciertos aspectos no satisfactorios o insuficientes del finalismo frente al objetivo planteado por otras orientaciones posteriores, como son los casos de Claus Roxin, Bernd Schünemann,

Günter Stratenwerth o Günter Jacobs en las diversas orientaciones político criminal funcionalista y de Hans Heinrich Jeschek en la orientación de la acción social.

Síntesis del esquema finalista:

1) Tipicidad (Reflejada como análisis de la conducta típica). Entendida como voluntad exteriorizada y finalísticamente determinada, a partir del conocimiento y del querer. La conducta se relaciona con el tipo penal, por vía de la estructura lógico objetiva de la norma, razón por la cual el dolo de la voluntad aparece recogido en el tipo, precisamente como el elemento subjetivo del mismo y, unido a éste, se reconoce que la estructura típica aparece conformada con otros elementos que pueden ser objetivos, normativos, incluso otros subjetivos específicos.

2) La antijuricidad aparece entendida como la contradicción con el orden jurídico, con un contenido que reconoce la presencia de elementos que pueden ser no sólo de objetivos sino también su subjetivos y normativos.

3) La culpabilidad es entendida como juicios de reproche, razón por la cual su contenido queda delimitado en sentido puramente normativo.

7. Esquema de análisis político criminal funcionalista

-- Tipicidad (entendida como atribuibilidad al tipo de la conducta típica).

-- Antijuricidad.

-- Culpabilidad.

Aprovechando los aportes de los modelos de análisis precedentes, particularmente del finalismo, Roxin, sobre la base de considerar que el derecho implica un ámbito de relación social, que debe mantener contacto con la realidad social, reconoce y revela, en este elemento, el contenido de definición política del derecho.

Atento a esto se entiende que la tipicidad este concepto básico normativo y define el sentido político social en el tipo legal; en la antijuricidad se reconoce y la solución social de los conflictos; y la culpabilidad se tienen relación fundamentalmente con los fines de la pena, la cual, a su vez, tiene que legitimarse desde la perspectiva sea de la prevención general o del especial, y bajo tales consideraciones, finca su esquema de análisis del delito, desde una perspectiva político criminal que, por lo mismo, recoge un contenido funcional del derecho.

Así, el análisis del delito propuesto por Roxin, si bien aparece apoyado en el esquema básico finalista, guarda un interés político criminal, que es lo que imprime la nota característica a su empresa y que lo

acerca a la concepción de von Litz, si bien, a diferencia de este último, en lugar de separar tales ámbitos del conocimiento en dos vertientes distintas: La del derecho penal y la de la política criminal, justamente los incorpora y une en su análisis del delito.

Este orden de ideas encontrará aceptación en desarrollo con la conformación de nuevas líneas sistemáticas y de análisis más o menos similares en otros países, particularmente en España, donde encontrará cabida, connaturales variaciones internas, en el pensamiento de diversos estudiosos del derecho penal, entre ellos Cerezo Mir, Juan Bustos, Muñoz Conde y Gimbernat Ordeig, entre otros.

8. Otras orientaciones político criminales

Otras orientaciones político criminales del derecho penal se perfilan en la línea de un derecho penal y una criminología desde una orientación político criminal crítica, pronunciando su interés desde la perspectiva de la eficacia del sistema de la justicia penal y su problemática y dentro de ésta, su interés por diferentes aspectos, uno de los cuales, el relativo a la ley penal, como también en los procesos de criminalización y sus características sustituyen a la precedente, insuficiente, equívoca y estigmatiza ante (por definición) investigación acerca de la etiología del delito, con los procesos de criminogénesis y criminodinámica, que propiciaron el interés de la política criminal hacia la orientación de la defensa social, también nutrida del positivismo; con lo que también nuestro interés por el sentido de el contenido de la pena de prisión y su problemática; y por el interés de la victimología.

A su vez, estas y otras orientaciones que también observan un sentido político criminal, guarda una base común en el funcionalismo y con el interaccionismo simbólico que se había desarrollado, principalmente en el campo de la sociología, lo que en el ámbito penal se reflejó en la criminología y que en algunos de sus nuevos caminos, en forma relevante, se manifiesta en la corriente de la Criminología Crítica, que tuvo manifestaciones lo mismo en Escuela de Bolonia, en Italia, con Bricola y Baratta, que en Latinoamérica, en diversos países, sobre todo con Lola Aniyar y Rosa del Olmo, en Venezuela, y también en el norte de Europa, sobre todo con Hulsman, y su orientación abolicionista del dercho penal.

Esta misma línea de pensamiento fue también la que en el reflejo de sus iniciales manifestaciones y derecho penal, favoreció y pronunció el interés lo mismo en la destipificación de ciertas conductas, como también orientó el interés en la delincuencia de Cuello Blanco y de Cuello Dorado, favoreciendo la nueva tipificación de los delitos ecológicos, económicos y financieros, entre diversos otros.

Otras orientaciones político criminales relevantes, aparecen recogidas en la teoría de la acción social que sostuvo Jeschek, como concepción del derecho penal sobre la base del contenido de la necesidad de la penal sustentado por Gûnter Jacobs, los cuales, desde luego, tienen como punto de partida de sus respectivas concepciones, la base de la teoría, a la vez que la orientación político criminal.

CAPÍTULO VIGÉSIMO
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO (II):
INTRODUCCIÓN DA LA TEORÍA
DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales para el estudio de los elementos del delito.
1. El concepto del delito. 2. La conducta en la teoría del delito. 3. la relación
de causalidad. 4. El concepto del delito en la ley penal mexicana. 5. Otras
Consideraciones pertinentes en relación con el concepto del delito.

I. CONSIDERACIONES INICIALES PARA EL ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS
DEL DELITO

El concepto del delito

La conducta en la teoría del delito.

La relación de causalidad.

El concepto del delito en la ley penal mexicana.

1. *El concepto del delito*

Si tomamos como base que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, concepto que sostiene una parte importante de la doctrina penal, vale observar que, de tal concepto se siguen a su vez, los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Las situaciones de conflicto social generadoras de afectaciones al interés de la sociedad implican el origen natural del derecho penal. A partir de ellas surge la norma y la pena en relación con la responsabilidad del autor. Cabe recordar que en épocas remotas fue la sola causación de tales afectaciones lo que supuso la base de la reacción penal, en manera tal, que fue posible reaccionar punitivamente no sólo en contra de las personas, sino también en contra de los animales y de las cosas.

En la concepción del delito, entendido como en el injusto penal, cabe pensar que aunque cronológicamente el primer momento susceptible de análisis es el objetivo, es decir, el hecho, en tanto que físicamente perceptible, sin embargo, en tanto que concepto de valoración cultural y jurídico, en primer concepto objeto de estudio y elaboración de los juristas fue acaso, es de la culpabilidad, desarrollado durante la Edad Media,

con un contenido acaso más moral y ético individual y religioso, que ético social y jurídico, a partir de los conceptos delito-pecado y penitencia, que en esa época fundamentaron el concepto de la responsabilidad y de la pena en sentido expiacionista.

Para precisar el contenido de los elementos de la teoría del delito, bajo los esquemas del causalismo naturalista y valorativo, del finalismo y del funcionalismo político criminal, lleva a la necesidad de estudiar el bien jurídico, al igual que el tipo, como presupuestos (material y jurídico) de la conducta típica.

Por otra parte, es pertinente hacer un paréntesis, en el sentido de la teoría general del delito, antes de entrar al análisis de los presupuestos y elementos del delito, para referirnos a los conceptos de la acción de la relación de causalidad.

2. La conducta en la teoría del delito

El concepto de la conducta o acción es el común denominador en diversos de los esquemas de análisis de la teoría del delito y sobre el cual aparece construido el análisis de los restantes elementos del delito. Así ha sido entendida hasta que fue seriamente cuestionada por una parte de la doctrina penal.

Desde el causalismo naturalista de Litz, que concibió al delito como acción, en la idea positivista de que lo único relevante son los “hechos de la naturaleza”, como físicamente perceptible y observable. Tal concepto de la conducta dentro de la teoría del delito, habrá de sustituir hasta el finalismo y en las posteriores orientaciones en sentido político criminal, donde la acción deja de ser observada desde la perspectiva causal, para ser reconocida como la acción finalísticamente determinada por la voluntad. Sin embargo, subsiste la idea de ser la base material del delito. Por esto, con el cambio impuesto por el finalismo, se reorientó el contenido de todos los elementos en la estructura sistemática de la teoría del delito (en la conducta, en la atipicidad, en la antijuricidad y la culpabilidad), pero se mantuvo la misma estructura sistemática general de la teoría del delito.

La acción es “acción positiva” o “acción negativo”. La primera, entendida como la acción o comisión en sentido estricto; la segunda, como la omisión. Esto dio base a la crítica de Radbruch, en el sentido de que la acción no puede ser entendida como un concepto básico o superior del sistema de análisis de la teoría del delito, porque, por una parte, no es un concepto general, único y exclusivo del derecho sino que es un concepto general y común de toda conducta, como manifestación del hombre independientemente de su contenido jurídico o no. Por otra parte, tampoco es un concepto superior que abarque a la ac-

ción y a la omisión, en manera tal que así como en lógica “A” y no “A”, no puede ser lo mismo, sino que “A” sólo es igual a “A”, y no “A”, de igual manera, en el derecho la acción sólo puede definir las características de la acción y no de las de la omisión que implica un comportamiento con una estructura propia.

Por otra parte, si el concepto de la acción es directamente relevante para la tipicidad y para la antijuricidad, en la conformación del injusto, no lo es, en cambio, como concepto directamente definitorio de la culpabilidad, toda vez que ésta, entendida en sentido normativo, como reproche a la persona por haber cometido una conducta contraria a lo que la ley ordenaba, implica, en consecuencia, un reproche no a la acción en sí, sino un reproche a la persona. De aquí que sólo en forma indirecta se refiere a la conducta o acción, como objeto de valoración (culpable o no culpable).

Es falso que el concepto de la acción se presente como el elemento conceptual primero, “pretípico”, lógico natural, básico, de toda la teoría del delito. Esto, se confirma, en primer lugar, ante la observación de que no es cierto que toda acción implica que la presencia de un delito, ya que en el mundo de la realidad social, existen un sinnúmero de acciones que son irrelevantes para el derecho y, aún, de entre las que resultan ser relevantes para el derecho, sólo algunas de ellas pueden ser acciones relevantes para el derecho penal. Esto significa que la acción, en sí sola, no es el primer elemento de análisis del delito, sino que, en todo caso, no es la acción presupone la lesión aún bien jurídico protegido por el derecho penal, lo cual acontece sólo en la medida en que exista un tipo legal penal que la recoja en su norma, prohibiendo u ordenando la conducta; es decir, no es sólo la acción u omisión considerada en forma abstracta general, sino la acción y la omisión que concretamente aparece tipificada por la ley penal.

Por esto para la teoría del delito, el concepto con el cual surge y se vincula el injusto, no es la acción sola y pretípica, sino, en todo caso, el bien jurídico que preexiste al delito y que penalmente protegido, resulta lesionado por la acción u omisión de una persona. Por esta razón, el punto de partida en el análisis del delito es y debe ser la intersección y convergencia entre la “acción” y el “bien jurídico”, es decir, el momento a través del cual con una acción se lesiona un bien jurídico penalmente protegido, con lo que, simultáneamente, se viola el contenido preceptivo prohibitivo de la norma.

Si pensáramos en la graficación de los modelos sistemáticos que se comentan, observaríamos que el modelo causal podría ser recogido en forma piramidal, en cuya base aparecería la conducta. La misma graficación, aparecería en la construcción sistemática del causalismo valorati-

vo, en donde se mantiene la misma concepción de la conducta. Tal expresión gráfica, sin embargo, parecería modificar en el modelo de la estructura normativista de Kelsen, en la cual, a partir del tipo, resultarían mejor expuesta en círculos concéntricos, que reconocen la validez conceptual del universo normativo, y en donde en el círculo exterior aparecería reconocida no por la conducta, sino por tipicidad, con lo que es evidente que resulta modificará sustancialmente la sistemática que recoge a la conducta como la base lógico material de la teoría del delito, para sustituir la forma base lógico-normativo a partir de la tipicidad.

En síntesis, no es la acción la que resulta relevante para el derecho penal, sino la acción que genera la violación a la norma y la lesión al bien jurídico y, por lo mismo, el primer momento de estudio relevante para el derecho penal, resulta ser la tipicidad, en que se entiende que analizar, precisamente, el momento de la inicial y a aparente lesiona un bien jurídico penalmente protegido, que puede llegar a ser constitutiva de un delito (y de aquí la necesidad de su análisis para determinarlo). Estos aspectos, surgen de manera concomitante y aparecen recogidos en el contenido de la tipicidad, cuyo ámbito se ocupa de analizar la atribuibilidad del comportamiento real y fáctico, en su ámbito situacional, con el previsto en el tipo penal. Naturalmente, en este sentido, por tipo penal, en sentido amplio, se entiende tanto el tipo básico como también, en su caso, el tipo complementado con las circunstancias que la ley previene, al cual se suman también las diversas situaciones que, previstas en la parte general de la ley penal, exigen ser necesariamente consideradas para la valoración del dolo del injusto y el grado de la culpabilidad, para la individualización y aplicación de la pena. Por lo mismo, son también necesarias, para la concreción de la tipicidad, los componentes típicos y pasionales de la tentativa, la participación, el concurso, etcétera.

3. La relación de causalidad

La conducta, bajo una perspectiva naturalista, fue entendida como el punto de partida de que un proceso causal; nace de que la necesidad de precisar el contenido de la causalidad.

El problema de la causalidad en el derecho penal tiene su origen en la misma razón que yo lugar a la concepción del delito como acción, en sentido objetivo naturalista, en la consecuencia los a las categorías mecanicista de las ciencias naturales, al ámbito de la relación social y concretamente en derecho.

Cuando principios del siglo XX se cuestiona el dogma de la causalidad, en el ámbito de las ciencias naturales, sobre todo en la mecánica cuántica que hizo modificar la afirmación de que a toda causa sigue un

efecto, para producir dicho anunciado a uno nuevo en el sentido de que todo efecto es producido por una causa, y en la medida en que las leyes mismas de la mecánica cuántica son base fundamental de todo conocimiento científico, generó un fuerte cuestionamiento que tendría que traducir sus consecuencias al campo jurídico penal que se tradujo en un cambio en el interés preexistente por la causalidad, a un nuevo interés por concepto de la “función”; ámbitos, éstos, que se desarrollaron a su vez en la línea del funcionalismo a partir de Dilthey y Durkheim.

La causalidad, sin duda, tiene fundamental importancia para el derecho y para el sistema de la justicia penal, pero ella ser en el ámbito de la realidad fáctica, de aquí la necesidad de que sean ciencias causal-explicativas las que se ocupen de su delimitación y definición, mismas que naturalmente guardan relación con el campo jurídico penal porque es a través de su conocimiento como es posible acreditar los elementos de prueba que en su oportunidad permitirán afirmar los contenidos penales.

Por esto la causalidad debe ser objeto de examen previo al de la tipicidad por parte de las diversas disciplinas causal-explicativas de la criminalística, como pueden serlo a la balística, la química, la física o cualesquiera otras; y, en ese sentido, su aporte es definitivo en la función jurisdiccional, pero indudablemente, su contenido en sí, no es de carácter jurisdiccional, pero indudablemente, su contenido en sí, no es de carácter jurídico penal, sino el resultado de otras aportaciones que precisamente por esto son denominadas como disciplinas o ciencias auxiliares de los procedimientos penales.

Por esto, surge cuestionamiento a la causalidad, en relación con la teoría del delito, derivado de que aparece como conocimiento al margen de la teoría del delito, toda vez que, en la tipicidad, para los efectos de la misma, el problema no es la determinación de la causalidad de la acción, sino la posibilidad de atribuir el comportamiento al tipo previsto la ley penal. Es éste el verdadero problema del derecho penal.

Independientemente de lo anterior, el principio de la causalidad guarda relación no sólo con el esquema sistemático del causalismo, en tanto que delito es acción y acción es causalidad, sino que se presentan en todos los modelos, incluyendo el finalismo, en donde, si por una parte la estructura diferente, a partir de la acción final, por otra parte, la base de la finalidad es también necesariamente la causalidad, toda vez que para alcanzar un cierto fin, la persona a de apoyarse en su experiencia causal, y sólo atentó a esta, es que le es dable predeterminar la finalidad de su actuar.

Ello originó el desarrollo del estudio de la causalidad, con el surgimiento de diversas opiniones para explicarla: las teorías generalizadoras y las teorías individualizadoras.

De las primeras, la que más se sostiene es la teoría de la *conditio sine qua non* o teoría de la “equivalencia de las condiciones”, que si bien desde el punto de vista científico es la única válida, por otra parte, ofrece poco o nulo auxilio para la determinación y delimitación de la conducta delictiva, toda vez que afirmar que causa es la condición sin la cual un hecho no se produce, sólo implica hacer referencia a un número prácticamente infinito de causas fundantes unas de otras, que resultan poco menos imposible identificar. Por esta razón, los correctivos esta teoría plantearon la fórmula de la prohibición al retroceso y el correctivo por la culpabilidad.

Por su parte, las teorías individualizadas procuran establecer una diferencia entre las diversas situaciones susceptibles de ser entendidas como causas, para recoger sólo la que se estima como la realmente determinante. Se adoptan casi criterios diferentes que van desde el cronológico, que se referida a “la última causa”, como también la de “la condición más eficaz”, la de “la causa más efectiva” y otras más, siendo la principal la teoría de “la causa adecuada” que algunos autores recogen como causa generalizadora. Esta última, partiendo del reconocimiento de la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones, intenta establecer un correctivo a la misma, en el sentido de considerar como causa, sólo aquella que, conformada experiencia, resulta ser la adecuada para producir el resultado. Las dificultades que presenta esta teoría, ha llevado a entender, fundamentalmente, que la “causa adecuada” es sobre todo un criterio supletorio de imputación objetiva, es decir útil para la imputación objetiva de un resultado a una acción.

En síntesis, independientemente reconoce la validez del estudio de la causalidad en el campo jurídico penal, que si lo tiene, aun cuando sea en relación con momento previo, en cambio, en el ámbito de la realidad fáctica, sólo la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta ser la única realmente válida en el sentido causal, en tanto que la teoría de la causa adecuada, si bien ofrece utilidad, ello es sólo en relación a su utilidad como criterio de imputación objetiva.

En todo caso, la causalidad ofrecería utilidad sólo en relación con los delitos de resultado material, en donde es posible separar físicamente la conducta típica de resultado típico causado, casos, estos, en donde si resulta necesario hablar de un nexo de causalidad, independientemente de que el número de delitos que plantea tal necesidad es sólo un mínimo de entre las conductas previstas en la ley penal como delito.

En síntesis, en la atipicidad, el único problema jurídico que se presenta este de la atribuibilidad del comportamiento (conducta de acción o de omisión), dentro del ámbito situacional en que se presenta, en re-

lación con el ámbito situacional que previene tipo penal, y, en esto, la causalidad no tiene relación directa, toda vez que supone un problema ya superado y resuelto. Es decir, para que pueda plantearse la tipicidad de una conducta y un resultado típicos, a fin de revisarlos a la luz del tipo descrito por la ley penal y, estar en posibilidad de determinar si son o no atribuibles a esta última, es necesario partir de la base de que se ha dado una conducta que ha causado un resultado, lo que obviamente presupone la presencia de nexos de causalidad, pero tal situación implica un contexto conceptual fáctico previó al de la tipicidad misma, ya que ésta última supone sólo el juicio de su atribuibilidad al tipo. En el ámbito de lo normativo lo que se da es una relación de “conexidad”, pero no de causalidad. Por esto, en el ámbito de la realidad fáctica si es indispensable acreditar el nexo de causalidad, lo cual es precisamente el objetivo medular del proceso y de los medios de prueba dentro del mismo (es éste el contenido fundamental de la exigencia constitucional del artículo 19, cuando requiere aprobar la responsabilidad del autor, unido a la acreditación de los elementos del tipo); pero tal exigencia para conformar la conducta típica, en el momento del juicio de atribuibilidad implica la tipicidad, tiene que haber quedado previamente probada para que pueda darse la conexidad prevista y exigida por la ley.

4. *El concepto del delito en la ley penal mexicana*

Una cuestión inicial en relación con el tema que nos ocupa, es determinar si la ley debe o no estar definido el concepto mismo del delito. Al respecto, aun cuando la ley penal mexicana, en términos generales, siempre lo ha definido, la doctrina del país no ha sido uniforme. En general, se ha orientado en sentido negativo, por estimar que tales definiciones son tautológicas. Jiménez de Asúa, al comentar la ley penal mexicana, señala que la definición supone sólo un juicio *a posteriori* tiene nada agrega a lo ya sabido. A su vez Porte Petit, recuerda que los proyectos de código penal de 1949 y 1958, como también en el de 1983, aparece suprimida la definición del artículo 7.

El código penal de 1871 establecía: “es delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”. Esta definición, recoge el contenido clásico racionalista del código penal que le incorporó, poniendo el acento en la violación a lo dispuesto la ley penal, para enseguida adicionar un elemento especificado.

El proyecto de reforma al mismo (1912), en el artículo 4, estableció: “Son delitos las infracciones previstas en el Libro Tercero de este código y las demás designadas por la ley bajo esta denominación”, señalan-

do, en la Exposición de Motivos, las razones que mueven a su modificación en lo relativo a la supresión de la expresión voluntaria, la cual generaba confusiones; concluyendo la propia Exposición que “estos defectos de la definición aparecen por venir sobre todo, de que su autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiera querido definir el delito en la cátedra o sin tratado jurídico. El objeto de la definición que se haga en la ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas”.

El código penal de 1929 señaló que el delito es la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal, lo que implicó una definición en el estilo contractualista de la Ilustración, al afirmarse el concepto de la lesión al derecho, que contrasta con el contenido eminentemente positivista de éste ordenamiento.

El código penal de 1981, el artículo 7 previene que: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. El mismo es adicionado en 1991, con un segundo y un tercer párrafo, es importante contenido, recoge también, de manera expresa la conducta por omisión, así como también las formas en que se puede presentar la conducta.

Tal definición nos parece que recoge un contenido naturalista, que abrevia en el positivismo, ya que refiere al delito, el comportamiento, por acción u omisión, que sanciona la ley penal, y no como la “violación a la ley penal”, como lo hacía el código de 1871 o la “lesión al derecho”, como lo hizo el código penal de 1929.

Acerca de los elementos que tal definición recoge, nos parece que en forma directa se señalan dos: la conducta y su punibilidad.

La consideración, sin embargo, resulta ser sólo aparente, derivada de una interpretación literal. Interpretando dicha disposición del artículo 7, se observa que dicho acto u omisión, al parecer sancionado por la ley penal, obviamente supone que tiene que está regulado por esta y, en consecuencia, aparece así ha firmado la tipicidad, la cual, ahora, en los términos de otras reformas a la propia ley penal, se ve confirmada con lo dispuesto en el artículo 15, fracción II, reformado, que recoge expresamente exigencia de la tipicidad como elemento necesario para existencia del delito.

Continuado con la interpretación del contenido del artículo 7, es evidente que la sanción señalada la ley penal, aparece prevista como la comisión de un delito y, a la vez, para ser aplicada específicamente a la persona que realizó el acto u omisión delictivo, razón por la cual, es indispensable que dicho comportamiento haya sido antijurídico, y que la autor haya sido declarado culpable, lo que también se confir-

ma, en términos del mismo artículo 15, fracciones IV, V y VI, ante cuya ausencia no existe delito, y también con lo previsto las fracciones VII, VIII, IX y X, del mismo artículo, que refieren los casos en que no puede ser responsabilizado a la persona y por tanto no es posible aplicar la pena prevista la ley penal.

Concluimos, así, que interpretando el alcance del artículo 7, éste exige la presencia de la conducta típica, antijurídica y culpable; asimismo exige la punibilidad, quien más que elementos del delito es consecuencia. Así lo ha entendido también Jiménez Huerta.

En síntesis, a la vez que las definiciones por lo general adolecen de acceso o defecto, la doctrina mexicana impiden el sentido de estimar innecesaria la definición legal del delito.

5. Otras consideraciones pertinentes en relación al concepto de delito

En relación con el concepto del delito, vale comentar en la ambigüedad bajo la cual se hace referencia concepto del delito y que, y obvio de confusiones, se debe precisar. Primeramente el concepto de “delito” corresponde a la descripción típica prevista en el código penal.

Por otra parte, se maneja concepto de “delito” para hacer referencia a los comportamientos que acontecen en la realidad social y que constituye la materia y el objeto de estudio de la teoría del delito, a fin de estar en posibilidad de afirmar, con el mayor grado de precisión, si respecto de los mismos existe o no es delito. Lo que ocurre en función del análisis estratificado que permita dilucidar la atipicidad y antijuricidad de la conducta y del resultado, así como la posibilidad de responsabilizar al actor por vía del reproche de culpabilidad.

Este concepto del delito, evidentemente trasciende el específico ámbito de la ley penal, para hacer referencia comportamiento de la realidad social, pero, a la vez, es el que explica y justifica al orden jurídico, en cuanto orden de regulación de la realidad social, a partir de la regulación de la conducta social deseada, sin el cual es derecho no tendría razón de ser.

Así, debe ser acreditada, como parte del elemento objetivo, la tipicidad de la conducta, en cuanto manifestación externa físicamente perceptible, como también el resultado, naturalmente siempre que este probado previamente en nexo de causalidad; y también se deberá acreditar el contenido de la voluntad de la conducta, como el elemento subjetivo de la tipicidad, como también los restantes elementos descriptivos objetivos y los normativos y subjetivos específicos de la conducta típica, para que dicha conducta sea atribuible a los respectivos elementos objetivo, subjetivo y normativos del tipo, en la inteligencia de que tal análisis implica sólo el marco que permite afirmar la correspondencia del

comportamiento de la realidad social a la norma, o lo que es lo mismo, su atribuibilidad dentro del ámbito situacional en que la conducta se produce, frente al ámbito situacional prevista en el tipo de la ley penal, es precisamente el contenido de la tipicidad.

De la anterior expresión, en nuestra opinión, vale observar la insuficiencia de los modelos metodológicos estrictamente formales que limitan y agotan su objeto de estudio en el exclusivo análisis de contenido normativo de la ley, excluyendo la relevancia de su contenido eminentemente social. Tal forma de análisis podrá ser, sin duda, una útil vía para analizar con la mayor precisión técnica, el contenido del texto de la ley penal, pero tal empeño será insuficiente si se pierde de vista que el derecho es un orden de relación social y de regulación de la conducta humana para la convivencia. Tales métodos, y en general se reconocen en el polo externo del positivismo jurídico, en la línea lógico formal del derecho, son un instrumento indudablemente valioso, aquí debe ser aprovechado en el interés de precisar el texto estricto de la ley, sin embargo, no resulta ser el método más idóneo para estudiar el derecho, en su contenido social y de relación social, ámbito para lo cual es necesario una metodología más adecuada. En este sentido, la teoría del delito ocupa de atender tal contenido social del derecho, en manera tal que todo su contenido se orienta al interpretar y precisar el alcance de la ley frente a la conducta (en sentido social), que puede ser constitutiva del delito; es, así, como estudia los presupuestos y los elementos de la estructura del delito en relación con la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.

El delito resulta ser la conducta o acción típica que debe ser antijurídica, con la cual conforma el injusto penal, o delito en sentido estricto, integrado por la lesión al bien jurídico protegido por la norma penal, siendo el comportamiento antijurídico, en tanto que no aparece justificado por regla permisiva alguna, será procedente analizar la responsabilidad del autor y, en función de esto, en caso de ser procedente, imponer al autor el reproche de culpabilidad; finalmente, para que sea aplicada la pena, será necesario, asimismo, que no opere alguna excusa absolutoria o causa penal o procesal que excluya por razones de política criminal.

El delito, entendido en sentido estricto, supone el daño causado por razón de la lesión o puesta en peligro al bien jurídico penalmente protegido, identificándose con la idea del injusto penal, lo que implica la conducta típica y antijurídica. En un orden de ideas distinto, el delito, en sentido amplio (*lato sensu*), se entiende como el presupuesto para la imposición de pena, exige en consecuencia, tanto de la presencia de injusto penal (conducta típica y antijurídica), como de la culpabilidad de

la persona y, aún más, para que sea aplicable la pena, será necesario que no opere ninguna excusa absolutoria que la impida.

En síntesis, de lo expuesto, se observa que si en términos de lo dispuesto en la ley (artículo 7), por “del” se entiende la acción u omisión que sanciona las leyes penales, tal expresión al ser interpretada a la luz de la propia ley penal, y en los términos de lo anteriormente expuesto, exige, en realidad, de una conducta típica, antijurídica y culpable que, naturalmente no se vea neutralizada por alguna causa que elimine cualquiera de aquellas.

El modelo que utilizamos el presente manual, se estructura a partir de la conducta típica y antijurídica, como el injusto penal, entendido como el delito (en sentido estricto), lo que ofrece una mayor precisión sistemática en tanto que distingue claramente entre injusto penal, como conducta típica y antijurídica, y por otra parte, el ámbito de la culpabilidad, ámbito este, que ya no se refiere a la conducta o hecho, sino a la persona del autor. A la vez, por otra parte, también reconocemos el concepto del delito (en sentido amplio), como el presupuesto de la punibilidad, concepto que no puede ser soslayado en tanto que es utilizado por la ley penal para integrar la existencia del delito, independientemente de las consideraciones doctrinales.

En resumen de cuánto he expresado este capítulo, vale señalar lo que sigue.

La acción no es el concepto básico o superior en estructura del delito, la acción se presenta de varias formas: el delito de acción, el delito de omisión, el delito doloso y el delito culposo.

La teoría general del delito, sugiere un estudio en dos partes: primero, la teoría de los presupuestos del delito, los cuales, en nuestro concepto, deben ser entendidos en sentido funcional y no cronológico, ya que tal es el criterio que guarda relevancia en el estudio del derecho penal; y, segundo, en la teoría de la estructura del delito.

En la teoría de los presupuestos del delito, procede atender el estudio de dos temas fundamentales: la teoría del bien jurídico y la teoría del tipo penal, los cuales, independientemente de su procedencia cronológica, funcionalmente observan un contenido que tiene importancia fundamental para el derecho penal; otros conceptos, en cambio, como lo son los sujetos activo y pasivo, fue objeto material, si bien también preceden cronológicamente a la conducta típica, sin embargo, observan su relevancia jurídica funcional, a partir de la realización de la conducta típica y en relación con cada uno de los elementos del delito, razón por la cual, a la vez que es irrelevante su estudio entre los presupuestos, si el de importante utilidad en el estudio de los elementos. Por otra parte, la teoría de los elementos del delito, también se refiere a aspectos

vinculados con el bien jurídico que son relevantes y obliga a su referencia en dicha sede, sin embargo, ello no elimina su fundamental, necesaria referencia entre los presupuestos, en donde se aprecia una razón funcional de la misma que es básica para la conceptualización general del derecho penal.

En resumen, la acción relevante es la acción típica, misma que surge a partir de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal y que, simultáneamente, supone la violación a la norma penal. Por esto, el primer momento de análisis en la estructura del delito es la tipicidad engloba todo un ámbito situacional y de interacción social, el cual, a su vez, ha de ser confrontado con el ámbito situacional y la relación social que previene la norma, como contenido del tipo penal. A su vez la culpabilidad guarda relación con la persona o sujeto que realizó y el comportamiento y sólo en función de esta es que se relaciona con el injusto, es decir, supone un juicio de reproche al autor de un delito y no un reproche al delito mismo. Guarda sentido, así, la función de la pena en relación con el contenido mismo del orden jurídico penal, en cuanto orden coactivo de regulación de la conducta humana para la convivencia.

Consecuente con el orden de ideas expuesto, la sistemática seguida en la presente obra, en relación con la teoría del delito, supone el estudio del delito, en un doble ámbito: primero, en la teoría de los presupuestos del delito y, después, en la “teoría de los elementos del delito”, misma que es estudiada en los ámbitos: 1) la teoría del injusto penal, que contiene a la tipicidad (conducta típica) y a la antijuricidad; y, 2) a la teoría de la culpabilidad del supuesto responsable. Ambos integran el concepto del delito, en sentido amplio, como los presupuestos de la punibilidad.

A su vez, dentro del estudio de la tipicidad, corresponde el análisis de la conducta típica, que debe iniciarse precisamente por el estudio de la lesión al bien jurídico y la consecuente violación a la norma, a partir de la conducta, que será típica, en la medida en que sea atribuible a un tipo penal, que, concomitantemente implica la violación de la norma, con lo que se abre el análisis de la tipicidad, en todo el ámbito situacional exigido por la ley. Esto significa que abarca tanto al tipo básico, como a todas circunstancias que implican el contexto del ámbito situacional, en que se conforma el tipo complementado, como también la concreción de las formas de comisión del delito: la tentativa, la comisión dolosa o culposa, el grado en la participación, el concurso, etcétera. Enseguida, una vez afirmada la tipicidad (conducta típica), corresponde atender el estudio de la antijuricidad con el análisis de las valoraciones que la misma implica y que aparecen recogidas en las reglas permisivas que significan los derechos que el propio orden jurídi-

co reconoce a la persona y que, en su caso, determina la presencia de las causas de justificación o legitimación que neutralizan la antinormatividad que supone la tipicidad. Concluido este análisis, que conforma el injusto (o delito en sentido estricto), procede el estudio de la culpabilidad, como reproche a la persona del autor y en donde es necesario determinar si es susceptible de ser responsabilizado a partir de su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a ella (imputabilidad), si tuvo conciencia de la antijuricidad de su hecho, y si tuvo la oportunidad de otra actuar de otra manera, que es el contenido de la no exigibilidad de otra conducta. Finalmente, afirmada la existencia del delito, será aun necesario confirmar la procedencia de esta, a partir de las excusas absolutorias o causas que por razones de política criminal, eximen a la persona de la imposición penal, sea en base a un fundamento procesal o sustantivo.

A su vez, como sistemática para el estudio del delito, dentro de la teoría del delito que recoge el presente libro, en la medida en que se trata de estructuras jurídicas diferentes, en la tipicidad se atiende primero, el estudio del delito doloso de acción, después el culposo de acción, para concluir con la figura del delito de omisión.

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO.

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO (I): LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

SUMARIO: A. sección primera: los presupuestos del delito I concepto. Evolución histórica de la teoría de los presupuestos del delito. III. Nuestra opinión. IV. El método educativo de la teoría de la ley penal e inductivo de lotería del delito, en la ciencia del derecho penal. V. los presupuestos de la conducta típica. B. sección segunda: el bien jurídico protegido por el derecho penal. I. concepto. Evolución histórica de concepto bien jurídico. III. Nuestra opinión. IV. En jurídico como presupuesto y elementos del delito. bien jurídico como desvalor del acto y como desvalor del resultado.

A. SECCIÓN PRIMERA: LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

1. CONCEPTO

Previo al estudio de los elementos constitutivos del delito, dentro del análisis estratificado otra mismo, y sobre la base de reiterar que el delito, conceptualmente, es una entidad única e indivisible y sólo para efectos de su análisis y exposición dogmática que permita su mayor precisión, es que resulta procedente su análisis estratificado, vale ocuparse de los presupuestos de la conducta típica, frecuentemente mencionados como los presupuestos del delito.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

La teoría de los presupuestos del delito, en sucursal histórica, implica, como lo referido Pretocelli, un concepto bastante atormentado, su exposición más definida es Manzini, aparece después recogida, aceptada o impugnada sobre todo por diferentes autores italianos cada uno es específica perspectiva; entre los cuales Maggiore, Petrocelli, Pannain, Bettiol, Antolisei.

En México es recogido por diversos autores, entre los cuales Porte

Petit,, Pavón Vasconcelos, castellanos tena, López Betancourt; principalmente, el primero siguiendo la orientación de la tradición italiana.

Manzinni, divide en los "presupuestos del delito" y los "presupuestos del hecho". A los primeros, los entendió como aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, necesarios para el existencia del delito, en la inteligencia de que su ausencia genera la modificación del título delictivo de que se trate. En relación con lo presupuestos del hecho, los divide el presupuesto jurídico y materiales, siendo los primeros, la norma y otros actos jurídicos; los materiales, los que suponen determinar la situación de hecho, en la inteligencia de que la ausencia de uno u otros, traen como consecuencia de inexistencia del delito

Otros autores se refiere preferentemente a concepto de los "presupuestos de la conducta", como la base de Antolisei.. Otros, los divide en "presupuestos generales" y "presupuestos especiales", siendo los primeros, aquellos que resulten ser comunes a pocos delito en general, en tanto que a los presupuestos especiales, los identifican como elementos propios y exclusivos de cada delito particular.

Otros autores, prefieren hacer referencia exclusivamente a los presupuestos del delito sin más división. Así, a manera de ejemplo, Mazarí señala como presupuestos generales del delito los siguientes:

- La norma penal, conteniendo el tipo y la sanción;
- El sujeto pasivo y el sujeto activo;
- La imputabilidad
- El bien tutelado
- El instrumento del delito.

En México, los autores que se preocupa por el tema, al referirse a la teoría de los presupuestos del delito, nos reconoce, como los presupuestos generales del delito, cuyo ausencia determinada y posibilidades delito.

En una perspectiva distinta exigiendo como metodología el análisis lógico formar, correspondiente a las vertientes del positivismo lógico formal, Olga islas y él pidió Ramírez, se refiere a los "presupuestos dificultan delito" y, así, se refieren a ellos, señalando que son aquellos elementos del tipo, consistentes en antecedentes jurídicos o materiales previos a la realización de la conducta típica y de los cuales dependen existencia del delito y seguro de punibilidad. Así, reconocen, como tales:

- La norma de cultura reconocida por el legislador;
- El bien jurídico;
- El objeto material;
- El sujeto activo (lo que dibuja considerar la imputabilidad como presupuesto del delito);

-El sujeto pasivo;

-El Elemento innominado (para abarcar todo aquello que no aparece expresamente señalados).

En síntesis, en relación con lotería de los presupuestos, en primer término se observa una primera división entre quienes aceptan la teoría los presupuestos y quienes la niegan por estimarla inútil e innecesaria. Entre quienes aceptan, aparece en los que reconocen como los "presupuestos generales delito" y quienes distingue entre "presupuestos generales" y "presupuestos especiales"; y quienes distingue entre "presupuestos del delito" y "presupuestos del hecho" o de la conducta.

Bien entrada la segunda mitad del siglo veinte, la doctrina penal, al referirse a la "teoría de los presupuestos", ha desarrollado un nuevo sentido y contenido de la misma. Más que una "teoría de los presupuestos del delito", se refiere a una "teoría de los presupuestos de la teoría", a la que, en su caso, habría que referirla, con mayor precisión en un doble contenido: "presupuestos de la punibilidad" y "presupuestos de la pena", en sentido estricto. En síntesis, se entiende que la presencia del injusto penal, en sentido estricto (conducta típica y antijurídica) y la culpabilidad (entendida como la responsabilidad) son otros elementos necesarios para la punibilidad u "el merecimiento" de pena. Obviamente, esta afirmación corresponde a que la doctrina tradicional, afirma que el delito es el presupuestos de la pena, y con mayor precisión de la punibilidad, entendiendo el delito como la conducta típica, antijurídica y culpable. A la vez, en sentido estricto, el presupuesto de la pena, aunque no se den excusas absolutorias.

II. NUESTRA OPINIÓN

A los presupuestos del delito, preferimos denominar los "presupuestos del conducta típica", en la medida en que, nos parece, existe un contenido funcional garantizador que le es propio interés fundamental para la ciencia el derecho penal, en tanto que permita la mejor integración conceptual que la "teoría general del delito" con la "teoría general duda de penal".

A nuestro entender, los presupuestos del conducta típica quienes comparten mucho más importante del que hasta ahora les ha sido reconocido. Es el ámbito conceptual macedonio para relacionar los niveles conceptuales que son distintos, en el estudio del derecho penal: la "teoría de la ley penal" y la "teoría del delito". En efecto, el primero tiene un contenido estrictamente normativo, que corresponde al análisis puro de la ley penal, bajo un método abstracto y general; el segundo, la teo-

ria general del delito, donde el análisis pone en juego todos los elementos de la propia ley penal y no penal.

VI. EL MÉTODO DEDUCTIVO DE LA TEORÍA DE LA LEY PENAL E INSTRUCTIVO DE LA TEORÍA DEL DELITO, EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

La "teoría del delito", constituye un aspecto fundamental en el estudio del derecho penal, inclusive por ser tan preponderante que se le consideró la espina dorsal del derecho penal, y se tradujo en la disminución del interés en el estudio y otros temas. La más reciente doctrina penal apartado de corregirlo, poniendo el acento en el análisis general de la ley penal, contenido normativo preceptuado (teoría general de la ley penal), a la vez que en el análisis de la pena (teoría de la pena). Son éstos los polos, sobre los que generalmente se mueve el estudio del derecho penal.

La teoría del delito supone un método de análisis que difiere del desarrollado en la teoría de la ley penal, no obstante ser ambos estudio del derecho penal. La teoría del delito supone una verdadera "disección jurídica", acerca del alcance del contenido social precepto de la ley penal, a partir del hecho ser regulado (conducta típica), a la luz de todos y cada uno de los elementos del delito.

Como el derecho es un orden de relación y regulación social, aparta a la actividad social humana, es natural que el análisis de la teoría del delito desarrollado precisamente en etapa del positivismo naturalista, se favoreciera el estudio de la teoría del delito, a partir de su consideración como un hecho en sentido naturalístico y causal. Tal situación, aún frente a la evolución de los modelos sistemáticos para el estudio del derecho penal, normativo y así, perfeccionando la teoría del delito, como análisis estratificado del delito, implicando la "disección" de la conducta típica para determinar si la misma es o no delictiva. Si esto aconteció así, es evidente que ello obedeció a la conciencia que se tuvo acerca de que tal metodología de análisis resultado ser más garantista. Esto favoreció así, lo mismo los métodos didácticos utilizados en su estudio, el manejo de "casos", hipotéticos cordiales, pero que permitían que el análisis y conocimiento más preciso de las diversas instituciones jurídico penales previstos en la ley, en seguimiento de un método deductivo, que va de lo general a lo particular, es decir a partir del texto general de la ley va infiriendo las características que permiten su conocimiento específico, ópera al revés, es decir, haciendo referencia a una análisis concreto, particular y personal de los casos (hipotéticos o reales), que utiliza el método de análisis

de la inducción que va de lo particular a lo general, a partir del caso concreto, se ponen en función las diferentes instituciones jurídicas del derecho penal para determinar si los casos en cuestión son o no constitutivos del delito.

El favorecimiento histórico del positivismo naturalista, en un cierto momento, con la teoría del delito, tradujo a tal grado los cambios en el método, equipo a transformar el que fue métodos normativo, abstracto y general, en otro que reconoció el carácter ontológico de la conducta típica. Tal situación favoreció el contenido garantista de la teoría del delito, en base de legalidad, pero la vez, tal situación, sin embargo, siempre será cuestionada por objeto del derecho es y sólo puede serlo la norma y no puede serlo el óntico del cual precisamente se distinguen, como justamente lo observo en su momento kelsen. El futuro encuadramiento sistemático del estudio del delito, así, se ha ido ajustando a tal contenido normativo, pero la vez, propiciando el método que permita el mejor conocimiento de su contenido social, y no por vía de los formalismos metodológicos que lo impidan.

En síntesis, el estudio del derecho y su metodología tiene que ser adecuados a las características normativas del derecho. Pero a su vez, debe tener presente su fundamental y esencial contenido de relación social. En este sentido es que, dentro del análisis normativo del derecho ha sido posible que se plantean no sólo los diversos modelos sistemáticos, sino también diversos niveles conceptuales estudio, es así como se ha mantenido la diferencia entre los niveles conceptuales estudio de la "teoría de la ley penal" (estudio abstracto y general de la ley) y el de la "teoría del delito" (estudio concreto y particular del delito como contenido social precepto de la ley). En la primera, el estudio es el análisis directo de la ley, cuyo método de estudio es eminentemente deductivo, aplicando el análisis abstracto general de la ley, a partir de lo cual se deriva el análisis de problemas concretos. El segundo caso en cambio, el método de estudio es inductivo, en relación con él "caso" que implica el estudio del delito, a partir de la conducta típica, planteará como el fenómeno social, concreto particular (real o hipotéticos) a fin de ser analizado a la luz de las diversas instituciones que previene la ley para determinar la existencia del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, del autor para determinar su punibilidad). La razón de que esto acontezca así en el derecho penal precisamente por la teoría del delito, es explicable si se tiene presente la naturaleza de los bienes en juego, tanto de la sociedad o como del justiciable y, en consecuencia, el interés social que lograr la mayor precisión en la determinación del delito.

El razón de la importancia que tienen, en el estudio del derecho penal, se justificará lo mismo la "teoría de la ley penal" como la "teoría

del delito", cada una con su respectiva metodología específica y formando parte, de la dogmática jurídica penal; y dentro de la teoría del delito se justifica también el estudio de la teoría de los presupuestos relación típica, como también, de la que "teoría del estudio de los elementos del delito", también referida como se "teoría de los presupuestos de la pena".

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA CONDUCTA TIPICA

la teoría de los presupuestos de la conducta típica que norma fundamental función, limitante y garantizadora que es puente de la relación entre la teoría de la ley penal y la teoría del delito.

Para confirmar esto, hasta tener presente al bien jurídico y el tipo penal, como los elementos que constituyen los presupuestos de la conducta típica.

En términos generales, los presupuestos de la conducta típica son los siguientes:

- Bien jurídico;
- Tipo penal;
- Sujeto activo;
- Objeto material

Desde una perspectiva funcional, que era ser opinión, en la que resulta relevante para el estudio de la teoría del delito, los presupuestos de la conducta típica son:

- Bien jurídico.
- Tipo penal.

El primer presupuesto de la conducta típica es el bien, en la medida en que el mismo aparezca, como bien jurídico penalmente protegido.

El segundo presupuesto de la conducta típica es la existencia de la norma penal, cuyo precepto tipo prevé como delito una conducta dentro de un cierto ámbitos situacional, al cual le debe hacer atribuible, para ser constitutiva de una conducta típica, la conducta, social y naturalista, que ocasiona una lesión aún bien jurídico, dentro del ámbitos situacional prevista en el tipo.

Ésta, a su vez, para ser constitutiva de delito, exige ser antijurídica, y para que sea unido su autor, es asimismo necesario que éste, siendo responsable, se declarara culpable, como que se hace merecedor de la pena. Aún así, será necesario que tal pena puede ser aplicada autor en el caso concreto, teniendo presente características penales en relación unas razones de política criminal que previene ley como excusa absolutorias.

El tipo penal, así corresponde sistemáticamente a la teoría de la ley penal, en tanto que contenido preceptivo de la norma de la ley. Por otra parte, es en el ámbito del ario del delito, donde observan su alcance funcional como fundamento legal para definir la existencia del delito, partir de la construcción del análisis de la tipicidad. Por esta razón no siendo el tipo un elemento, en sí, del delito, sino su base normativa penal, es de concluirse que su ubicación sistemática más correcta debe ser dentro del ámbito del régimen delito, como presupuestos relación típica, sin demérito de su consideración inicial, como parte de la estructura de la norma, al iniciar el estudio de la teoría de la ley penal.

Acerca de la indefinición sistemática de que es objeto de estudio del tipo, vale observar que, y general, en los diversos modelos sistemáticos en la teoría del delito, es frecuente que se estudio se ha incluido como contenido final, inicial o previsto de la tipicidad, lo que evidencia tan indefinición

por razón de lo expuesto, en el manual se adopta la convención de recoger la noción del tipo, al inicio del ario de la parte de libro, al ocuparnos el estructura de la norma, en la teoría del penal, para entender, después, el análisis del ario del tipo, dentro de la teoría de los presupuestos de la conducta típica de (como presupuestos normativo), junto con la teoría del bien jurídico, a su vez entendido como el presupuesto material de la misma conducta típica, en tanto que a partir de su lesión, que la inicio al estudio del delito con la conducta típica.

Al poner la teoría de presupuestos de la conducta típica dentro de la teoría general del delito, se traducen su relevancia funcional en la medida en que, sistemáticamente, su poner tema de estudio inmediato anterior al de los elementos delito, el primero de los cuales precisamente el relativo la tipicidad, por lo cual se favorece su análisis en estrecha relación con el segundo de estudio de los presupuestos sea (con la teoría del bien jurídico del ario del tipo), con lo que se facilitan su estudio y entendimiento.

Los conceptos de sujeto activo, el sujeto pasivo del objeto material igualmente implican ámbitos conceptuales que cronológicamente encuentran su ubicación y acomodo en materia de los presupuestos de la conducta típica, toda vez que son también componentes esta última, y, suponen ámbitos conceptuales que plantean su contenido funcional fundamentalmente como elementos de la tipicidad sea (a menos que se pretenda seguir el modelo de análisis sistemático del delito, conforme al criterio del sea "autor - hecho", lo cual no es el caso, ya que hemos convenido en adoptar el criterio hecho-autor), puede fundamentar alcance de

su contenido más garantista, ya que aquel otro criterio, concluye que el inimputable no comete la conducta, por su incapacidad para relacionarse con sus semejantes, por lo que, en actitud básicamente estigmatizante, que asimilado su comportamiento ante un animal y, precisamente, por aparecer de razón está imposibilitado para cometer conductas. Por esta razón, tales conceptos de los sujetos activos pasivo, como el objeto material, son abordados estudiados en la sede de la tipicidad y no en los presupuestos.

En ese orden de ideas que es totalmente distinto, en relación con la teoría de los presupuestos de la pena y no del delito, que obviamente es un concepto diferente de conforme éste, como injusto penal o delito en sentido estricto sea (integrado con conducta típica y antijurídica), y con los elementos de la culpabilidad, en base de la responsabilidad personal de la gente. En este sentido, sólo vale agregar, acaso con mayor precisión, los elementos señalados constituyen los presupuestos de la punibilidad, más que de la pena, toda vez que esta última exige, aún, que no se presenten causas que impidan su aplicación sea (excusa absolutoria).

B. SECCION SEGUNDA: EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL

I. CONCEPTO

Bien jurídico es el objeto de la protección de un correcto interés social, individual o colectivo reconocido protegido por el estado, a través de la ley penal.

El orden jurídico es un orden de relación social, en función de la regulación de la conducta social deseada, que es el ámbito de la relevancia político social del derecho, misma que se dan en el tipo, cuyo contenido implica la prohibición o mandato de las conductas recogidas precisamente en los tipos penales, como el contenido preceptivo de la norma, y, después tales mandatos o prohibiciones, invariablemente suponen la protección a bienes jurídicamente tutelados son, a su vez, revisados y revalorados a la luz de todo el orden jurídico, a fin de confirmar o neutralizar esa tutela jurídico penal, en razón de las reglas permisivas que suponen otras valoraciones que también recoge el propio orden jurídico, son de reconocimiento de los derechos que asisten al individuo que diversos días, es descubrirse que bien jurídico, Egipto en torno del cual gira todo el orden jurídico, con el fin de protegerlo y penal, y aquí su relevancia en la teoría general del delito, en el estudio del injusto, dentro de los campos

de la tipicidad sea (a partir del análisis de la conducta típica) y del antijuridicidad.

En este orden de ideas, y si la situación acontece así, ello significa que presentimiento la norma jurídica penal, existe siempre, una cierta valoración cultural de la sociedad en relación con los bienes, como acertadamente lo observó, en su oportunidad, Max E Mayer significando con esto, que es el interés social, el que origina un cierto bien, valorando culturalmente función de los fines de convivencia, resulte ser jurídicamente protegido, a superar el proceso legislativo que determine el nacimiento de la ley, y origina que el mismo que de jurídicamente tutelados, dando respuesta social a la situación de conflictos que este comportamiento similar para la social civil y que es precisamente, lo que integran los miembros de la comunidad social a valorar la culturalmente.

Los "bienes" que asisten en la realidad representa un cierto valor para la personas que nos utiliza fondos tienen en su poder, de aquí su nombre de que "bienes". A partir de esto, es el interés social del que genera la ley penal, creando la tutela jurídico correspondiente. Haidegger, es expresión existencialista, señalaba, con razón, que en el mundo del sea "jefe", los antes existe. Entre éstos, aparecen los "entes" que son en "si " y los que son sea "para" siempre presentes en sea "si hice", los que teniendo conciencia de sí mismos, esta imposibilidad de dar sentido de las cosas. En razón de esto, los entes que son en sí, están en actitud de aprovechar los entes que son sea "para" y, por lo mismo, me están en su inutilidad, y les fijen que "sentido", en relación con sus propios objetos individuales. De aquí deriva que sólo la persona humana se ha entre en sí", susceptible de utilizar las cosas o sea "bienes")" en que es que son para") para la consecución de sus propios objetivos en relación social

Al derecho, cuánto corresponde, en selección de entre las diversas opciones planteadas por la realidad social, la que, de acuerdo con de la valoración cultural reflejada en el interés social, deban prevalecer en relación con los fines de convivencia, a partir de la seguridad jurídica, basada en la protección de los fines jurídicos, de acuerdo con los valores. El estado tiene en su definición constitucional.

Tal selección dicha por el estado acerca de la conducta social deseada, recogida en el derecho, como lo apuntan, significa una restricción a las opciones de libertad individual de los miembros de la sociedad, en tanto que partir del existencia del delito, pueden realizar los comportamientos que deseen cálculos del derecho prohíben o podrán defenderse lo que deseen cálculos que expresamente son condenados, en relación con el mandatos o prohibición contenido en el norma jurídica penal que previene y genera la figura jurídica del derecho, imitandola portería de láminas y combinación penal.

A su vez, como tales conductas ordenadas o prohibidas por el derecho, suponen la fórmula de la conducta social deseada, en función de los fines de la seguridad jurídica de los miembros de la sociedad civil para la convivencia, es natural que se presenten como un principio garantizador para la sociedad. De aquí deriva, lo mismo, el carácter garantizador del bien jurídico penalmente tutelado, como también, su carácter de ámbito medular en torno del cual se mueve el derecho.

Único esto, por otra parte, el miércoles cultural del derecho, el concepto del bien jurídico refleja el carácter propio derecho como instrumento través del cual el estado se ha autor afirma, en cuanto estructura de poder, reconocido jurídico políticamente partir de la conducta social, hecho éste, que denota el contenido ético social del derecho en sí, por vía de su carácter interactivo sea (posibilitando punibilidad de la ley penal), en inteligencia artificial derecho no tuviera tal característica no estaría la posibilidad de firmar su validez. De aquí la fundamente relación social que supone el contenido preceptuado de la norma, en función de la protección y salvaguarda de los fines jurídicos, como base de la seguridad jurídica con la protesta punitiva del estado, dentro de los límites definidos en constitución. De aquí deriva tenía principio fundamental de que no existe delito, a menos que se produzca la lesión un bien jurídico protegido, lo que frecuentemente se expresa recogida como en sea "principio del bien jurídico" o "principio de visibilidad del bien jurídico protegido", o si "principio de nullum crimen, nulla poen, sine injuria". En síntesis, en términos del expuesto, aparecen la trascendencia del concepto del bien jurídico, aspecto medular del derecho y, concretamente, derecho penal. Su ubicación la hemos planteado fundamentalmente como presupuesto del delito, que permite reconocer la relevancia de su contenido social, con este específico valor de típico como sea "clientes" razón por la cual el en dicho ámbito donde atiende su análisis; independientemente de lo anterior, también aparece identificado en la tipicidad y antijuridicidad de la teoría del delito, con una función específica en cada uno de dichos momentos que precisamente en ese función previa como presupuesto

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Comprender el bien jurídico, en manera de que nos permita entender la forma en que se vincula con el injusto, es decir con la tipicidad y con antijuridicidad, existe su precisión conceptual, lo cual, sugiere la necesidad de exponer los rasgos generales del evolución

El concepto del bien jurídico, desde sus orígenes, ha sido entendido en dos sentidos:

_ Concepción trascendente: que entiende al bien jurídico más allá del orden jurídico mismo; y

_ Concepción y inmanente: que entiende al bien jurídico, como parte del contenido de la norma.

Las consecuencias hubo de adoptar un nuevo criterio son particularmente sin precedentes para que delito comunicará Concepción del derecho mismo. El concepto del bien jurídico, al parecer surgen como Birnbaum, durante la primera mitad del siglo x. y x., en la época de formaciones de las licitaciones penales nacionales, bajo la Concepción del nuevo estado de derecho el sentido moderno. Dicho autor, rechazando la afirmación contraterrorista del delito observa que el derecho como tal, no puede ser senador y disminuido; lo que ocurre es que la lesión de las sufre el objeto de protección del derecho, es decir, el "bien" que resulta afectado lesionado. Así, desde un enfoque racionalista, reconoce un concepto natural división del bien jurídico, para concluir afirmando que "de acuerdo naturalista de las cosas o conforme a la razón debe entenderse sea (como delito) toda lesión imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder del estado a garantizador todos informen fuerte". De esta Concepción, alardes que desconocen la división, entre sea "de dichos naturalista" y sea "delito social") mala in se mala quia prohibita), define su concepto del bien jurídico el sentido trascendental extra penal, es decir el sentido social, entendiendo que los fines existe, y el estado sólo corresponde reconocerlo y garantizar:

frente de este pensamiento, que sentido evidentemente ideal, y la construcción formalista del derecho en entidad al delito no como lesión a los bienes de los miembros de la comunidad, penalmente protegidos por el derecho, sino como la lesión al contrato social y, por lo mismo la lesión al derecho que deriva de que; en consecuencia, la medida en que el estado mismo deriva del contrato social, quedará marcado también como objeto de la lesión jurídica, ha protestado razón por la cual resultaba afectado por la lesión tanto los nuevos estados democráticos como de los monárquicos: así, en la medida en que tal orden de ideas favorecía la restauración de las demás monarquías constitucionales que se bien conformado nuevamente, al amparo de la misma fuente contractual, restituyendo, si legítimamente el poder de las monarquías y aristocracia que latía sentido en el liberalismo revolucionario, fue éste, criterio de la lesión (que afectaba el derecho

y era origen de los delito) que encontró su más fácil y rápido desarrollo, en el detrimento el concepto del bien jurídico, sentido natural, y liberal que así quedó soslayado. Más adelante sería Binding quien recogía el pensamiento de Birbaum, acerca del bien jurídico, del cual acepta y difunde, pero no modifica sustancialmente al entenderlo como parte del contenido de la norma, colocaron el sentido trascendente que sobre el mismo anteriormente descrito postulado, cuando se admitió que el derecho sólo reconoce bienes preexistentes y no nos crea. Binding, en cambio, en su estudio, esta Concepción, evidentemente ideal, de reconocimiento acerca del contenido social de los bienes, al entender el bien jurídico común concepto que surge y queda establecido en la creación de la norma, con lo que naturalmente, reanudaron concepto imánentista de aquél, en la medida en que entiende que cada norma lleva inciso proferir jurídico. Expresará, así Binding que las norma como imperativo, sino que se desobedecen y se infringe, y ese y de sobreseimiento es una lesión jurídica un derecho subjetivo del estado respecto al sometimiento; alardes que reconoce también que esa desobediencia y esa lesión jurídica implica la lesión al bien que cada norma concreta tiene como contenido

Después, Frank, en su Concepción naturalista del delito, escoge una noción también naturalista del bien jurídico, cuando afirma que todos los fines jurídicos son intereses vitales sentido o de la comunidad, y que no es el ordenamiento jurídico de que generar interés, sino la vida; para quedar enseguida, que es precisamente la protección jurídica la que eleva existencia al bien jurídico.

Corresponder a Litz jugar un papel relevante en el desarrollo de la estrella del bien jurídico. Para los fines jurídicos están más allá del ordenamiento jurídico, y entiende, así, que los mismos surge y también la vida y por esto el derecho debe proteger: distinguen, el autor entre contenido del derecho penal del contenido del derecho de la política criminal, y precisamente la observa el concepto del bien jurídico un punto de convergencia entre ellos

más adelante la escuela de Kiel intentó suprimir el concepto del bien jurídico, de evidente contenido liberal, y para sustituirlo por el concepto de la sea "lesión al deber frente al sano sentimiento y espíritu del pueblo y el estado", discurso, éste, que naturalmente revitalizó en sentido autoritarista y fascista es contenido del derecho, sobre la base de los valores del nacionalismo, raza y el suelo.

Posteriormente, en la nueva orientación del derecho penal, propiciada por el finalismo de Welsel, éste, alardes que revaloriza el concepto del bien jurídico Inocencio social y por tanto cercano pensamien

to de Litz, lo que se reconoce en su definición acerca del bien jurídico, cuando reconoce como sea "todo estado social desea que el derecho que resguardan elecciones"; sin embargo, en la medida en que el autor entiende que derecho penal proteger valores éticos sociales, y sólo en función de éstos que entiende la protección a los fines jurídicos particulares, es decir, precisa la lesión del bien jurídico, al cumplimiento de las normas sea (los deberes ético-sociales), en consecuencia, al igual que Binding, indica también contenido del bien jurídico al considerarlo como un elemento más del tipo penal, rompiendo, esto, el alcance su contenido social, más allá de la norma, lo que el propio autor expresamente reconoció. Por esto, si bien Welzel conceptualmente reconoce contenido trascendente del bien jurídico, sin embargo, en su estructura sistemática, no recurre con un elemento inmanente cada norma.

En las tendencias políticas criminales desarrolladas en posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, propiciada extraterrestre vez afectaciones a los derechos humanos derivada de aquellas, se pronunció el interés puede respetar los derechos humanos comandos azules nuevamente favoreció el interés por la teoría del bien jurídico, en un orden de ideas liberal democrático, más garantista, que, en criminal, ha sido desarrollado el fortalecido como uno de los pilares más unidos el pensamiento de la segunda mitad del siglo XX.

este interés por el bien jurídico, el campo del derecho penal, se ha planteado sobre todo en la perspectiva político criminal del derecho penal, relacionando el concepto del bien jurídico con los fines de ley penal es decir, con la seguridad jurídica para la convivencia, partir precisamente, de la salvaguarda de los fines jurídicos de los miembros", dentro de las garantías de estado de derecho que recoge la ley constitucional. Esto implica, que una parte importante de la doctrina, que sustituir orientación político criminal del derecho penal, manifiesta precisamente con una tendencia constitucionalista, en sentido de plantear la necesidad de acudir a la constitución, como sede de donde aparecen establecidas las bases que determine una protesta punitiva del estado y bajo tal perspectiva es que entiende y ausentan el concepto del bien jurídico y el contenido y sentido de la ley penal en general. Cada vez, explica también las similitudes, infringe las nuevas tendencias políticos criminales, con orientación político criminal del rey, que sin duda su antecedente directo, donde si bien éste como el camino que distinguió entre derecho penal política criminal, encausado sus suturas sistemática del derecho penal, en la línea causal naturalista, las modernas orientaciones políticos criminales derecho penal, y en

cambio, precisamente menor que el contenido político criminal con los fines del derecho penal, los que naturalmente plantear una perspectiva bien distinto del derecho. Al respecto, a fin de precisar conceptos, debe tenerse presente que la constitución tiene por objeto regular las relaciones entre los gobernantes gobernados, señalando los derechos garantizados a favor de los últimos, fijando las bases del ejercicio de los primeros. Ese sí, determinando las relaciones entre la sociopolítica insensible. Los fines jurídicos, en cambio, observa una función que es mucho más exacta, alardes que también más amplia, toda vez que su contenido se necesita en las relaciones sociales concretas entre r los individuos, lo que precisamente implica al respecto a los bienes que tiene derecho. Por otra parte de orientación político criminal ha pronunciado también una tendencia social basada en el reconocimiento de que el bien jurídico de la premisa, el equipo éste, sólo fecha antecedente y sea "bien", en el contexto de los valores de la cultura.

Encuentra línea de ideas, expresó también que se derecho eminentemente un ámbito de relación social, el bien jurídico implica una forma de participación de la sociedad, lo cual es cierto por ello no definir contenido de que jurídico, por lo mismo sigue siendo necesaria precisión.

En síntesis, lo expuesto, vale señalar que las concepciones inmanente el colocado el bien jurídico dentro de la norma, y con ello no dejan sin contenido y función relevante, de manera que sólo le queda una función de carácter interpretativo en relación con los tipos delictivos y con su ubicación sistemática de orientación trascendente lista, en cambio, si bien ofrecer ventajas de traducir su contenido en una función real y de garantía para individuos en su ámbito social, conocida refleja mejor esencia del derecho, también plantea, sin embargo la dificultad sería de precisar su contenido más allá del derecho, en inteligencia de que siendo el bien jurídico, también, un concepto operativo para derecho penal, tiene que llevar el despacho conceptualmente un concepto de que "bien" en sentido trascendente proscibir concepto de que "sin jurídico" en la norma penal, dentro de sistema jurídico. Las tendencias inmanente, son formales y abstractas, por lo que bien jurídico puede ser reducido a una categoría valorativa. La trascendente lista, en cambio, sin bien reconocimiento bien jurídico en su contenido real y de interés social también recoge el riesgo de caer en organismos que, cuando así ocurre, sólo se limita a trascender su concepto del ámbito penal al ámbito constitucional, sin derivar de esto

toda la fundamental trascendencia que ello conlleva; o bien, cuando observan y reconoce su contenido social, y también corren el riesgo de convertir y trasladar el concepto del bien jurídico a un ámbito exclusivamente social, sin embargo su contenido y alcance dentro de sistema jurídico. De esto deriva la necesidad de K jurídico en su concepción trascendente, se entienda en el sentido de bien jurídico correcto inicial que proteger el derecho

Por otra parte, también es relevante señalar el riesgo de la inutilidad del concepto del bien jurídico cuando mediatizado, es decir, aún en la tendencias trascendente lista, que reconoce contenido social del bien jurídico, si éste quedará absorbido por contenido ético social de la norma y, por tanto, reducido a una categoría valorativa, se inhiben su contenido conceptual social propio, afectando su importancia garantista y de utilidad real para individuos, y por tanto también para derecho, en cuanto orden de relación social.

Las posiciones inminentes, observa una tendencia de conseguir el bien jurídico en torno al estado. En tanto que las trascendente lista sangrienta concepción en función de la persona. En estas últimas, a su vez, que planteando situaciones, por una parte, quienes en el análisis, reconociendo la persona en sus características e individualidad sea sobre una base y unos naturalista o racionalista, en sentido político criminal, procurando su entendimiento del ámbito de la realidad social en que se mueve; y, en la segunda posición, el concepto de persona puede ser recogidas en exaltación de su contenido en cuanto se reforma parte de la sociedad, , destacando tácitamente concepto de los social, con lo cual, esto último, decía y absorbe la importancia del reconocimiento de la persona en sí, entendida como ser humano, con sus características existenciales que exige respeto como individuos en su dimensión individualista y social y, que es el concepto que debe trascender tanto para el derecho, en cuanto orden de relación social, como para la sociedad misma, que debe ser entendida en función del hombre y no al revés. En síntesis, por razón de lo expuesto, el concepto del bien jurídico al cual nos esperamos, es naturalmente en su sentido trascendente y social entendiendo como un "bien" que tiene un cierto valor social y por lo mismo representa un determinado interés social el cual es recogido por el derecho, que, en reconocerlo le agrega el valor de lo jurídico identificando como un sea "bien jurídico". En tal sentido supone un concepto que gira alrededor de la persona humana, pero que, alardes reconoce que ésta, se encuentra inmersa en una necesaria relación social y, en función de esto, aparece también en una necesaria relación con el estado, el juez tiene el tercer-potestad de hacer vigentes contenido éti

co-social de la norma por vía función con chiquita penal, azufre relacionada con una función política y social que le es propia

III NUESTRA OPINIÓN

Sobre la base de la anterior exposición consideramos que bien jurídico, es un concepto fundamental del derecho penal en función del cual explica que justifica. El bien jurídico, debe ser entendido en sentido trascendente, es decir, materiales derecho mismo, entendiendo que el derecho reconoce los bienes, a los que les agrega el "valor" de lo "jurídico", constituyentes y los sea "bienes jurídicamente protegidos", pero no lo crea. Por otra parte, el contenido de los bienes, debe girar alrededor de la persona, entendida como entre social, y, en función de esto, es que se observan también una necesaria relación con la función del estado, el bien jurídico no tiene sólo un objetivo de interpretación de la norma y del ubicación sistemática. Su contenido fundamental surge del entendimiento de que la relación social que implica el orden jurídico y que se den función de la regulación de la consulta humana, se presenta precisamente en el interés de salvaguardar los bienes jurídicos de los individuos que forman parte de la comunidad social, y cuya salvaguarda de bienes, a cargo del estado por vía de su protección a través de los tipos penales. En la medida en que la relación social es cambiante, origina, como consecuencia, una relación que es dialéctica filmica, ante la necesidad de dar satisfacción a los intereses sociales y fines y contrapuestos en juego. implica el objetivo de la seguridad jurídica para la convivencia.

Dichos de o manera la persona humana es un ser eminentemente social, que se define en una relación social concreta y determinada, así, lo propia del individuo, en cuanto al ser social, en suspensión en esa realidad social, estableciendo una relación social concreta, en la que se sea la salvaguarda de bienes, cargo del estado, por vía de su protección a través de los tipos penales. En la medida en que la relación social es cambiante, origina, como consecuencia, una relación que dialéctica y dinámica, ante la necesidad de dar extracción a los intereses sociales afines y contrapuestos en juego.

El bien jurídico, por esto, no sólo una categoría puramente concepto jurídica abstractas, sino, por el contrario, es un concepto que implica una relación social concreta y determinada, que deriva de la realidad social de la que recoge una determinada y específica valoración cultural, que deriva de la relación social en que se mueve los hombres, en sus objetivos, expectativas y necesidades. Por razón, como ser tan acertadamente Bustos Ramírez, el que "bien" en la medida en que en captado por el derecho Se constituye en un sea "bien jurídico" que implica y se define como una síntesis normativa de una determinada relación social concreta dialéctica, que tiene por objeto la salvaguarda de un

concreto interés, individual o social, es protegido por la ley, dentro del ámbito situacional en que la propia ley lo recoge.

En este sentido, el bien jurídico aparece como un concepto fundamental de la realidad y de la relación social, que supone la presencia de intereses individuales objetivos, que exigen protección y salvaguarda, toda vez que su lesión opuesta en peligro, generar situaciones que concepto social que afectan de manera básica la seguridad jurídica y por tanto a la convivencia. Evitar conflictos y resolverlos, es, así, el origen de la salvaguarda de los bienes jurídicos penalmente protegidos, en manera de establecer y favorecer el mantenimiento de un sistema de convivencia pacífica, que permitan autorización de la persona que conviven en un seno

El concepto del bien jurídico, si entendido, evidentemente es político y final: político, porque es un ámbito medular de la relación social, y final porque responde siempre a un cierto sentido. Implica, también, un concepto que estableció un índice al poder punitivo del estado, toda vez que al mismo tiempo en que su salvaguarda supone una persona legitimadora de la función del estado y de su intervención, alardes, es asimismo del legitimadora cuando la intervención estatal no se traduzca en la protección y salvaguardar los mismos bienes jurídicos.

El concepto del bien jurídico, alardes que tienen contenido real y social. Que implica como presupuesto material de la conducta chiquita, también se perfila como un concepto fundamental en el contenido de tipicidad idéntica publicidad, que quiera conocerlo también como un elemento de ellos, con una función garantizadora, especifica en cada uno de dichos momentos de análisis, a partir del Nullum crimen sine injuria simultáneamente constituirse como un elemento fundamental en la formación del injusto a partir de que se inicia la lesión opuesta en peligro, afirmada en la tipicidad y confirmado el antijuridicidad, implica un factor limitante de la intervención del estado en su función punitiva, tanto para la delimitación del quantum de la pena, cuando en la definición misma de la función punitiva del estado, en el medida en que en aplicación de la pena, este último debe tener presente no sólo el sentido estrictamente punitivo de reacción del profesorado en contra del responsable, sin asimismo, debe tener presente que, en la imposición de la pena tiene fusión, debe entenderse también las dar satisfacción del intereses de víctima, por tradición causada a sus bienes jurídicos protegidos, ámbito este, en el que se debe cuidar la proporcionalidad entre la afectación causada por el delito y la afectación al frente potenciando con imposición de la pena, en términos de la prevención general especial. De aquí, la importancia de que el estado tenga en

cuenta, el contenido mismo de la pena, además de sentido estrictamente punitivo, de carácter restrictivo, también su sentido preparatorio, como parte de interés propio del estado para dar satisfacción al intereses de víctima, como una parte fundamental de la misma potestad punitiva del estado. Esto significa que la función fundamental del estado es el logro de la convivencia pacífica, bajo características de libertad y respeto los sea civil, que ese contenido fundamental de la social política.

Lo señalado sólo confirma la aseveración de ser la pena auto constatación del estado. Si el punto de partida es un estado de derecho democrático, éste, naturalmente se constata dentro de las características de su propio sistema, es decir, en las clases de relación social en que sea auto determina, ámbito, éste donde los bienes jurídicos juegan un papel que es medular.

Alardes que se reconoce que bien jurídico implica una síntesis normativa, es decir, que aparece recogido, valorando y reconocido por el derecho penal, asimismo parece individualizado, como algo concreto que implica un cierto valor reducido" social y, por tanto, entonces el mismo jurídico de cuenta de la relación social existente y de la dinámica, reconociendo que inició desde relación social, existen varios sujetos que interactúan, condicionados entre sí, en relación con objetos que representa un cierto valor social, por la utilidad que representa, valor de uso, valor de cambio o valores inactivos para sus poseedores, o incluso valor de uso, valor de cambio o valor estimativo para sus poseedores, o incluso valor inciden los entes, como nuevo es el valor de ser humano en sí.

A través del orden jurídico, el frente a la recuperación desde relación social y la protección de los ámbito fiscal misma clase social, seleccionados por el estado en representación de la voluntad social, con el fin señalado; en fin; a través de la norma establece la provisión opuesta actuación que definen la conducta social de cierto, con el propósito de que nosotros busca la lesión opuesta en peligro a los bienes que supone el interés social seleccionado por estado. Por esta razón, en injusto deriva de de la conducta física y antijuridicidad, Siria, en todos contenido, alrededor del concepto del bien jurídico.

En lo expuesto, deriva que delito no surge por la simple realización de una segunda sesión, sino que surge como consecuencia de una acción que causó una lesión un bien jurídico colofón en peligro.

IV BIEN JURÍDICO COMO PRESUPUESTO Y ELEMENTO DEL DELITO.

El bien jurídico, nuestro entender, como razón de su función aparece tardado en diversos momentos de la teoría general del delito, pri

mero como presupuesto de la conducta típica sea (que es la función de que nos venimos ocupando, en el presente capítulo) y después como uno de los componentes de la conducta típica, el análisis de la tipicidad y también, después, en antijuridicidad. El análisis el bien jurídico como presupuesto la conducta típica, reconoce con mayor facilidad su esencia como concepto que tiene un contenido trascendente del derecho penal.

Por otra parte, el propio concepto del bien jurídico aparece dentro de la teoría estratificada de los elementos del delito, con una específica función que también requiere ser analizada. En este sentido, aparece primero en la tipicidad, dentro de la cual exige ser revisada la conducta típica, en sus elementos objetivos, objetivos normativos, todos los cuales requieran ser contrastados con el contenido objetivo, sugestivo y normativos del tipo penal que normativamente previene el comportamiento.

En este sentido, la conducta, para que típica necesariamente exige ser visita de un bien jurídico, con la cual, concomitante se viole el contenido punitivo u demandado de la norma (vgr.: el tipo penal del robo, previene el artículo 367 de la conducta de ser "robar", orientada la protección del patrimonio, lo cual se conmina con una pena) así, no es la conducta de acción u omisión por sí sola la que resulta relevante para el derecho penal; para esto, en que es necesario que la misma tierra al bien jurídico, que, por esto, al menos femenina iniciaría, se presenta como relevante para el juicio de atribuí utilidad de la conducta típica al tipo penal correspondiente. En una segunda fase el análisis, será necesario, para que se confirme el injusto pena o delito en sentido estricto, que sirven la antijuridicidad de la conducta tica, que precisamente significa la confirmación de que, a la luz de todo el derecho, que lesión un bien jurídicamente protegidos, implicando, con esto, la presencia del injusto pena sea (o conducta típica y antijurídica) o delito en sentido estricto.

Bien jurídico como del valor del acto y desvalor del resultado frecuentemente. Se observa que la tipicidad aparece entendido como el ámbito de desvalor del acto un entendiendo por esto, que la norma sólo puede suponer la prohibición o mandato de conductas o comportamientos, lo que obviamente es congruente con el desierto de que el orden jurídico es un orden de recuperación de la cuna humana y de relación social y de que, en efecto el derecho no puede prohibir u ordenar de manera directa los resultados o los acontecimientos físicos, en la medida en que éstos sólo una consecuencia de la causalidad, y que responde únicamente características y normas jurídicas.

Esto sin embargo, no significa que el derecho no le interesen los resultados. El resultado causas de la conducta es de indudable interés para el orden jurídico, que, evidentemente manifiesta interés en evitarlo, pero tal manifestación no puede ser directa sino que necesariamente acontecer través de contenido de regulación de la conducta, la cual maneja, componentes de diligencia, permite afirmar que si suprimir la causa, alardes, se suprime también el resultado. Por esto, por vía del mandato o prohibición de la norma, el juicio de tipicidad implica también un ámbito inicial y primario del interés del derecho en el des valor no sólo de tanto, sino también el resultado, si bien entendido el último, en función de cerrar consecuencia del des valor del acto normativamente recogido. Así, el juicio de atribuí utilidad de la conducta típica en su ámbito situacional, al tipo descrito en la ley, dentro de la ámbito situacional en que la ley no como templa, significa, en tratándose del delito de resultado material, que se traduzca tanto la conducta como resultado, que la relación de una infinidad que la ley previene un viento a la conducta típica con el resultado típico, efectivamente señalado en el nexo de relación causal entre conducta y resultado típico.

En resumen, el derecho tome en cuenta tanto la conducta en si misma, como también, sobre la base de la experiencia, el resultado típico.

Al derecho le interesen tanto el contenido típico social de la conducta prohibida, como también contenido ético social del resultado, en la inteligencia de que si bien no puede prohibir los resultados de manera directa, si puede, en cambio aprovechando la existencia del conocimiento acerca del regular el desarrollo de los fondos naturales, prohibir las conductas que a su vez nos ocasiona. Esta afirmación, revela en el principio formativo que une tanto el delito consumado, como a las tentativas, cuyas versiones bastante menor de la de aquel. Tal des valor del acto aparece recogido en función del concepto del bien jurídico, es decir de la junta típica penal nace partir de la inicialización aún bien jurídico penalmente protegido, la cual *ipso facto* implica simultáneamente la violación al deberse de la norma.

En síntesis, al anterior consideración no invalidar el acierto de que la tipicidad es el ámbito del des valor del acto, entendiendo, éste, como el des valor de la conducta normativamente diseñada, que se refiere al al derecho cuando se refiere como un orden regulador de conducta social, y tal afirmación ofrece contra dicha por el d avergonzado, derecho de que el resultado material, implica también un elemento no hubo. Por esta razón, solo una vez analizada la conducta típica o antinorma

mativa a la luz de la antijuridicidad, será posible afirmar, en definitiva, que tan conducta implica la producción que un resultado que es antijurídico, y de aquí la afirmación de que la antijuridicidad es el ámbito del desvalor del resultado, lo que es aceptado en el sentido de que, sólo a través del desvalor de la antijuridicidad establece. De convergencia último entre contenido de la norma prohibitiva y del plan revelan permitida, que permita afirmar, en definitiva, la elección del bien jurídico, como presencia del injusto y, con éste, resultado delictivo. Finalmente la, el bien jurídico tiene un contenido garantizador fundamental, como una función de conocimiento, en la medida en que permite a todos los individuos miembros de la sociedad conocer aquellos implica un cierto valor cultural y jurídico, y que por lo mismo es protegido por el derecho penal y, con esto, centinela de la oportunidad de revisar las bases originan tal protección y valorar si la misma es o no justificado a la luz del interés social, que es un concepto históricamente determinado, lo que obliga a reconocer el bien jurídico un ámbito de valoración que es relativo y no resultó, determinando tempo-especialmente, permitiendo reconocer, con esto, su carácter eminentemente dinámico y dialéctico. Tanto el desvalor del acto, cuando el desvalor del resultado tiene una función garantizador en la medida y que, el desvalor del acto, implica uno, tener presente el alcance de que dictados del

El derecho exige que las relaciones sociales se den de una determinada manera y no de otra, en función de la convivencia. Por esto independientemente del contenido ético social de la propia conducta, el delito debe ser comprendido en sentido ético social de la propia conducta típica y antijurídica.

De aquí que el delito, debe ser observado no exclusivamente como un desvalor que esa misma conducta individual del agente, si no como un desvalor de la conducta individual del agente, si no como un desvalor que esa misma conducta implica para la relación propugnada por el Estado

CAPITULO VIGESIMO SEGUNDO LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO (11): LA TEORÍA DEL TIPO

SUMARIO: 1. Definición. 11. Ubicación sistemática. 11I. Función del tipo penal. IV. Evolución histórica de los conceptos de tipo y tipicidad. V. Clasificación de 105 tipos. 1. Tipos legales y tipos judiciales. 2. Tipos abiertos y tipos cerrados. 3. Ley penal en blanco. VI. Elementos del tipo. VII. El modelo lógico formal del tipo. VIII. Clasificación de 105 tipos en orden al tipo de delito. 1. Clasificación de 105 tipos en orden al modo de su realización. 2. Clasificación de los tipos en orden a la forma de su integración. 3. Clasificación de 105 tipos en orden a la forma de su consumación. 4. Clasificación de los tipos en orden al número de sujetos activos. 5. Clasificación de 105 tipos en orden al número de los sujetos pasivos. 6. Clasificación de 105 tipos en orden a la calidad del sujeto activo. 7. Clasificación de 105 tipos en orden a su forma de afectación del bien jurídico. 8. Clasificación de 105 tipos en orden a las características de la formulación de la conducta. 9. Clasificación de los tipos de los tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados. 10. Clasificación de 105 tipos en orden al resultado cortado o consumación anticipada.

1. DEFINICIÓN

Tipo penal es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, mismos que aparecen protegidos, en los términos del contenido preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley.

El tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista en todo su ámbito situacional por el legislador; en la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante; es, en síntesis, la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la ley penal para la protección de bienes jurídicos y que aparecen recogidas en todos y cada uno de los artículos del Libro Segundo del código penal mexicano, a su vez complementado con lo dispuesto en las normas y reglas prevista en el Libro Primero sobre la parte general del código penal.

En la inteligencia de que, en ocasiones, el legislador en un sólo artículo de la ley penal previene distintas conductas o formas de comisión

del delito, que aparecen diferenciadas en orden a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, en manera de que cada una de tales conductas supone un tipo específico; como también, otras veces" recoge en el contenido de la norma penal, en más de un artículo de la ley, como ocurre cuando en un artículo señalan el precepto y en otros su punibilidad (*Vgr.*: el homicidio simple se recoge en los artículos 302 + 307; y el robo en los artículos 367 + 370, etcétera).

La consideración del "tipo en su ámbito situacional", implica la presencia de éste con todas sus circunstancias, lo que significa individualizar tanto al concepto del tipo básico como al complementado y también sus demás características, como la forma de comisión: doloso o culposo, tentado o consumado, el grado de participación, etcétera.

El tipo es un concepto eminentemente descriptivo que si bien en un principio fue entendido como descriptivo de elementos objetivos, con posterioridad, fue reconocido con un contenido integrado con elementos objetivos normativos y subjetivos.

11. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El tipo penal, estructural mente, constituye el ámbito medular del contenido preceptivo de la norma. Su ubicación natural, por tanto, corresponde a la teoría de la norma, dentro del ámbito de la teoría general de la ley penal.

Primera del libro sobre la teoría de la ley penal, la teoría del tipo penal, encuentra su ubicación, funcional y operativa en la teoría de los

Presupuestos del delito, ámbito primero de la teoría general del delito, como un presupuesto jurídico del mismo, y, concretamente como el presupuesto jurídico de la conducta típica, que traduce la fundamental importancia del principio de legalidad, en la medida en que el tipo penal es precisamente el contenido medular del precepto de la ley penal. Son una derivación del mencionado principio, se afirma el principio de tipicidad que expresa que no hay delito sin tipo penal, lo que obliga a" revisar, a la luz del tipo, el contenido de la conducta típica en todo el ámbito situacional en que se presenta. la cual debe corresponder exactamente al ámbito situacional previsto en el tipo de la ley penal para ser inicialmente constitutiva de la tipicidad, primer momento del análisis estructural de los elementos del delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el tipo ha expresado:

El tipo delictivo de acuerdo con la doctrina puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena.

(*Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XCIX, página 2887, asimismo en el *Semanario Judicial tU la Federación*, tomo XVI, página 257, Sexta Época, Segunda Parte).

Asimismo ha señalado:

El tipo delictivo es indicio de antijuridicidad, más no fundamento de la culpabilidad. (*Semanario Judicial tU la Federación*, Volumen XXXIII, página 103, Sexta Época).

Y también:

Es bien sabido que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los Presupuestos a cuya existencia se haya una consecuencia jurídica; o en propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en los preceptos que lo definen y sancionan por el cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad.

(*Semanario Judicial tU la Federación*, tomo CCXXIX, página 535, Quinta Época)

III. FUNCIÓN DEL TIPO PENAL

El tipo penal tiene su importancia en función del principio de legalidad penal, relacionado con el principio de tipicidad. Así el tipo penal realiza las siguientes funciones:

a) Función garantizadora. Siendo el tipo concreción del principio: *nullum crimen nulla poena sine lege*, garantía para los miembros de la sociedad, en el sentido de que sólo puede ser delito aquello que aparece previsto como tal en un tipo legal contenido en la norma de la ley penal. El ciudadano, en consecuencia, sólo a partir de la existencia de la ley penal puede cometer delitos en la medida en que viole la norma respectiva al lesionar bienes jurídicos protegidos por la misma.

b) Función indiciaria (de la tipicidad). La existencia del tipo legal penal es el punto de partida de la tipicidad que realiza una función indiciaria en tanto que supone el indicio de un injusto, es decir, es indicio acerca de la posible existencia del delito en sentido estricto o lo que es lo mismo. la tipicidad es *ratio conosceruli* de la antijuridicidad. En efecto, la existencia del tipo legal normativamente señala y define cuáles la conducta social deseada a partir del señalamiento de cuáles son las conductas prohibidas u ordenadas en la esfera penal y tal contenido implica la antinormatividad de la conducta típica que es atribuible al tipo. Por esta razón se observa que la tipicidad, en cuanto afirmación de la conducta típica, plantea, de entrada, que una conducta es contraria a lo que la norma de la ley penal ordena o prohíbe; empero, tal juicio para

ser constitutivo de delito aún requiere ser valorado a la luz de la antijuridicidad y las valoraciones específicas que la misma implica y que se recogen en las reglas permisivas. Por este motivo, con razón se afirma que el tipo implica una función indiciaria de la antijuridicidad.

Otra posición doctrinal, considera que la tipicidad no es *ratio conosciendi* de la antijuridicidad, sino que es verdadera *essendi* de la antijuridicidad, lo que significa que identifica el contenido de la tipicidad con el de la antijuridicidad. Entiende así, que, dada la tipicidad, en la misma se encuentra ya contenida la esencia misma de la antijuridicidad; así acontece de manera particular con quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes la antijuridicidad pasa a ser contenido de los elementos negativos del tipo y, por tanto, las causas de Justificación se suman y traducen en causas de atipicidad.

Por nuestra parte, en la medida en que compartimos la teoría dualista de la norma, entendemos que el tipo observa un contenido propio de carácter normativo, en cuanto señala la conducta social deseada, que evidentemente supone una específica finalidad normativa que es fundamental para el derecho, en cuanto orden de relación social y de regulación de la conducta humana en función de los fines de seguridad jurídica para la convivencia, por vía de la protección, y salvaguarda de los bienes jurídicos. Así, este ámbito es distinto de aquel otro, de la antijuridicidad, en que en éste, se dan otras valoraciones propias del derecho en general, a partir de las cuales se plantean las reglas de permiso que neutralizan la antinormatividad derivada del contenido prohibitivo o preceptivo de la tipicidad, legitimando las conductas que caen en sus supuestos, y generando, como consecuencia, la inexistencia del delito. En síntesis, entendemos que esta función indiciaria en realidad no es

I una función propia del tipo, sino que, con mayor precisión es una función propia de la tipicidad, respecto de la antijuridicidad.

c) Función fundamentadora. Complemento de la función de garantía, sobre la misma base del principio de legalidad, aparece la función fundamentadora del tipo, en el sentido de que no puede ser imputado a una persona un hecho criminoso si el mismo no aparece establecido jurídicamente en un tipo penal.

d) Función de instrucción. El tipo penal implica una función de instrucción, en la medida en que instruye a los miembros de la sociedad civil, acerca de cuál es la conducta social deseada en función de la relación social, propugnada por el Estado, a su vez, expresión de la voluntad de la sociedad civil, determinando el espacio social delimitado por el campo penal y, consecuentemente, observa en este sentido, una función de conocimiento acerca de cuales son los comportamientos que están prohibidos u ordenados, para evitar la lesión o puesta en peligro de

bienes jurídicos, que, a su vez, implican la propuesta de solución a las situaciones de conflicto social que estén a la base del derecho penal.

e) Función preventiva general. La función instructora a su vez, da origen a una función preventiva general de la ley penal, que tiene un doble sentido: previene el delito al instruir señalando cuál es la conducta social deseada, a través del precepto de la norma (mandato o prohibición) y, por otra parte, lo hace en forma vinculatoria y efectiva por vía de su conminación con una pena (punibilidad o coercibilidad de la ley penal) con lo que señala cual será la respuesta social punitiva para quienes infrinjan la ley, al lesionar los bienes jurídicos.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONCEPTOS DE TIPO Y TIPICIDAD

La teoría del tipo y, consecuentemente, la teoría de la tipicidad encuentran su origen con Ernest Von Beling, cuando con su obra intitulada: *Die Lehre von Verbrechen*, en el año de 1906, precisa el alcance sistemático del esquema causal naturalista del estudio del derecho penal, iniciado por Franz Von Litz, el cual había propuesto el análisis atomizado del delito a partir de los elementos de la conducta, antijurídica, culpable y punible. (Ver el capítulo de metodología).

Frente a este esquema, Beling incorpora el concepto del *Tatbestand* o tipo y, en relación con éste, desarrolla su teoría del tipo entendiendo, que para ser constitutiva de delito la conducta debe ser típica, a partir del principio de legalidad, es decir, debe aparecer prevista en la ley penal como un tipo penal, y de aquí, la necesidad de estudiar como principal elemento en el análisis del delito, la tipicidad, dentro de cuyo

Contexto aparece recogido el estudio de la conducta. Sólo después de haber concluido ese primer análisis (tipicidad), corresponde, como segundo momento de análisis, el estudio de la antijuridicidad, para concluir, después, con la culpabilidad, no siendo ya necesaria, la punibilidad, toda vez que al estar identificada la conducta, como típica penal, se hizo innecesaria ya la punibilidad como el elemento diferenciador penal de la conducta antijurídica, que fue precisamente el motivo por el cual von Litz la había recogido en su esquema analítico.

El concepto del tipo que sirvió para conformar el modelo de análisis del delito, conocido como esquema Litz-Beling, que surgió en el año de 1906, tenía un contenido eminentemente objetivo, en el sentido de hacer entender que el tipo hacía referencia, precisamente, a todos los elementos física y naturalísticamente observables.

El concepto aparece modificado por el propio Beling, en la segunda versión de su teoría, planteada en el año de 1930, en donde el concepto de tipo, que el autor refería como el "delito-tipo", aparece ahora

Conformado ya no en un sentido estrictamente objetivo, sino que, ahora, el nuevo concepto del tipo es recogido en un sentido abstracto y general que admite la incorporación de componentes valorativos, mismos que recoge en el concepto que denomina, como "figura del delito", o "especie delictiva" (los italianos hablaron también de la *fattispecie legale*) que fue distinguido del concepto inicial objetivo del "delito-tipo".

En este orden de ideas, el mencionado autor observó que el delito aparece conformado con una pluralidad de elementos, unos de naturaleza externa y objetiva, con lo que estimó que quedaba caracterizada la antijuridicidad, y otros de naturaleza subjetiva que habrían- de conformar la culpabilidad, configurando el concepto unitario de la especie delictiva o figura delictiva, ahora entendida fundamentalmente como una "imagen rectora" o tipo "regens" que, en su opinión, es el que rige y preside a la figura delictiva misma. Al reconocer tal contenido, naturalmente el nuevo concepto del "tipo penal" aparece ya no en sentido estrictamente objetivo sino ahora espiritualizado con el contenido también normativo y subjetivo, que define el concepto de tipo "rector". Tal evolución en los conceptos, entre los años de 1906 y 1930, naturalmente obedece a la evolución misma que la doctrina penal había, alcanzado en esta época y que corresponde a la evolución derivada del esquema causal naturalista, al nuevo esquema causal valorativo, que se impuso en la doctrina penal de ese tiempo.

" Así, entre otros aspectos, fue relevante el descubrimiento de los elementos subjetivos, cuando en el año de 1911, Fisher, las derivó del derecho privado, para después ser profundizadas por Max Ernesto Mayer, 10 que llevó a la nueva configuración del contenido de la antijuridicidad, como también de la culpabilidad, en la inteligencia de que, respecto de esta última, el existente concepto de la culpabilidad psicológica, ante su nueva composición valorativa, nevé a la culpabilidad normativa desde el año de 1907. Lo anterior, a su vez, supuso un avance importante en el derecho penal, puesto que, la sistemática imperante en ese entonces, suponía el esquema del injusto-objetivo, culpabilidad-subjetiva, de aquí que, reconocer los elementos subjetivos del injusto, trasgredía el aspecto medular de la sistemática hasta entonces sostenida, al afirmarse, ahora, que el injusto, conformado por la conducta típica y antijurídica, no resultaba ser tan objetivo como se había supuesto, sino que también suponía aspectos subjetivos. En adelante, ese nuevo concepto nevaría a un importante cambio sistemático que, con el tiempo, ubicaría al dolo en el tipo.

De igual manera, en la misma época, como se ha citado, la ciencia del derecho penal, planteaba otro cuestionamiento, ahora, en el ámbito de la culpabilidad, la que hasta entonces había sido estimada en sentido

estrictamente subjetivo, afirmando el concepto de la culpabilidad psicológica, como nexoo de relación entre la voluntad del sujeto, y la conducta y el resultado típicos, planteándose una nueva posición con el aporte de la orientación normativita, en el sentido de considerar la culpabilidad, más que subjetiva, como un juicio de valor (normativo) acerca de la responsabilidad de la persona. Es decir, más que ser una relación psíquica de la voluntad de la conducta con el resultado jurídico de lesión al bien jurídico' (el querer el delito), lo que dejaba fuera a la culpa, especialmente la culpa inconciente; la culpabilidad, resultaba ser ahora, el reproche al autor por el injusto cometido, como lo revelaba Frank desde 1907, quien sin embargo mantuvo al dolo y a la culpa en la culpabilidad, lo que siguió ocurriendo con no pocos autores, quienes rectificaron el camino original del causalismo naturalista en la dirección que planteaba, en esta época, el causalismo valorativo, lo que ocurre también con Mezguer, quien en el mismo tenor de ideas, entendiendo a la culpabilidad en sentido normativo, incluye, ahora, al dolo como un concepto que necesariamente exigía la conciencia de la antijuridicidad, es decir, siempre como un dolo culpable o dolo malo.

A su vez, Goldmish, tuvo también, una importante participación en esta evolución, en la medida en que consideró al dolo como un dato psicológico, que resultaba ser un presupuesto de la culpabilidad, con lo que, asimismo, aparecía modificado el modelo causal naturalista del esquema Litz-Beling. .

Este orden de ideas derivó del avance impuesto por el neokantismo valorativo de Von Weber, en 1929 y 1935, como asimismo de Alexander Graf Zu Duhna en 1936, sobre la base fundamental de la nueva estructura en la sistematización de la teoría del delito impuesta por el finalismo de' Hans Welzel, en los años treintas, quien en su segundo esquema, revisado, recogió los conceptos del dolo y .de la culpa en el tipo, entendiendo al dolo como la voluntad y fase interna, psicológica, de la conducta, dejando a la culpabilidad como un concepto depurado, en sentido estrictamente normativo, significando sólo el reproche, con lo que suponía un concepto básicamente graduable.

Fue, pues, el pensamiento que derivó del neokantismo valorativo, el que llevó a la concepción que hoy permite reconocer la fundamental relevancia de la teoría del tipo, como también, consecuentemente, de la teoría de la "tipicidad" (*Tatbestandsmiissigkeit*), la cual, a su vez, permitió incorporar el contenido garantista que implicaba el principio de legalidad penal.

Vale señalar que si bien, el *inicio* de la teoría del tipo corresponde formalmente a Beling, sin embargo, debe reconocerse, que desde principios del siglo XVIII, ya en el año de 1805, Stubel, y después otros auto

res, manifestaron expresiones que fueron un antecedente claro del concepto del tipo, en tanto que hicieron referencia a un concepto que, como contenido, suponía la unión de los caracteres internos y externos de la infracción penal.

Finalmente, vale mencionar, también, que el "tipo de delito", tiene su raíz en el concepto del "*corpus delicti*", el cual sin embargo, observa un contenido eminentemente procesal y garantista. Recuerda Pietro Elero que el concepto "Cuerpo de delito" corresponde al de "acción punible" que a su vez, en su concepto, corresponde a un hecho objetivo, por esta razón, al separarse y diferenciarse el concepto "tipo de delito" del de "*corpus delicti*", el primero aparece entendido como la suma de todos los caracteres o elementos del delito, según recuerda Jiménez de Asúa.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

1. Tipos legales y tipos judiciales

Por tipo legal se entiende el previsto en la ley penal, derivado de la función del legislador, fuente única de producción del derecho penal.

El concepto de tipo judicial, en cambio, deriva de la admisión, existente en algunos países, de una función integradora y verdaderamente creadora de la ley penal a partir del órgano jurisdiccional, que naturalmente rompe con el principio de legalidad. Tales casos, sin embargo, son mínimos y sólo se han manifestado en determinadas circunstancias históricas, que los han favorecido.

En efecto, en determinados momentos históricos caracterizados por la presencia de estructuras de poder autoritaristas, de corte fascista o totalitarista, se han reconocido fórmulas de este género que generalmente no han subsistido en el tiempo. Como ejemplo de éstas, vale recordar la reforma legal incorporada al Estado nacional socialista alemán, que incorporó diversas reformas a su ley penal, entre las cuales, en 1935, la analogía penal, que declaró punible el acto que merece ser punido en base al concepto del sano sentimiento del pueblo, que

sustituyó el contenido del artículo 2 de su ordenamiento penal. A su vez, el ordenamiento penal soviético, incorporó una orientación que encontró su cauce en el código penal ruso, de 1926, artículo 6, expresando como acción socialmente peligrosa la dirigida en contra del régimen soviético, y el artículo 7 siguiente, sancionaba el acto peligroso, fuera por su vinculación a. un medio peligroso o por su pasado y se reconocía a la analogía como fuente de creación del delito y de la pena; el Proyecto Crilenco de esta época, incluso, negó a suprimir del ordenamiento penal la parte especial. Actualmente Dinamarca reconoce expresamente

en su ley penal a la analogía como fuente de creación de tipos o penas, sin embargo, en la práctica al parecer no ha encontrado aplicación.

Vale observar que, en realidad, prácticamente todos los tipos delictivos al momento de su interpretación por el órgano jurisdiccional, en su aplicación al caso concreto, exigen, dentro de ciertos límites, en el contexto de su misma interpretación, de una cierta necesidad de completar el contenido del tipo penal en los términos de lo previsto por el texto de la ley, sin embargo, tal interpretación no debe de ser a tal grado extensa que sustituya el sentido de lo que es la interpretación para caer en lo que constituye una verdadera integración del tipo, ámbito que, como fue señalado al tratar los temas de las fuentes de producción del derecho penal y de la integración, aparece expresamente prohibido por el principio de la legalidad y por el principio de la exacta aplicación o reserva de la ley penal.

Como ejemplo de tal señalamiento, relacionado naturalmente con el alcance del tipo judicial, vale recordar el caso de los tipos abiertos, que en cierta medida observan su presencia en relación con los delitos culposos y sobre todo en los delitos de omisión impropia, casos en los cuales, es necesario que el juzgador integre el tipo para precisar sea el contenido de la violación al deber de cuidado, y sobre todo el de la posición garante.

2. Tipos abiertos y tipos cerrados

La elaboración y redacción de los tipos penales oscila entre los polos en que se da el tipo precisado de manera completa en la descripción del texto de la ley penal, denominados regularmente como "tipos cerrados", y que pueden presentarse en redacción que incluso puede resultar hasta técnicamente criticable, cuando es excesivo, como es el caso de los "tipos casuistas", en la inteligencia de que a mayor número de elementos exigidos por el tipo, naturalmente es menor el número de casos que resultan regulados, y, por tanto, es mayor la posibilidad de que puedan quedar sin adecuada o suficiente regulación otros casos no contemplados como efecto del excesivo casuismo.

En el polo opuesto, aparecen los casos de los "tipos abiertos", en donde el tipo no individualiza suficientemente la conducta prohibida, por lo que obliga al juzgador a integrar el contenido del tipo, para terminar de individualizar lo que la ley no precisó, con lo cual, naturalmente, se puede dar lugar a problemas de inconstitucionalidad, como consecuencia de que conforme al principio de legalidad, sólo la ley misma puede determinar los tipos delictivos y las penas correspondientes y el juez no puede integrar los tipos o penas, sino sólo interpretar la ley precisando su alcance.

3. *Ley penal en blanco*

Una forma específica del tipo abierto, es la así denominada 'ley penal en blanco', donde la ley penal previene la pena para una conducta que deja sin definir, por lo que esta última queda sujeta a interpretación, si bien, en ocasiones, la propia ley señala que para su entendimiento deberá efectuarse reenvío a otra ley en donde se explica el contenido de la conducta.

Aquí, el problema más delicado se presenta cuando la regla de reenvío aparece recogida en una ley en sentido material pero no formal, es decir, que se trate de un ordenamiento que no necesariamente reúna las características de una ley, como ocurre con los reglamentos, lo que naturalmente origina cuestionamientos sobre su posible inconstitucionalidad. (*Vgr.*: en relación con los delitos contra la salud, en ocasiones la ley penal en diferentes países hace reenvío para integrar el contenido de lo que debe entenderse como estupefaciente o narcótico, a las listas de medicamentos o sustancias que las refieren como tales y que a veces aparecen previstas en leyes, pero en otras ocasiones, los más, se recogen en reglamentos e incluso en circulares sanitarias.) Si el reenvío es en relación con una ley el problema es evidentemente menor y superable, pero no siendo así, debe reconocerse que el cuestionamiento es severo.

En igual forma, como en relación con la orientación político criminal de un ordenamiento penal, es posible observar la presencia de normas que responden a un concepto de derecho penal de acto, o bien a un derecho penal de autor, haciendo referencia a las características del encuadramiento punible, es decir, si el derecho penal pone por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable o bien, si traduce el alcance de su punición a las características de la persona del autor.

Se habla, así, de "tipo de acto", cuando la previsión legal del comportamiento previsto como delito en la ley penal, corresponde a comportamientos derivados de la conducta u omisión prohibidos u ordenados por la ley penal. En sentido diverso, el concepto del "tipo de autor", en general observado con recelo por el derecho penal liberal, implica la punición más que por la comisión de la conducta delictiva en sí, que causó el delito, por la personalidad del agente, que se considera como peligroso, en la inteligencia de que aun cuando el delito se llega a delimitar por el hecho, éste, se considera básicamente como meramente sintomático de la personalidad del autor. (*Vgr.*: el tipo de robo más que prohibir la conducta del robo en sí, como hecho cometido contrario a la ley y lesivo de bienes jurídicos, se orienta a castigar al individuo por su personalidad proclive a cometer robos; no se castiga la conducta

realizada sino la personalidad del sujeto, y, en todo caso, la conducta aparece entendida fundamentalmente como un síntoma de la personalidad peligrosa del agente.)

En síntesis, esta concepción del derecho penal de autor, se orienta a punir más que al "hacer", al "ser" y a la "forma de ser", lo que evidentemente trastoca al contenido ético social de la norma, para traducirlo en un contenido moral y ético individual de la persona, lo que está más allá del cometido del derecho, en cuanto orden de regulación de la relación social.

VI. ELEMENTOS DEL TIPO

En términos generales el análisis de los elementos del tipo aparece hoy reconocido con la presencia de los elementos descriptivos objetivos, normativos y subjetivos, ámbitos, éstos, en los que parece haber hoy general consenso en la doctrina penal, después de un proceso de evolución iniciado a principios del siglo xx.

En México, la legislación penal ha recogido tales conceptos, que, en la actualidad incluso encuentran apoyo en el nivel mismo de la ley constitucional, la cual, atento a la reforma incorporada en 1993 expresamente los invoca en los artículos 16 Y 19, Y sobre tal base, aparecen recogidos en el código penal, en los artículos 9 Y 15 fracción 11, reformados en enero de 1994, y aún más claramente en el Código de procedimientos penales para el Distrito Federal (artículo 122), como en su correlativo del código federal de procedimientos penales (artículo 168) que, no sólo se refiere a los elementos del tipo, sino que en verdadera interpretación auténtica, expresamente procuran precisar su alcance.

VII. EL MODELO LÓGICO FORMAL DEL TIPO

Para el análisis de los elementos del tipo, aprovechamos la precisión metodológica que ofrece el esquema del modelo lógico formal del tipo, fundado en el cálculo funcional y la lógica formal, siguiendo el metodológico de síntesis.

A fin de evitar duplicidades entre el análisis de los elementos que integran la teoría del tipo, que atendemos en esta sede, respecto del similar análisis que corresponde estudiar en la tipicidad, a partir de la Conducta típica Y su' atribuibilidad al tipo, en el presente análisis del tipo limitamos la referencia a la sola exposición esquemática de los elementos que lo integran, sin entrar al estudio del contenido de cada uno de ellos a fin de, atender este último en el análisis de la tipicidad por estimar que precisamente esto es lo que se constituye en su objeto de estudio.

El análisis del tipo implica i te, es decir, de la *lege lata* o ley formal preceptual de la ley penal vigente y estática. En la tipicidad, en cambio, el mismo análisis implica un derecho, en cuanto orden de regulación sentido y contenido social del esto, supone un contenido eminentemente de la conducta y.. en función psicología inductiva que parte de la con mente dinámico bajo una al tipo penal. A partir de la conducta típica, al estudio de su *lege* ocupa del estudio estratificado de los esto, toda la teoría del delito, si dicha conducta típica puede ser elementos del delito, para a la luz de los elementos estructurales considerada como delito también culpabilidad. ,de la antijuridicidad y de la formal del tipo tiene su base en la

El análisis del modelo lógico formal, manifestada como una de Orientación del positivismo neokantismo, como reacción al causalismo las expresiones derivad, de la vertiente de,"esta del propio, naturalista, que a su vez era sostenido cientifisista, basado en el positivismo, en la dialéctica de su "probable por la experiencia, como base El modelo lógico formal del tipo distingue entre los conceptos "tipo típico" y del "tipo de tipo", El primero, corresponde a la descripción de la figura típica elaborada por el legislador, es decir, es la expresión simbólica de la descripción típica. El "tipo de tipo" en cambio, implica una construcción ideal de la teoría, e implica un conjunto lógico abstracto que en sus subconjuntos contiene los elementos de todos los tipos típicos prevista en la ley penal; no corresponde, pues a un tipo específico de la ley penal, sino a una construcción ideal que contiene todos los elementos que podría tener un tipo penal; es un esquema universalmente válido acerca de la estructura sintáctica general del tipo. Éste, es el concepto que a continuación utilizamos para el análisis lógico formal

El formalismo de esta metodología es útil para entender el derecho como un orden jurídico dado (estático), por otra parte, como metodología para el derecho, en su contenido y sentido dinámico, que corresponde al del derecho, en cuanto a orden de relación social que

necesariamente tiene que ser dinámico, dialéctico, dialoga) y de comunicación, el método más adecuado es el seguido en la teoría del delito.

Por la razón expuesta, compartiendo el interés por las ventajas que ofrece la precisión lógica del método, así como la precisión del lenguaje, se considera como una eficaz vía para el estudio analítico del tipo, pero insuficiente para el estudio del derecho en su dinámica.

El modelo lógico formal del tipo distingue entre los conceptos "tipo típico" y del "tipo de tipo", El primero, corresponde a la descripción de la figura típica elaborada por el legislador, es decir, es la expresión simbólica de la descripción típica. El "tipo de tipo" en cambio, implica una construcción ideal de la teoría, e implica un conjunto lógico abstracto que en sus subconjuntos contiene los elementos de todos los tipos típicos prevista en la ley penal; no corresponde, pues a un tipo específico de la ley penal, sino a una construcción ideal que contiene todos los elementos que podría tener un tipo penal; es un esquema universalmente válido acerca de la estructura sintáctica general del tipo. Éste, es el concepto que a continuación utilizamos para el análisis lógico formal abstracto y simbólico del tipo, al que nos referimos denominándolo exclusivamente como "tipo". Naturalmente el análisis de un cierto tipo delictivo en particular, deberá ser hecho precisamente en base a sus específicos elementos.

El tipo, en el modelo, comprende dos subconjuntos generales: el primer subconjunto aparece conformado por los elementos típicos que no lo son del delito en sentido estricto; sino que son los "presupuestos típicos del delito", y que son aquellos antecedentes jurídicos o materiales, previos a la realización de la conducta típica, de cuya presencia depende la existencia del delito o su grado de punibilidad. El segundo subconjunto aparece integrado con los elementos que sí son constitutivos del delito, y que son aquellos que surgen al momento de la realización de la conducta típica,

En opinión de quienes sustentan la teoría, el primer subconjunto aparece conformado con los presupuestos típicos siguientes:

- La norma (N); .
- El bien jurídico (B);
- Objeto material (M);
- El sujeto activo (calidad, número) (A1, A2);
- El sujeto pasivo (calidad, número) (PI, P2);
- Elemento innominado

El segundo subconjunto de los elementos del tipo, en la teoría del modelo lógico formal, aparece integrado con los elementos que sí son

constitutivos del delito, y son aquellos elementos que surgen al momento de realización de la conducta típica misma. Estas son:

1.-La conducta típica (o Kernel de la conducta) (K):

a) La conducta (con sus elementos):

Voluntad dolosa (1) Voluntad culposa (12)

Actividad (11) o inactividad (12)

b) El resultado material (R)

e) El nexo causal (U)

d) Los medios (E)

e) Las referencias temporales (G)

j) Las referencias espaciales (S)

g) Las referencias de ocasión (F)

11). La lesión (W1) o puesta en peligro (W2) del bien jurídico (B)

(formando parte de un subconjunto independiente del mismo subconjunto dos).

111). La violación (V) (entendida como la violación a la norma,(H)

contenida en el deber de obrar o de abstenerse, integrado también en un subconjunto independiente de los anteriores).

Originalmente la teoría del tipo incluyó los conceptos del nexo causal y de la antijuridicidad, que posteriormente fueron eliminando el primero por ser un concepto no propio del ámbito normativo, y sustituido el segundo por el contenido de la violación al deber jurídico contenido en la norma y también por el de la lesión al bien jurídico.

En síntesis, la fórmula simbólica que conforma el tipo penal (tipo de tipo), en general queda expresada en los términos siguientes:

T= [(NB) (AI, 2)(P),2) M] [(11 J2) (11 12) (R E G S F) (W] W2) (V) (X)]

Tales elementos conforman la estructura sin táctica del contenido del tipo, pudiendo ser definido cada uno de sus elementos, en los términos siguientes:

1) N= Norma de cultura, que es el mandato o prohibición reconocido por el legislador, e implica el reconocimiento del mínimo ética social.

.2) B= Es el valor objetivo que la ley penal protege como bien jurídico (es el interés social, individual o colectivo, jurídicamente protegido).

3) M= Objeto material es el ente corpóreo o sobre el cual recae la acción de la conducta típica.

4) A (A1, A2, M, A4)= Sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica que lesiona el bien jurídico protegido, violando la norma contenida en el tipo. Su análisis se desarrolla en relación con diversos 3: aspectos del sujeto activo que ofrecen relevancia jurídico penal. Se analiza, así, el sujeto activo calidad (A1) y número (A2) como también aspectos vinculados con la voluntabilidad (M) la imputabilidad (A4) y la calidad garante (AS).

.5) P (P1 Y P2)= Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido que resulta lesionado o puesto en peligro, a consecuencia de la conducta típica. Su estudio analiza los conceptos relacionados con el sujeto pasivo calidad (P1) y número (P2).

6) 11= Conducta por acción, es la actividad voluntaria dirigida a la causación de un resultado típico (es la exteriorización de la voluntad finalísticamente determinada).

7) 12= Conducta por omisión, es la inactividad voluntaria que tiene como resultado un fin típico.

8) J1 = Voluntad es la capacidad de dirigir finalísticamente la actividad o la inactividad. Voluntad dolosa es la voluntad dirigida a la concreción de la parte objetiva y normativa del kernel de la conducta. El dolo es el elemento subjetivo del tipo.

9) J2= Voluntad culposa en la conducta típica, es el querer, que aparece dirigido hacia un fin atípico, pero que lo causa, como resultado de la violación a un deber de cuidado, en la selección de los medios para su eficacia.

10) (R)= Resultado es la consecuencia y efecto natural típico de la conducta.

11) (U)= Nexo de causalidad es la relación que une a la conducta como causa, con el resultado material, como su consecuencia. El posterior desarrollo del modelo, determinó la eliminación de este concepto como elemento del tipo, por entender que en el ámbito de lo normativo (que es el propio del derecho, en el que se da el tipo), no pueden darse de las relaciones de causalidad, que son exclusivas del universo fáctico naturalístico. .

12) (E)= Medio es el instrumento o actividad distinta de la conducta, empleada para realizar la conducta o producir el resultado.

13) (G)= Referencias temporales, son condiciones de tiempo, dentro de las cuales ha de realizarse la conducta o producirse el resultado, previstos en el tipo.

14) (S)= Referencias espaciales, son las condiciones de lugar o espacio en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado, previstos en el tipo.

15) (F)= Referencias de ocasión, son las situaciones especiales generadoras de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para la realización de la conducta o producción del resultado, previstas en el tipo.

16) (WI)= Lesión es la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico protegido.

17) (W2)= Peligro de lesión, es el grado de probabilidad de destrucción, disminución o compresión del bien jurídico.

18) (V)= Violación es la infracción a la norma de cultura reconocida por el legislador.

El contenido de la fórmula simbólica general del tipo, en el modeló lógico formal, es la siguiente:

Simbología:

N = Deber jurídico

B = Bien jurídico

A1 = Sujeto activo calidad

A2 = Sujeto activo número

P1 = Sujeto pasivo calidad

P2 = Sujeto pasivo número

M = Objeto material

K == Kernel

) = Voluntad

)1 = Voluntad dolosa

)2 = Voluntad culposa

11 = Actividad

12 = Inactividad

R = Resultado material

E == Medios

G = Referencias temporales

S = Referencias espaciales

F = Referencias a la ocasión

W = Lesión puesta en peligro del bien jurídico

V = Violación del deber jurídico. I

X = Variable de holgura

Al atenderse el análisis de la tipicidad como el merito del delito, Naturalmente será necesario hacer referencia al contenido de los elementos típicos, en función de la conducta típica.

En nuestra opinión el modelo lógico formal, del tipo constituye un considerable avance en la metodología para el estudio de los elementos integrantes del tipo. Por tal razón es que' su análisis s~ atiende precisamente conforme al mismo. .

Permite, así, dicha metodología, en nuestra opinión, analizar los tipos penales, básicos o complementados, en cuanto orden jurídico existente, es decir, en cuanto análisis estático del derecho como orden

Jurídico dado; en tanto que el método más adecuado para atender el contenido social del derecho como un orden jurídico dinámico, lo es la teoría del delito, que precisamente intenta ser la vía de análisis. dogmático y técnico que permita traducir el alcance de ese contenido social que cumpla satisfactoriamente ese objetivo de regulación de la conducta social que tiene el derecho, precisamente a partir del análisis de la conducta típica, en función de su atribuibilidad al tipo, con el posterior análisis de la antijuridicidad, para determinar la posible conformación del injusto penal, y el siguiente análisis de la culpabilidad, para integrar unidos, los presupuestos de la punibilidad, los que a su vez exigirán aún del estudio de las causas que impiden o cancelan esta última, para que el derecho penal pueda cumplir su función de imposición de la pena a las personas que resulten ser responsables de la comisión de un delito.

Este fundamental ámbito del derecho penal, para su cumplimiento, requiere de interpretar la ley no sólo a la luz de su expresión textual, sino, también de su sentido mismo como orden de regulación de la conducta humana para los fines de convivencia, en función de los objetivos de equilibrio y paz social, a partir de la seguridad jurídica, en relación a su vez con la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, lo que exige, partir de la definición constitucional del estado de derecho de que se trate, y el alcance de su definición, en términos de la decisión política fundamental del Estado, reconocida y recogida constitucionalmente, como también de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados, aspectos éstos, todos, en los que lo mismo el contenido de la democracia, como el respeto al individuo en su dimensión individual Y social, que precisamente implica el respeto a los derechos humanos, y tantos otros, tienen un contenido social-cultural histórico que no puede ser pasado por alto en la interpreta

ción de la ley, y, consecuentemente, en la conformación de la dogmática jurídica.

Esto supone una metodología distinta del análisis sin tático de la ley. Aquí el análisis no parte al texto de la ley, sino a partir del contenido del propio texto de la ley, en manera tal de que el concepto de delito, se analiza desde la conducta típica, la cual naturalmente, está estructurada en lo que a su atribuibilidad al texto de la ley. Esto explica ti porque es frecuente que en el estudio del derecho penal no resulte extravía la sistemática seguida por algunos autores de partir del estudio de "casos" (casos de la realidad social o casos de laboratorio) con el fin de estudiar á través de los mismos la función de las diversas instituciones jurídico penales.

Finalmente, en relación con la fórmula del modelo del "tipo" es pertinente observar que la misma responde a un criterio de estructuración cronológica, pero que también puede responder a un criterio funcional como el siguiente:

$$T = [(BN) \gg [(W1, W2) (V)] [(11, 12) 01, j2) (M) (R) (E) (G, S, F, L) \\ (A1, A2, A3, A4) (P1, P2), (X) \gg$$

VIII. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN AL TIPO DE DELITO

Clasificación de los tipos en orden al modo de su realización

'Delitos de mera conducta. El legislador se limita a describir la acción o la, omisión. Por lo mismo, esta clasificación, a su vez, se divide en la subclasificación:

Delitos de actividad simple. Estos delitos que se configuran por vía de acción, es decir, por vía de la realización de la sola conducta, la cual, por sí, implica el delito (Vgr.: ataques a las vías de comunicación formada por el hecho de conducir en estado de ebriedad con la violación de alguna infracción de tránsito).

I B. Delitos de omisión simple. Estos delitos constituyen figuras delictivas que se integran solo con el no hacer exigido por la ley penal que implica la conducta omisiva del deber jurídico, con lo cual el agente, no evita la lesión al bien jurídico protegido y la violación a la norma correspondiente, sin que sea necesaria la producción de resultado alguno, o bien, el resultado, en su caso, será constitutivo de un delito independiente. (Vgr.: no socorrer o auxiliar a la persona que lo necesita en términos de lo dispuesto en la ley penal; y falta de asistencia médica oportuna que a su vez favorece la presencia de lesiones que ponen en peligro la vida).

ii. Delitos de resultado. Estos delitos están caracterizados por la prohibición o mandato de una conducta, orientada a causar o evitar la producción de un resultado que es exigido por el derecho penal.

Los delitos de resultado, se caracterizan por el hecho de que no es suficiente la producción de la sola conducta prohibida u ordenada, sino que además es necesario que se produzca el resultado material típico y antijurídico (*VgT.*: en el delito de homicidio una es la conducta ejecutada para causar el resultado de muerte, y otro es el resultado de muerte en sí mismo). Al derecho le interesa, tanto que no se realicen las conductas que pueden tener como consecuencia el resultado de muerte, como también que no se produzca los resultados de muerte en sí.

El resultado es una modificación del mundo externo o la mutación del mundo físico, que es relevante para el derecho penal, en la medida en que aparece prevista en la ley, y que aparece relacionado causalmente con la conducta prohibida u ordenada por la ley penal.

En términos de lo expuesto, esta clasificación es relevante para los efectos de la aplicación de la ley procesal, además de la sustantiva misma, en relación con la determinación del lugar, tiempo, ocasión y modo de comisión de delito, que a su vez es relevante para determinar tanto la jurisdicción Y la competencia, como también para los efectos de la prescripción, entre otros aspectos.

2. Clasificación de los tipos en orden a la forma de su integración

i. Tipos básicos. Los tipos básicos los que se integran con todos los elementos necesarios y suficientes para conformar el tipo delictivo de que se trate (*Vgr.*: homicidio, robo, etcétera).

ii. Tipos complementados. Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados "circunstancias cualificantes o atenuantes", que aparecen previstos en una disposición distinta de, la propia ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo Y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista para el tipo básico. (*Vgr.*: como agravantes: lesiones u homicidio con las calificantes de alevosía y/o ventaja y/o premeditación, etcétera). (artículos 315 Y 324); el robo calificado, cuando cometido con violencia física o moral (artículo 372), o en los casos previstos en el artículo 381; o bien como atenuante: lesiones en riña (artículo 314)

iii. Tipos especiales. Los tipos especiales satisfacen todos los elementos necesaria y suficiente para integrar el tipo básico a los que se suman otros elementos más que no contiene aquél, en manera de constituir y conformar un tipo especial, autónomo. De acuerdo con las características de los elementos especificantes, y en forma similar a como ocurre en los complementados, el tipo especial puede ser, privilegiado

o atenuado y cualificado o agravado, según supongan una elevación o disminución en el grado del injusto, generando, por tanto, una pena menor, o mayor, según el caso. (*Vgr.*: parricidio, (artículo hoy previsto como lesiones, u homicidio operados por razón del parentesco) o infanticidio (artículo hoy derogado). "La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la dasificación de los delitos en orden al tipo ha expresado: Desde un' punto de vista doctrinario en 'relación con la autonomía de los tipos estos se han clasificados en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener independencia, los especiales suponen el mantenimiento de caracteres del tipo básico, pero afiándole, alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial. de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos aislar: dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como tipo básico. el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado

tipo especial en razón que el tipo contiene una referencia al sujeto activo de tal manera que sólo pueden ,cometer este delito, aquellos que reúnan las condiciones por referencias típicas en el sujeto; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios. ,los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad. (*Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. Volumen XV. Segunda Parte página 68).

3. Clasificación de los, tipos en orden a la forma de su consumación

I ,i. Tipo de delito instantáneo. Estos tipos que previenen delitos cuyo resultado y lesión a la bien jurídica penal mente protegida aparece producido de manera concomitante e instantánea con el momento de realización de la conducta típica que viola la norma, pudiendo implicar delitos de mera conducta, o bien delitos de resultado material. Aparecen previstos en el artículo 7 fracción 1 del código penal. (*Vgr.*: lesiones causadas instantáneamente con la comisión de la conducta típica). De este grupo aparece una subespecie conformada con los así dellominados delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos donde el resultado ocasionado es definitivo (*Vgr.*: delitos de homicidio).

ii. Tipo de delito permanente., Éste, es un delito de trato sucesivo; aquél en donde el estado de antijuridicidad se prolonga en el tiempo, hasta que la realización de una nueva conducta da por terminado ese estado de antijuridicidad generando la terminación del delito. (*Vgr.*: secuestro; detención ilegal de la libertad). El estudio de los delitos permanentes, guarda interés en relación con diferentes instituciones jurídico

penales y procesales, tales como el término de la prescripción, en la medida en que esta no corre hasta en tanto concluye el estado de anti-juridicidad; el lugar y tiempo de comisión del delito (artículo 7 fracción 11, del código penal).

iii. Tipo de delito continuado, La ley penal mexicana previene en el Último párrafo del artículo 7 del código penal, además de los delitos instantáneos y permanentes, también la figura jurídica del delito continuado. Se trata, aquí, de una ficción jurídica, en donde diversas conductas, cometidas en tiempos diversos. cada una de las cuales lesiva de un específico bien jurídico protegido, aparecen reguladas por el derecho como una sola conducta, por razón de la unidad en la intención criminosa del autor. En algunas legislaciones. esta figura del delito continuado exige la unidad en el sujeto pasivo, es decir, que las diversas conductas, unidas por la misma intención criminosa del autor, afecten a un solo pasivo; como también, en otras legislaciones se exige que el bien jurídico protegido sea de la misma especie. Naturalmente, donde así no se prevea, debe entenderse que se admite la figura del delito continuado, en dos especies: el delito continuado heterónimo cuando los bienes son de diferentes especie y el delito continuado homónimo, cuando son de la misma especie.

En síntesis, nos parece. que esta figura jurídica supone verdaderos casos de concurso real de delitos unidos por su identidad en el fin o diseño criminoso, razón por la que son contemplados como un solo delito y sujetos a una sola pena. En la legislación comparada, respecto de esta figura. especial interés ofrece el texto del código penal italiano, Rocco, de 1930. que la incluyó diferenciándola de las otras formas del concurso de delitos.

La figura del delito continuado intenta responder a la realidad social de ciertos casos en donde aún frente a la presencia de una pluralidad de conductas, físicamente separables en el tiempo, la persona sólo desea la realización de un único fin delictuoso que, sólo para la mayor facilidad en su ejecución, es que resulta perpetrado en diversos actos separados en el tiempo (*Vgr.*: la persona que queriendo reunir la cantidad de veinte mil pesos, para pagar el costo de la operación de la esposa, comete cinco robos distintos, por cantidades reducidas en la esperanza de que de dicha manera no será descubierto el faltan te). Hasta aquí parecería no haber dificultad en el entendimiento de la figura, sin embargo, el problema que se presenta, deriva de la dificultad de distinguir entre estas situaciones y tantas otras que regularmente aparecen como verdaderos casos de concurso real de delitos. Así, el violador contumaz que comete la conducta precisamente por su intención específica, clara y Definida de violar al pasivo, sea que se trate del mismo pasivo

en tiempos diversos o bien que se trate de pasivos diferentes; o bien la persona que comete regularmente robos y cuyo fin criminoso invariable es precisamente apoderarse de un bien ajeno mueble con el único y definido fin de incrementar su patrimonio personal, independientemente del motivo específico que naturalmente en cada caso es variable (quiere comprar una casa de elevado costo, o un automóvil de lujo; etcétera) o bien el homicida que pretende precisamente es privar de la vida a un grupo de personas, con un único fin delincencial, que mismo puede obedecer a razones de disidencia ideológica, venganza familiar, venganza personal o algún otro motivo único. En todos estos casos es indudable que se plantea una discutible unidad en el fin criminoso, que evidentemente no corresponde al objetivo del legislador cuando intenta regular estas diversas acciones como un solo delito, como una forma más justa para valorarlos. Nos parece que en todos estos últimos casos existe un verdadero concurso real de delitos y no un delito continuado único.

En fin, es evidente que cuanto procura el tipo del delito continuado, es castigar con una sola pena aquellas conductas que aun siendo plurales responden a un esquema o diseño criminoso verdaderamente único, en donde efectivamente el agente quiere cometer una sola conducta delincencial, que supone una delimitación que no siempre resulta ser fácilmente identificable. Un límite que en este sentido se ofrece útil, es tener presente que el concepto del fin criminoso tiene que hacer referencia a un fin concreto que efectivamente de sentido a la idea de que aún siendo diversos actos, se trata de la realización de un sola conducta delictiva y, por esto, resulta evidente que la realización de diversas conductas delictivas con el objetivo específico de cometerlas, o bien en relación con objetivos que no pueden concretar la idea de que se trata de una única conducta, no serían constitutivos de delito continuado, sino de un concurso real de delitos.

4. Clasificación de los tipos en orden al número de sujetos activos

i. Tipos de delito mono-subjetivos, individuales o uní subsistentes. Aparecen caracterizados porque la conducta típica observa su comisión por un sólo sujeto activo (*Vgr.*: el robo perpetrado por una sola persona).

ii. Tipos de delito pluri-subjetivos, colectivo o plurisubsistentes, en donde se hace necesario que la conducta sea realizada por un número plural de sujetos activos (*Vgr.*: asociación delictuosa).

5. Clasificación de los tipos en orden al número de los sujetos pasivos

Al igual que la clasificación anterior, surge en relación con el número de los sujetos pasivos, caso, en el cual, se habla de:

i. Tipos de delito pluri-ofensivos, para el caso del sujeto pasivo múltiple (*Vgr.*: el genocidio).

ii. Tipos de delito monofensivos son aquellos tipos delictivos que prevén la afectación a un solo pasivo (*Vgr.*: delito de homicidio de una sola persona).

6. *Clasificación de los tipos en orden a la calidad del sujeto activo*

i. Tipos de delito propios, o *delicta propria*: requieren de una calidad específica en la persona del sujeto activo, que 10 coloca en una determinada especial relación con el bien jurídico protegido (*Vgr.*: delito cometido por funcionario público).

ii. Tipos de delitos comunes o *delicta comuna*: son aquellos en donde la ley no exige una determinada calidad en el sujeto activo, por 10 que se les refiere como delitos de sujeto activo innominado, Y en donde el texto legal frecuentemente los refiere como "el que", "quien", etcétera (*Vgr.*: homicidio, robo).

Esta división, guarda relevancia, tanto para la definición de las características del deber específico que surge del derecho, vinculando de manera especial a ciertas personas, Y cuya consecuencia se refleja tanto en el campo de la responsabilidad de las personas en la comisión de un delito, como también para 'a determinación del grado de la responsabilidad. En estas figuras delictivas cuando el autor de la conducta no reúne las características que la ley penal exige de la persona del sujeto activo, regularmente se produce un delito distinto que no requiere esa específica calidad (*Vgr.*: delito de parricidio, respecto del delito de homicidio)

7. *Clasificación de los tipos en orden a su forma de afectación del bien jurídico*

i. Tipos de delito de lesión. En estos delitos la conducta típica genera la afectación por vía de la destrucción, disminución o molestia de un bien jurídico.

ii. Tipo de delito de peligro. Estos tipos no previenen una conducta materialmente lesiva a un bien jurídico, sino que se configuran con la sola puesta en peligro del mismo.

Peligro es el grado de probabilidad en la causación de la lesión a un bien jurídico.

Es necesario, en relación con esta clasificación, distinguir entre el peligro abstracto y peligro concreto.

En términos generales, la configuración del delito de peligro que previene la ley penal, incluso el que de manera genérica se previene a través de la figura de la "tentativa del delito", se refiere a un concepto de peligro concreto y no de peligro abstracto

Son delitos de peligro concreto' aquellos en donde la probabilidad de lesión, aparece concretizada a través de alguna forma que implica una verdadera conmoción del bien jurídico, es decir, temporal y espacialmente el bien jurídico ha estado en relación inmediata con la acción del sujeto activo, que lo ha colocado en un peligro concreto. Tal valoración, naturalmente tiene que derivar de un juicio que es *ex ante* y no *ex post*, es decir, que debe retrotraerse a las características de conocimiento tenido sobre el particular antes de la comisión de la conducta y del proceso causal correspondiente, ya que de no ser así, no podría llevar al conocimiento de elementos que al momento de comisión del hecho no se tenían. Es necesario, en resumen, probar que el bien jurídico fue realmente puesto en peligro como resultado de la relación entre la conducta típica del sujeto y esa misma afectación al bien jurídico.

En los delitos de peligro abstracto, en cambio, se plantean verdaderos casos de presunción *iuro et de iure* de la propia ley penal, en donde la ley expresamente refiere que una determinada situación supone un peligro, sin admitir prueba en contrario, razón por la cual la sola realización de la conducta que encuadre en dicha previsión legal, implica la realización del peligro abstracto previsto en la ley. Como es natural, estas formas específicas de delito de peligro, sólo se dan en la medida en que la propia ley establece tales previsiones y, naturalmente, implican siempre figuras jurídicas cuestionables a la luz del respeto a los derechos humanos ya que no necesariamente implican un verdadero peligro concreto al bien jurídico protegido, y por lo mismo, pueden suponer la imposición de penas respecto de casos en donde no ha habido una verdadera lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido. Por la misma razón son en general rechazadas por la doctrina penal.

8. Clasificación de los tipos en orden a las características de la Formulación de la conducta

i. Tipos de formulación libre. En estos tipos la conducta típica que causa el resultado no aparece descrita de manera específica en el precepto penal, es decir, que el resultado típico puede ser cometido por cualquier conducta que sea idónea al efecto desde el punto de vista causal.

ii. Tipos de formulación casuística. A diferencia de los anteriores, los tipos de formulación casuística son aquellos en donde la ley penal describe de manera precisa y detallada la conducta y la caución del resultado, en su caso (*Vgr.*: conducta prevista en los tipos contemplados en los artículos 265 y 267 del código penal).

iii. Tipos de formulación alternativa. En estos delitos el tipo contiene diversas conductas a través de las cuales es posible producir el resul

resultado típico. El delito puede ser cometido por vía de cualquiera de las conductas previstas en el tipo.

La alternatividad puede estar dada tanto en relación con la previsión de conductas que impliquen acciones u omisiones (artículos 124 Fracción I. 111. IV. 125, 160, 162; entre los tipos alternativamente formados por omisión, entre otros los artículos 176 Y 182).

Los tipos alternativos, obviamente suponen tipos completos que se integran plenamente con cada una de cualquiera de las modalidades previstas. Por esta razón los artículos de la ley penal pueden suponer, de acuerdo con su texto diversos tipos formados con cada una de las conductas alternativamente previstas.

Los tipos acumulativos. Son aquellos donde aparecen previstas y exigidas por la ley penal más de una conducta, las cuales se acumulan para la integración del tipo delictivo correspondiente. (*Vgr.*: artículo 146 fracción II. en donde es necesario para la integración del delito, que quienes viajando a bordo de una nave, primero se apoderen de ella y enseguida la entreguen voluntariamente a un pirata; el artículo 250 fracción I, previene el caso de quien no siendo funcionario público se atribuye tal carácter y ejerza algunas de las funciones que son propias de aquél).

9. Clasificación de los tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados

Estos tipos se subdividen en:

Tipos simples o tipos de ofensa simple, que son aquellos en que se lesiona un solo bien jurídico;

Tipos de ofensa compleja o tipos complejos, que son aquellos en donde la lesión o puesta en peligro aparece relacionada con la afectación a más de un bien jurídico.

10. Clasificación de los tipos en orden al resultado cortado o consumación anticipada

La doctrina se refiere también, en la clasificación de los tipos, a la figura del tipo de resultado cortado o de consumación anticipada, para

Referirse a aquellos casos en donde la ley previene como delito, situaciones que implican la sola realización de actos tendientes a la realización de un delito sin que sea necesario la consumación de este último o la producción del resultado, razón por la cual, aparecen previstos en la ley como la sola situación de la puesta en peligro, en estos casos debe tratarse de un peligro concreto.

CAPITULO VIGESIMO TERCERO

LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

SUMARIO: I. Concepto. II. Elementos de la tipicidad. I. Elementos descriptivos objetivos. 2. Elementos normativos. 3. Elementos subjetivos. III. El contenido de la tipicidad. I. Los presupuestos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad. 2. Los elementos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad. *a)* Elementos objetivos. *b)* Elementos normativos. *c)* Elementos subjetivos. IV. Análisis de los elementos de la conducta típica en el (análisis de la tipicidad). I. Elementos descriptivos objetivos de la conducta típica. *a)* Sujeto activo. a. Concepto. B. Sujeto activo calidad. y. Sujeto activo calidad garante. 5. Sujeto activo deber de cuidado. e. Sujeto activo voluntabilidad e imputabilidad. 41. Sujeto activo número. *b)* Sujeto pasivo. a. Concepto. B. Sujeto pasivo calidad. y. Sujeto pasivo número. 5. Legislación sobre el sujeto pasivo. *c)* Objeto material. *d)* Conducta a Concepto de la conducta. B. Filosofía de la conducta. y. Terminología. 5. Estructura de la conducta. e. Estructura de la voluntad. 41. Voluntad y voluntad coartada. *e)* El resultado y el nexo causal en la tipicidad. a. Resultado material. B. Nexos de causalidad. y. Referencias de lugar, tiempo, modo y ocasión. 2. Elemento subjetivo de la conducta típica. *a)* Concepto del dolo. *b)* Evolución del dolo y su sistemática. *c)* Nuestra opinión. *d)* Elementos constitutivos del dolo al elemento de la representación o conocimiento del dolo. 1'. El conocimiento actual y el conocimiento actualizable. 2'. El conocimiento exigido por el dolo. 3'. La previsión de la causalidad y del resultado. 4'. El error sobre la causalidad. 1". *Aberratio ictus*. 2". *Aberratio in personam*. 3". *Aberratio in objectum*. 4". *Dolus generalis*. B. El elemento volitivo del dolo. 1'. Dolo directo. 2'. Dolo eventual. 3'. Dolo indirecto. y. La función del elemento subjetivo de la conducta típica. 5. Los elementos subjetivos diversos del dolo de la conducta típica. 1'. Elemento subjetivo de intención trascendente. 1". Delitos de resultado cortado. 2". Delitos de dos actos reducidos a uno. 2'. Elemento subjetivo de tendencia. 3'. Elemento subjetivo de expresión. 4'. Elemento subjetivo psicológico situacional. 5'. Elemento subjetivo de ánimo.

I. CONCEPTO

Si el tipo penal es la descripción, en la ley penal, de un comportamiento previsto como acción u omisión dentro de un determinado ámbito situacional, que es lesivo a un bien jurídico protegido penalmente, a la vez que violatorio del mandato o prohibición contenido en la nor-

ma que precisamente implica la valoración normativa de la ley, consecuentemente, la tipicidad es la atribuibilidad de una conducta, dentro de su ámbito situacional, a la descripción típica penal, es decir, la conducta prevista por la ley penal, dentro del ámbito situacional en que la misma aparece regulada y que implican la presencia de elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo.

A partir de un cierto hecho dentro de su específico ámbito situacional, que implica la lesión a bien jurídico, dable en la realidad social, la tipicidad implica un proceso de subsunción de todo su complejo, respecto de la conducta prevista en la regulación típica, abstracta y general que implica la ley penal, dentro del ámbito situacional previsto en la norma.

La tipicidad, así, aparece como el primer momento de estudio en el análisis estratificado de la teoría del delito, toda vez que, la acción o la omisión en sí, no son relevantes para el derecho penal, salvo que se trate de acciones u omisiones típicas, penales, lo que significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico protegido y, por lo mismo, concomitantemente, suponga la violación a la prohibición o mandato contenido en la norma de un determinado tipo penal.

.La relación entre la conducta social que se analiza para determinar si es o no constitutiva de delito, a partir de la existencia de la ley y de la lesión aun bien jurídico protegido que resulta afectado, como su presupuesto, es lo que explica el porque al ocuparnos de la teoría los presupuestos del delito se hizo mención y se desarrollaron en dicha sede los temas relativos a la teoría del tipo penal y del bien jurídico.

Sobre la base de sus presupuestos, el delito surge a partir de la presencia de sus elementos constitutivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). La tipicidad es precisamente el ámbito relativo al estudio de la conducta típica, es decir, la conducta atribuible a un tipo de la ley penal, en tanto que suponga la lesión o la puesta en peligro a un bien jurídico penalmente protegido, que, por lo mismo, a la vez significa la violación al contenido preceptivo o prohibitivo de la norma penal reconocida en el propio tipo.

El derecho implica un orden de regulación social que sólo puede ir dirigido a la regulación de la conducta humana. El derecho sólo puede mandar o prohibir formas de comunicación entre las personas y no puede prohibir situaciones que implican acontecimientos físicos o fenómenos naturales que derivan de procesos causales del mundo físico, a su vez recogidos sólo por las leyes físicas.

Los resultados típicos o resultados previstos en la ley penal, sólo pueden resultar valorados negativamente el ámbito normativo por vía

de la prohibición de la conducta que pueda causarlos. Es por esto que en los delitos de resultado material, a nuestro parecer, si bien es incuestionable que para el derecho sí es relevante el contenido del resultado (típico, tal interés necesariamente tiene que aparecer recogido en función de la conducta típica, comisiva u omisiva, regulada por la ley penal vgr.: en el homicidio, al derecho le interesa que no se produzcan conductas homicidas, pero también le interesa que no se produzcan los resultados de muerte, el cual no evita que tales resultados sólo puedan si evitados a partir de la prohibición de la conducta que pueda ocasiona los. Así, el derecho, al mismo tiempo que prohíbe la conducta, simultáneamente manifiestan su interés en la no producción de resultados, q' implican la lesión al bien jurídico protegido).

La tipicidad, en nuestra opinión, tiene un contenido que refleja carácter eminentemente social del derecho, en tanto que se refiere análisis de los comportamientos de la realidad social, que son objeto valoración a la luz de lo previsto por la ley penal. Esto implica un p ceso dinámico permanente de valoración de la realidad social, que presenta precisamente el contenido del derecho, en cuanto orden

I; regulación de la conducta social del hombre y, por tanto, como un fden de la relación social misma

Si el derecho, observa como el contenido de un objeto de esa ! (la ley), su contenido social y de relación social, tal carácter, en el análisis del delito, se recoge básicamente en la tipicidad, que precisamente da cuenta de un hecho social a la luz de lo previsto por la ley p' La tipicidad se refiere, así, a la regulación de hechos de la realidad y su concepto, en cuanto valoración jurídica de tales hechos al de lo dispuesto en la ley penal, supone una inicial valoración hacen la antinormatividad de la conducta, en la medida en que ésta implica violación al deber previsto en la norma penal, a partir de la lesión bien jurídico.

La tipicidad, por esto, implica un ámbito conceptual que es f mental en la teoría del delito que une el contenido de realidad del derecho, en cuanto orden de regulación de la conducta de relación social, con el contenido normativo del propio derecho esto, si la tipicidad se refiere aun hecho de la realidad social, i también un principio de valoración a la luz del derecho, en la intcia de que el concepto del "delito" mismo, implica, el injusto t antijurídico, es decir, un hecho valorado como contrario a lo esta' por la ley penal, que por tanto hace merecedor de una pena a S1: en caso de resultar este responsable y culpable de su acto.

La tipicidad, así, recoge el contenido eminentemente dialéctica comunicación que implica el orden jurídico, en cuanto orden (

ción social. Es, en efecto, una estructura que implica la presencia de un sujeto "A", que con su conducta afecta invariablemente bienes jurídicos de un sujeto "B", el cual, a su vez, en la medida en que tal afectación se produce, genera la respuesta social de un sujeto "C", que tiene a su cargo la expectativa de actuar coerciblemente frente al delito, es decir, es la presencia de la autoridad, en su expectativa punitiva, en el ejercicio de *ius puniendi* que tiene el Estado en el marco jurídico político que lo define.

El derecho, en su contenido de regulación ético social de la conducta del hombre, dentro de su ámbito situacional, a través de la tipicidad, reconoce a todo el orden jurídico como un sistema de vinculación y de relación social para la convivencia, y supone la interrelación social de los individuos en un complejo de derechos y deberes. Este orden de relación se da no sólo respecto de la simple manifestación de conductas, sino precisamente de las conductas que la ley penal recoge y describe como "típicas penales", dentro del ámbito situacional en que la propia ley penal también recoge tales circunstancias y reglas de aplicación y extensión típicas, que representan no sólo la conducta social deseada, en lo individual, sino, asimismo, la forma de comunicación social deseada entre los individuos miembros de la sociedad, considerada desde la perspectiva del contexto social general deseado por la sociedad, para la sociedad, a través del Estado.

Así, la acción y la omisión aparecen tipificadas dentro de un cierto ámbito situacional exigido por la norma, que implica no sólo la presencia de los elementos objetivos de la conducta típica con sus circunstancias, sino también, los elementos subjetivos que implican el contenido de la voluntad del agente y los normativos que recogen otras valoraciones específicas relevantes por el contenido social del derecho que, en resumen, implican el estudio de la tipicidad y de la teoría del delito, a partir de la atribuibilidad de la conducta típica con los elementos objetivos, subjetivos y normativos, de la composición del tipo penal.

El derecho, no sólo es un orden jurídico interesado por el respeto al mismo, de la conducta en sentido ético individual, es decir, interesado en que los individuos actúen en el sentido que ordena la ley, precisamente porque su infracción supone la trasgresión a la norma impuesta por el Estado que, en tal sentido sería lo que motivaría la imposición de la pena, como consecuencia de la potestad punitiva del Estado que no puede permitir la trasgresión de sus normas, porque ello implicaría el demérito de su autoridad en cuanto potestad soberana también, debe entenderse, el derecho, como orden de relación social, si bien de igual manera tomando en cuenta el aspecto apuntado de su potestad punitiva, pero entendiendo que, básicamente, se conceptúa la

conducta en un sentido ético social, y no ético individual, es decir, entendiendo que la ley, en su función de determinar la conducta social deseada, lo que intenta, más que determinar la conciencia ético individual de la persona para que no cometa delitos, lo que hace es determinar, de una manera general, el marco de la relación social derivada en el interés de la protección general a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad y, sobre esta base, establece cimientos para el equilibrio y la seguridad jurídica de la sociedad, permitiendo su desarrollo como base de la convivencia. Es decir, el derecho, sobre la base de su expresión de la voluntad social, precisa el marco de la relación social necesario para la convivencia.

Por esto, al derecho penal, más que las motivaciones personales que conforman el contenido ético individual de la conducta, las que en todo caso influyen sólo para determinar el grado de culpa, que habrá de afectar para efectos de la individualización de la pena, lo que le interesa es la conducta misma, considerada desde la perspectiva ético social en que se presenta, y en donde, desde tal perspectiva, es inadmisibles para la convivencia la realización de conductas que lesionen bienes jurídicos de los semejantes, ya que esto rompe con la seguridad jurídica que debe existir como base de la misma. Es este concepto, y no el de la intocabilidad de la potestad positiva soberana del Estado, el que define la esencia de un derecho democrático y liberal, independientemente de la validez simultánea de este último argumento, también igualmente válido, pero sólo como complementario y no sustantivo del anterior .

Al derecho , le interesan también, las motivaciones del agente en la realización de sus conductas, pero ello será sólo para los efectos del grado del reproche, en relación con el grado de culpabilidad del sujeto, y que será relevante para la individualización de la pena, pero no como contenido general del objetivo del derecho en cuanto orden jurídico, regulador de la conducta humana y regulador básico de la regulación social. Aquí lo relevante para el derecho es la regulación social de la conducta humana que sólo puede derivar de la perspectiva ético social. En síntesis, el derecho no parte de la conducta individual de la persona, sino que parte de la relación social que se intenta afirmar como base de la convivencia y, sólo dentro de ésta, es que toma en consideración a la conducta individual, en el entendido de que es a través de la conducta como se da la comunicación propia de la relación social. El derecho penal realiza su función no desde el individuo en lo particular, sino desde la relación social, de la que naturalmente, la norma, en su dimensión individual y social es el eje y, dentro de ésta, nace desde la conducta que es lesiva al bien jurídico. Naturalmente, esto no

significa que al derecho no le interese el individuo, sino por el contrario, precisamente, por tener presente que éste es el eje de toda la regulación jurídica y el centro de su interés, entendiendo que para que el individuo exista, es necesario que coexista, ya que sólo en la coexistencia es dable la existencia individual, en tanto que sólo frente a la presencia de un *tú*, es posible que el *yo* se reconozca a sí mismo, y se distinga de los demás que es la base sobre la que gira la relación social.

Vale reiterar, por último, que el concepto del delito supone una unidad de sentido, y si el mismo es objeto de estudio por vía de un análisis anatómico o estratificado, cuyo primer aspecto de estudio es la tipicidad, esto acontece sólo como un método para procurar la mayor precisión y claridad en el análisis de la ley penal, es razón de la seguridad jurídica.

Finalmente, toda vez que las conductas o comportamientos típicos aparecen recogidos a través de tipos que suponen la presencia tanto de comportamientos por acción como por omisión, como también en forma dolosa o culposa, en la medida en que unos y otros implican estructuras jurídicas diferentes, cuyo contenido de comunicación social se da en forma distinta, es necesario que el estudio del delito en general, como específicamente como el de cada uno de sus elementos, el primero de los cuales la tipicidad, sea desarrollado tomando en cuenta tal situación. En este sentido se desarrolla en esta obra, el estudio de la teoría del delito en el orden de ideas que se refiere, diferenciando las estructuras del delito de acción y de omisión, como también del delito doloso y culposo.

II. ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD

A partir de los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo, a que se hizo alusión en el estudio de la teoría del tipo, dentro del ámbito de la teoría de los presupuestos del delito, surge ahora, en el ámbito de la tipicidad y también en el de la antijuridicidad, el análisis de tales elementos. En la primera, en relación con los elementos del tipo normativo; en la segunda, en relación con los elementos del tipo permisivo. ,

I. Elementos descriptivos objetivos Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de la percepción de los sentidos.

En la medida en que los elementos objetiva y materialmente visibles, son de más fácil comprensión por los sentidos, los primeros es que mas de análisis estructural del delito, tanto el concebido a partir del esquema Lizt-Beling, como aún antes, en gran parte de los autores de la Escuela Clásica, se atendió al análisis del delito siguiendo el camino de la "bipartición clásica", que, implicó la distinción entre los elementos objetivo y subjetivo del delito.

Los elementos descriptivos objetivos han tenido relevancia en la evolución de la doctrina penal, al grado de que bajo la influencia del cientifismo y positivismo naturalista, se favoreció, primero, el desarrollo de la orientación positivista del derecho penal; después, el desarrollo de la doctrina dogmática penal, en su expresión causalista.

En general los elementos descriptivos objetivos son: -La conducta. -El resultado.

-El objeto material.

-Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión y los medios.

-Bien jurídico, que tiene un contenido a la vez, objetivo y normativo.

2. Elementos normativos Al paso del tiempo, no pocos de los elementos descriptivos objetivos, han sido reconocidos con un contenido que no es estrictamente objetivo, sino que en realidad, implican una cierta valoración normativa,

i sea cultural o jurídica, que constituye la característica de los elementos normativos. Inicialmente se consideró que sólo conceptos tales como el de "funcionario público", la "ajeneidad", la "castidad", implicaban elementos normativos. Después: se han reconocido como tales, otros conceptos que en un principio fueron entendidos como estrictamente objetivos, tales como las nociones de "hombre", "mujer", "mueble", "bien", "cosa", etcétera. En realidad, todos estos conceptos si bien son elementos que tienen un contenido claramente objetivo, en tanto que su descripción es fácilmente aprehensible por los sentidos, a la vez, suponen también un contenido que requiere ser precisado a la luz del derecho, o de una cierta valoración cultural, razón por la cual implican conceptos de valoración normativa, jurídica o cultural y es así, como, a manera de ejemplo, se hace necesario acudir al código civil, para entender con precisión el contenido y alcance jurídico de los conceptos mencionados de "bien", "mueble", "hombre" o "mujer".

En resumen, a diferencia de los elementos objetivos, los elementos normativos sólo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico, y de su reconocimiento depende la existencia del tipo delictivo de que se trate.

3. Elementos subjetivos En el estudio de la tipicidad es relevante determinar su relación con el elemento subjetivo representado básicamente por el dolo y por la culpa que, sin embargo, observa un contenido subjetivo con componentes

normativos, siendo necesario precisar si el querer que implica el dolo se refiere exclusivamente a los elementos objetivos, o bien, si, como creemos, necesariamente ha de referirse también a los elementos normativos.

Los elementos objetivos, normativos y subjetivos, no son privativos de la tipicidad, sino que se presentan en el campo de la antijuridicidad, en relación con las reglas permisivas, que determinan las causas de justificación, legitimación o de juridicidad, mismos que neutralizan la antinormatividad, impidiendo que sea posible afirmar el juicio de la antijuridicidad o contradicción al orden jurídico.

En la tipicidad, el ámbito fundamental de ésta, deriva de su función de precisar y determinar si los elementos descriptivos objetivos, normativos y subjetivos, que implica el comportamiento de acción o de omisión, dentro del ámbito situacional en que se produce, ocasionando la inicial lesión o puesta en peligro aun bien jurídico, previsto en un tipo penal, aparecen, en este ámbito de análisis del delito (el ámbito de la tipicidad) como "atribuibles" a un determinado tipo previsto en la ley penal.

El problema fundamental de la tipicidad, en consecuencia, no es el de la causalidad, sino el de la posibilidad de atribuir una conducta, considerada en su ámbito situacional, a lo previsto en un tipo de la ley penal.

Este análisis, naturalmente, surge sólo a partir de que la conducta implique la lesión o puesta en peligro aun bien jurídico protegido por la ley penal, de aquí que necesariamente, en el ámbito de la tipicidad, resulta revisado también, así sea solo en nivel inicial, e indiciario, para el específico efecto de la función de la tipicidad misma, entendiendo como "antinormatividad de la conducta", el concepto de la lesión al bien jurídico, dejando a salvo la valoración definitiva sobre la lesión al bien jurídico, mismos que en su oportunidad será determinado sólo en la antijuridicidad, cuando en su carácter de juicio definitivo sobre la contradicción con el derecho de la conducta típica, determine la existencia del delito en sentido estricto, o injusto penal (conducta típica y antijurídica).

El ámbito de la causalidad es ajeno al derecho y obviamente del derecho penal ya que supone un fenómeno físico que atañe sólo a la realidad fáctica. Si bien el nexo de relación causal permite acreditar que un determinado resultado es consecuencia de una cierta conducta, lo que evidentemente en el ámbito penal es fundamental cuando se trata de conductas que causan la lesión a un bien jurídico penal mente protegido, el contenido de tal nexo de causalidad, sin embargo, supone un análisis previo, que corresponde hacer a las respectivas ciencias causal explicativas, que permitan afirmar o negar el aserto y, en función de esto, en

caso afirmativo, es que pueda plantearse el análisis de la tipicidad de la conducta, en la inteligencia de que, al derecho, como problema jurídico, sólo puede interesarle el que cierta conducta en su lesividad a un bien , jurídico, sea atribuible a un tipo penal.

¡ En síntesis, si bien la conducta en su ámbito situacional, como también el resultado, tienen un contenido propio de carácter natural, en el ámbito normativo, el tipo penal recoge la previsión de la conducta y en su caso del resultado (en los delitos de resultado material) como el contenido preceptivo de la norma penal, los cuales aparecen vinculados entre sí, por una relación de "conexidad lógica", que da por supuesta la existencia del nexo de causalidad entre uno y otro; pero a la vez, es evidente que el concepto de relación causal, no puede ser normativa ya que corresponde a un nivel de lenguaje distinto. En resumen, cuando no existe nexo de causalidad es evidente que no pueda darse la tipicidad de la conducta porque no se da una conducta respecto de la cual se pueda afirmar su atribuibilidad aun tipo penal, que sobre la base de una relación de conexidad lógica normativa, da por supuesto, la presencia de un resultado que ha sido causado por aquélla.

En resumen, en el ámbito de la tipicidad, en el caso de los delitos de resultado material, es necesario revisar tanto el contenido de la conducta, como también el del resultado, en la inteligencia de que, en tal ; caso, es necesario, que previo al examen jurídico de la tipicidad, aparezcan los resultados del examen, no jurídico sino físico, que permita afirmar la existencia del nexo de causalidad que los une, de tal manera, de que al plantearse la tipicidad del hecho, en un delito de resultado material, se da por sentado que el resultado causado corresponde ala conducta del agente y, sólo así, se está en posibilidad de proceder al examen de la atribuibilidad de ese comportamiento a lo previsto por la ley penal.

Unido a esto, también exigen ser analizados en el tipo todas las circunstancias que implican el ámbito situacional en que se da esa conducta y el resultado en su caso, lo que exige revisar las circunstancias temporales, espaciales, de modo, de ocasión y los medios de comisión relacionados.

Asimismo, en la tipicidad, dentro del ámbito de revisión inicial que le es propio, es necesario revisar indiciariamente la lesión al bien jurídico, ya que sólo así es posible afirmar la antinormatividad de la conducta

f" y en su caso del resultado, independientemente de que, para afirmar en , definitiva la posible existencia del ,delito, será necesario el .análisis de la segunda fase de estudio de la teoría del delito, correspondiente ala antijuridicidad, con el estudio de las reglas permisivas que, en su caso, pueden originar la legitimación de la conducta, neutralizando la anti-

normatividad anterior y determinando que tales conductas no pueden ser consideradas como delictivas frente al derecho. Por esta razón, es cierto que el ámbito de la determinación definitiva acerca de la lesión al bien jurídico protegido por la ley penal es el de la antijuridicidad.

III. EL CONTENIDO DE LA TIPICIDAD.

I. *Los presupuestos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad*

Cronológicamente, son:

Bien jurídico

Tipo de la ley penal

Sujeto activo

y Pasivo

Objeto material.

- i. *El bien jurídico penalmente protegido.* Es la síntesis normativa de pena determinada relación social, dialéctica y dinámica.
- ii. *El tipo de la ley penal.* Es el contenido del precepto de la disposición penal, que previene la conducta prohibida u ordenada por la ley, con el fin de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados, para la seguridad jurídica, como base de la convivencia.
- iii. *Los sujetos activo y pasivo del delito.* Sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Estos conceptos, si bien implican presupuestos, en un sentido cronológico, en la medida en que, como personas preexisten a conducta típica que origina el delito, no obstante, funcionalmente, observan su mejor análisis en el estudio de los elementos típicos del delito, toda vez que es en tal sede, donde se da su relevancia penal; misma que se manifiesta precisamente con la realización de la conducta típica, por la acción de un sujeto activo que afecta los bienes de un sujeto pasivo, dando base para que se de el análisis de la tipicidad y del delito. Como presupuestos, en cambio, no tienen más utilidad práctica, que el reconocimiento de que los mismos suponen su preexistencia conceptual a la conducta típica.
- iv. *El objeto material.* Es el ente físico material y corpóreo sobre el cual recae la acción de la conducta típica. Como en el caso anterior de los sujetos activos y pasivos, implica un concepto cuya relevancia jurídicos nace con la conducta típica y, por lo mismo, resulta más acertado tender su estudio como elemento típico, que como presupuesto.

Funcionalmente, únicamente se justifican como presupuestos el bien jurídico, como presupuesto material y el tipo penal, como presupuesto jurídico.

2. *Los elementos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad*

a) *Elementos objetivos*. Los elementos objetivos en el análisis de la tipicidad son los siguientes:

Sujeto activo. Sujeto pasivo.

Objeto material.

Conducta de acción dolosa. Resultado material.

Circunstancias y medios de la acción típica: Medios;

Circunstancias de tiempo; Circunstancias de lugar;

Circunstancias de ocasión y Circunstancias de modo.

La lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido.

b) *Elementos normativos*. Los elementos normativos en el análisis de la tipicidad son los siguientes:

a. *Violación al deber establecido en la norma*. El elemento normativo primero que, por definición, exige ser objeto de análisis en la tipicidad y al que necesariamente debe ajustarse la conducta para ser típica es el contenido mismo de la "violación" al "deber" previsto en el tipo de la norma penal y consiste en el deber jurídico de obrar o de abstenerse, incito en el mandato o prohibición contenido en la norma (*Vgr.* : no matar; no violar; no robar; auxiliar al atropellado, en términos de lo dispuesto por la ley penal; etcétera).

El contenido de este elemento normativo del tipo, siendo fundamental en la tipicidad, en tanto que es la expresión misma de la valoración normativa penal, sin embargo, en relación con la tipicidad misma, sólo guarda un valor indiciario respecto de la antijuridicidad, ya que la valoración definitiva que permita afirmar el injusto o contenido de conducta contraria al derecho, requiere no solo que la misma se presente como típica y por tanto antinormativa, sino también que sea contraria a todo el orden jurídico, que es precisamente el contenido de la antijuridicidad.

B *Elementos normativos específicos*. Un número considerable de tipos delictivos, en su texto, contenían ciertos conceptos que para su entendimiento, específicamente exigen de una cierta valoración cultural o jurídica y que por lo mismo son identificados como elementos normativos del tipo naturalmente sin su presencia, cuando el tipo lo exige, el mismo no es contretizable (*Vgr.*: conceptos que requieren de una cierta

valoración jurídica: "funcionario", "ajeneidad", "bien", "mueble", etcétera, conceptos que requieren de una cierta valoración cultural: "honestidad", "castidad", "buenas costumbres", etcétera).

En síntesis, es necesario que la conducta, para ser típica, implique su comisión tomando en cuenta el contenido de tales elementos.

y. *Legislación sobre elementos normativos*. En relación con los elementos normativos específicos, la ley penal mexicana se refiere a ellos, tanto en relación a los que implican una valoración jurídica, como los que suponen una valoración cultural.

Entre los tipos penales previstos en la ley mexicana que suponen una valoración jurídica: el artículo 367 se refiere a los conceptos, "cosa ajena", "bien", "mueble", "sin derecho", "persona"; el artículo 189 "funcionario"; los artículos 212, 214 y 215 "servidor público"; el artículo 243 "documento público"; el artículo 243 "documentos privado"; el artículo 395 "derecho real".

En relación con los elementos normativos que suponen una valoración cultural, la ley penal mexicana ha previsto: artículo 262 (derogado la parte conducente) "casta y honesta"; artículo 269 "acto erótico sexual"; Capítulo Primero, Título Octavo, del Libro Segundo del Código penal "ultrajes a la moral pública ya las buenas costumbres".

Jiménez de Asúa estima que contienen elementos normativos, los siguientes artículos de la ley penal mexicana: artículo 125 fracción IV, artículo 173 fracción I y II, 178, 179, 192, 194, 210, 212, 214 fracciones II, III, IV y X, 225, fracción V, 226 fracción II, 229, 230, 233, 245 fracción III, 254 fracción I y III, 225 fracción V, 257, 260, 280, 285, 342, 364, 367, 368 fracción II; y 386.

o. *El bien jurídico*. Como se ha señalado, a la vez que es concepto que merece atención como presupuesto de la conducta típica, debe también ser revisado como un elemento objetivo y valorativo de la tipicidad! en la medida en que, la conducta para ser típica, exige ser lesiva a un bien, lo que implica un contenido objetivo de ésta, pero a la vez, tal bien, en la medida en que está jurídicamente protegido, representa un cierto valor jurídico y cultural que, por tanto, lo identifica también como un elemento normativo. En resumen, implica la presencia de un bien real que ha sido objeto de valoración jurídica.

c) *Elementos subjetivos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad*

a. *El dolo*. El delito doloso de acción, tiene como elemento subjetivo, el concepto mismo del dolo, que significa la voluntad de realización de la conducta típica, a partir del conocimiento. El delito doloso es, por definición, el que contiene el típico elemento subjetivo del derecho penal.

La gran mayoría de tipos delictivos incluidos en el código penal aparecen previstos en fórmulas que suponen tipos delictivos dolosos de acción, sea de acción simple o de acción que produce un resultado, que implican los delitos de mera conducta y los delitos de resultado material. Generalmente sólo por exclusión o bien a través de formulaciones alternativas, es que la ley previene formulaciones de tipo omisivo.

Elementos subjetivos específicos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad. Ciertos tipos delictivos: previenen. en su contenido ciertos conceptos que implican una específica y precisa exigencia en relación con la subjetividad del agente al momento de cometer la conducta ilícita penal, pudiendo ser tales elementos de diverso tipo, en los términos que se señala en el apartado respectivo (*Vgr.*: "a sabiendas"; "el que ilícitamente"; "apoderamiento"; etcétera). Por lo que la conducta, para ser típica, exige necesariamente que el agente observe esa especial subjetividad que implican estos elementos.

IV. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA CONDUCTA TÍPICA

I. *Elementos descriptivos objetivos de la conducta típica*

a) *Sujeto activo*

a. *Concepto:* El sujeto activo es la persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal.

Si bien en el momento presente existe uniformidad en considerar como sujeto activo sólo a la persona física que realiza la conducta típica, la cual puede ser única o plural, en épocas anteriores, fue admisible la irresponsabilidad penal no sólo de los animales, sino incluso de las cosas. "En el presente, la polémica que frecuentemente se plantea es respecto de la admisión de la responsabilidad de las personas morales. En general, los países del *Common Law*, admiten la culpabilidad de las personas morales y por lo mismo su responsabilidad penal, sobre la base de considerar que si es admisible la ficción civilista que admite la creación de la persona moral capaz de generar derechos y obligaciones, de igual manera, una similar ficción jurídica, autoriza a afirmar la posibilidad de que las personas morales sean inculpas por cometer delitos. Frente a este orden de ideas, en general, los países de formación jurídica latina, por el principio estricto de la legalidad, a partir de la existencia de la ley previa, escrita y estricta, son contrarios a la admisión de tal figura y, en general, son partidarios de considerar que los delitos sólo pueden ser cometidos por las personas físicas.

Tal diferencia de criterios sostenidos por unos y otros países,

obedecen a una mera diferencia simplista, sino a razones de cultura que proyectan sus características económicas políticas y sociales en el orden jurídico de uno y otros países. En síntesis el derecho penal europeo continental y en general el latinoamericano, tiene vigencia el principio *Societas delinquere non potest*. Es el criterio regularmente sostenido en Alemania, Italia, España y Austria, como en Latinoamérica. En cambio, sobre la base del criterio que desde la Edad Media, sostuvo Bártolo de Saso ferrato, quien utilizó la teoría de la Ficción jurídica del derecho civil en el campo del derecho penal se admite la posible responsabilidad penal de las personas morales en la comisión de delitos. Se ha admitido así, la figura en el derecho inglés, en seguimiento de un criterio que tiene un sentido práctico que evidentemente resulta ser más amplio en la protección jurídica penal del patrimonio, si bien plantea no pocos problemas a la luz de la dogmática penal, que son el argumento fundamental de los países que no admiten tal posibilidad.

En general, los criterios sostenidos sobre la base de la no admisión de la responsabilidad penal de las personas morales en la comisión del delito, se cifran en los criterios siguientes: Sólo las personas físicas tienen capacidad de conducta o de acción, en sentido penal, ámbito en el cual se maneja el concepto de la acción en sentido natural y no el de la ficción jurídica que admite la legislación civil y mercantil, cuyo objetivo es diferente, sobre todo en razón de la naturaleza de las relaciones que regulan y determinan el específico contenido de aquellas ramas jurídicas, a diferencia de la material penal; en ésta, la conducta sólo puede ser entendida en su concepto natural y real. Sólo las personas físicas pueden tener capacidad de voluntad para realizar un fin ilícito, que se han representado y tal relación psicológica que implica el dolo, o en su caso la culpa, a partir de la violación al deber de cuidado, es privativo de las personas físicas. A la vez, por otra parte, sólo las personas físicas están en aptitud de ejercer los derechos que implican la legitimantes o causas de justificación que derivan de las reglas permisivas que reconoce el propio orden jurídico general. También el concepto de la responsabilidad del derecho penal, como base del juicio de reproche de culpabilidad, que frecuentemente se sustenta sobre la base del libre albedrío, independientemente de otras vertientes que intentan explicarla, necesariamente admite sólo el concepto de la responsabilidad de la persona física, la cual, a la vez, sólo con tales características es susceptible de entender el poder preventivo especial y preventivo general de la pena. Y, finalmente, también la aplicación de la pena, en sentido político criminal, para que pueda ser entendida en el alcance de su contenido retributivo o regenerador, es indispensable que la persona física esté en aptitud de entender el sentido de" la imposición punitiva.

El debate sobre este tópico está particularmente presente en el del derecho penal contemporáneo, en donde aparece relacionado con el objetivo de su eficacia como orden jurídico de la relación social, el cual debe ser eficaz en la protección de los bienes jurídicos dentro del ámbito situacional en que el interés social, los reconoce; en este sentido se plantea el problema de la eficacia de la ley frente a la protección del patrimonio, como también se plantea el de la seguridad jurídica de la sociedad y concretamente del justiciable en función del principio de legalidad y de reserva de la ley penal. En nuestra opinión, estimamos que es más seguro y acorde con el, principio de la seguridad jurídica, para la convivencia, el orden de ideas que sostiene que sólo pueden ser autores de un delito las personas físicas y no así las morales o jurídicas, por las razones que han sido expuestas" conscientes de que un criterio de otro orden, implica una interpretación, que resulta ser demasiado amplia de los principios penales de legalidad, reserva y personalidad, en aras de una más amplia protección al bien jurídico del patrimonio. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, implica diluir la responsabilidad penal personal del verdadero responsable, en la responsabilidad de la persona jurídica, ala vez que implica, también, el riesgo de caer en situaciones que pudieran implicar formas de verdadera responsabilidad objetiva penal que podrían afectar a personas que ninguna vinculación directa hubieran podido tener a título individual doloso, en la comisión de un delito o incluso culposo, que podría ser considerada por algunos como penalmente excesiva. La definición de estos conceptos, está en relación con el contenido y alcance del concepto mismo de la pena y los tipos de pena que sustenta el derecho penal. No ocurre igual en el derecho estadounidense, donde el concepto de la *strict liability* no es un concepto que se identifique plenamente con el contenido de la pena pecuniaria, exigible al autor de un delito. Por otra parte, las observaciones en torno ala pena en la responsabilidad de las personas morales, no ha sido obstáculo para que la propia ley penal haya encontrado la fórmula para responder también frente a estos casos, sea por la vía de penas, que no observa las características de la pena de prisión, como la suspensión o disolución de sociedades, para quienes los admiten, que permite punir un hecho delictuoso por vía de las medidas de seguridad, fundada en la responsabilidad social. En México, la ley no es particularmente precisa sobre el tema, ya que a la vez que precisa una forma de respuesta social para este tipo de r situaciones Suspensión o Disolución de sociedades, artículo 24, inciso f. 16 del código penal), el catálogo que aparece, surgió dentro del rubro de penas y medidas de seguridad (Título Segundo Código penal), pero.

en donde no se dice cuales son unas y otras, conforme a su espíritu y naturaleza específica: a la vez que, como hemos señalado, la doctrina de la interpretación del texto de la ley penal, en general, ha sido partidaria de que los delitos sólo son cometidos por las personas físicas que sean miembros o actúen en representación de las personas jurídicas, como refiere el artículo II del Código penal.

La legislación penal mexicana sobre la responsabilidad de las personas morales dice:

ARTÍCULO 11. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

ARTÍCULO 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. 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;

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimiento mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometen sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio:

v. 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, pero, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueron culposos.

ARTÍCULO 34. La reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecho por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el ministerio público. El ofendido o sus derechohabientes

podrán aportar al ministerio público o al juez en su caso, los datos y , pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos penales. El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta y cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse al tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del ministerio público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

¡3. *Sujeto activo calidad.* Algunos delitos exigen una cierta calidad en el sujeto activo, con la consecuencia de que si tal calidad no se reúne, el tipo delictivo de que se trate no se conforma (*Vgr.*: el delito de peculado y en general los delitos cometidos por los servidores públicos, que exigen necesariamente tal calidad en el sujeto activo).. diferencia de los delitos que exigen una cierta calidad específica en la persona del sujeto activo denominados como "delitos propios" o *delicta propria*, se presentan también los delitos que no exigen tal calidad específica y que son denominados *delicta comuna* los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona. En estos casos frecuentemente el tipo delictivo, utiliza expresiones tales como "el que", "quien", "los que", etcétera.

Legislación relativa al sujeto activo (delitos propios).

Artículo 127 (al extranjero...); artículo 136 (a los funcionarios o agentes de gobierno ya los rebeldes que después del combate...); artículo 146 (...los corsarios que...); artículo 156 (al extranjero expulsado de la República...); artículo 176 (al empleado de un telégrafo, teléfono o estancia inalámbrica...); artículo 216 (cometen el delito coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter); artículo 222 fracción I (cometen el delito de cohecho: fracción I, el servidor público...); artículo 223 (comete el delito de peculado todo servidor público...); artículo 218 (comete el delito concusión: el servidor público...); artículo 228 (los profesionistas, artistas o técnicos o sus auxiliares); artículo 231 (se impondrá suspensión... a los abogados o a los patrones o litigantes...); artículo 32, fracción III (...al defensor de un reo sea particular o de oficio...); artículo 233 (los defensores de oficio que...); artículo 235 fracción IV c.~.; de falsificación de moneda el empleado de una casa de moneda...); artículo 246 (...el empleado que...); fracción II (...el notario y cualquiera otro funcionario público...);

fracción IV (...el médico que certifique ...); fracción VI (...los encargados de servicio telegráfico, telefónico o de radio que supongan o falsifiquen un despacho...); artículo 248 (el testigo, perito o interprete que retracte espontáneamente...); 249, fracción III (... al funcionario o empleado público que,...); artículo 272 (...a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes misma sanción en caso de incesto entre hermanos...); artículo 325 (llamase infanticidio la muerte causada aun niño dentro de las setenta y horas de su nacimiento por alguno de sus descendientes consanguíneos) (derogado); artículo 336 (al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos...); artículo 341 (el automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que...); artículo 343 (los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos...).

y. *Sujeto activo calidad garante*. Otro ámbito de regulación en torno a la persona del sujeto activo del delito, es la "calidad garante", que deriva de la posición de garantía que la ley penal exige al agente en los tipos delictivos de omisión impropia o comisión por omisión, pero toda vez que se trata de una problemática específica de aquellos y no de los delitos de acción dolosa que son objeto de atención en esta sede, su examen se deja para ser atendido en su momento.

8. *Sujeto activo y deber de cuidado*. Otro ámbito de interés, en relación con la persona del sujeto activo es el derivado de su relación con el "deber de cuidado" exigido en los delitos culposos, sin embargo, como en el caso anterior, en la medida en que estamos en el estudio del delito doloso de acción, queda pendiente su referencia para el momento de estudiar el delito culposo.

E. *Sujeto activo voluntabilidad e imputabilidad*. Otro aspecto de interés en relación con la persona del sujeto activo del delito, surge en relación con el examen de la imputabilidad, en cuanto capacidad exigida por la ley para que la persona pueda ser responsabilizada por la comisión de un delito. Este ámbito, sin embargo, corresponde ser objeto de estudio al ocuparnos específicamente de la culpabilidad, dentro del ámbito atinente a la teoría del sujeto responsable, toda vez que el modelo sistemático que hemos adoptado corresponde a la estructura "hecho-autor" y no al revés, por las razones en su oportunidad expuestas y que, en síntesis, a nuestro entender supone una estructura metodológica que resuelve mejor los problemas que plantea la dogmática jurídica penal. La misma razón explica también la adopción de la sistemática seguida en la teoría del delito, entendiendo por delito, en sentido estricto, la conducta típica y antijurídica o injusto, el cual, unido ala culpabilidad, suponen en forma conjunta, los presupuestos de la punibi-

lidad penal, que es como con mayor frecuencia es entendido el concepto del delito, en sentido amplio.

l Como consecuencia de la observación que se señala, y en relación con la ubicación sistemática de la imputabilidad, basta tener presente que para quienes el estudio de la imputabilidad, precede al de los restantes elementos del delito, se le observa como presupuesto del delito, debe concluirse, con congruencia sistemática con tal orden de ideas, que el inimputable no comete delitos, lo que independientemente de otros problemas jurídicos que plantea, dificulta la posibilidad de responsabilizarlo, aún en el contexto y límite de la responsabilidad social que implica la medida de seguridad, con los graves efectos que puede haber ; sobre todo en relación con la reparación del daño; en tanto que, en el t modelo de la teoría del delito que recogemos, se reconoce que el inimputable sí comete delitos en sentido estricto, pero no puede ser responsabilizado en el estricto sentido penal punitivo y sí puede ser sujeto a la medida de seguridad y obligado al pago de la reparación del daño, al igual que sus familiares responsables. En sede de la tipicidad, naturalmente, basta señalar que la conducta típica supone su comisión por una persona que actúa con voluntad, in- dependientemente de examinar en su oportunidad sistemática al ocuparnos de la teoría de la culpabilidad y de la persona responsable del problema de sí tal voluntad es o no libre, y si la persona puede ser o no responsabilizada en términos de la ley penal y, en su caso, en que forma.

Sujeto activo número. Algunos tipos delictivos exigen, para su comisión, ser cometidos por un número plural de personas. Son éstos, 10\$ delitos denominados de "sujeto activo plural" o "delitos plurisubsistentes" (*Vgr.:* asociación delictuosa).

Una forma específica de éstos es aquélla en donde los sujetos son mutuamente activos y pasivos del delito (*Vgr.:* incesto). En el mismo valor de ideas, los delitos son "mono-subsistentes" o de "sujeto activo individual", cuando su realización puede ser cumplida por un solo sujeto activo, que es el caso más generalizado.

Independientemente de la clasificación que se refiere, si bien relacionada con ésta, respecto de los delitos con sujeto activo plural y sus penas, merece estudio el concurso de personas en la comisión de un delito, lo que lleva al estudio de la autoría y la participación y que en, su oportunidad es objeto de estudio. "

b) *Sujeto pasivo*

a. *Concepto.* Sujeto pasivo del delito es la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la

conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el tipo penal.

13. *Sujeto pasivo calidad.* Algunos tipos delictivos exigen una cierta calidad específica, sin la cual, el delito de que se trate no podría producirse. Debe distinguirse, aquí, entre los conceptos del sujeto pasivo y de la víctima u ofendido del delito. Aun cuando frecuentemente son coincidentes, no siempre acontece así. Víctima es la persona física que resulta directamente afectada por la conducta que causa la lesión al bien jurídico, sin que ello sea obstáculo para reconocer como posible sujeto pasivo aun tercero que resultara ser el titular del bien jurídico. (*Vgr.:* el empleado que regresa con la nomina y es asaltado, sufre el acto de robo y el desapoderamiento del dinero objeto del ilícito y, por tanto, es la víctima de un robo, pero es evidente que el sujeto pasivo lo será el patrón o la empresa de la que aquél es solo un empleado, y por tanto no sufre el perjuicio económico que si afecta al bien jurídico, patrimonio, de la empresa quien es por tanto el sujeto pasivo). En un delito de homicidio, la víctima es la persona que sufre la acción homicida y que, por lo mismo, al fallecer deja de ser persona para constituirse en cadáver, jurídicamente mencionado como el "occiso" o el *de cuius* y que, en términos de análisis de la conducta típica, será el objeto material del delito, pero sujeto pasivo del delito, serán los familiares que son titulares de los bienes jurídicos tutelados y, por tanto, quienes tienen el derecho de hacer las reclamaciones correspondientes.

y. *Sujeto pasivo número.* Algunos tipos delictivos exigen la presencia de un número plural de personas afectadas en la lesión al bien jurídico por la conducta típica, siendo ello necesario para que se pueda concretar el delito de que se trate. (*Vgr.:* delito de genocidio).

5. *Legislación sobre el sujeto pasivo.* En relación con el sujeto pasivo calidad, la ley penal mexicana, se refiere a algunos de éstos en los artículos 189, 260, 262, 335, 336, 340, 342, entre otros.

c) *Objeto material* Es el ente corpóreo sobre el cual recae la acción o conducta del su- jeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la violación a la norma jurídica, generando con ello el delito. (*Vgr.:* es el cuerpo de la persona humana que recibe los golpes de puñal que originan su muerte; es la persona que sufre en su cuerpo la lesión en el delito de lesiones; son las joyas robadas, etcétera). Este concepto se distingue del bien jurídico, que en los mismos ejemplos corresponden a los bienes jurídicos "vida", "integridad corporal" y "patrimonio",

cada uno es el respectivo ámbito situacional de regulación dada por el tipo básico o complementado.

d) *Conducta*

La conducta, por definición, es el elemento objetivo del delito, unida al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también, que haya quedado previamente acreditada la causalidad entre ellos, para que los mismos puedan ser atribuibles, al tipo penal correspondiente. Tal relación, en el contenido formal normativo, aparece prevista sólo como una estricta relación lógica de conexidad entre ambos. El nexo de causalidad, así, no es elemento propio del tipo penal, pero sí lo es, en cambio, de la realidad que se constituye en el contenido social del derecho, por lo que supone un elemento previo de acreditación, vía las ciencias causales explicativas aplicables que permitan afirmar que el resultado típico fue causado por la conducta típica.

a. *Concepto de la conducta.* Conducta es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada.

La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos propugnados por el autor, quien para tal efecto, con base en su experiencia, aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales.

Para el caso del delito de acción dolosa se impone la presencia de una conducta de acción.

La tipicidad es el ámbito del interés por el acto o comportamiento, que refleja la conducta social deseada del orden jurídico. En tanto que la antijuridicidad, es el ámbito del interés por el resultado, entendido como la conclusión del segundo nivel de análisis de la teoría del delito, orientado a confirmar si la conducta antinormativa de la tipicidad puede ser afirmada también como contraria al derecho, a la luz de todo el orden jurídico, o si bien, si tal valoración de antinormatividad inicial de la tipicidad, resulta neutralizada frente a la presencia de una regla permisiva que la justifica frente al orden jurídico total. Por esto, sólo después de haber hecho esta segunda revisión será posible, en definitiva, afirmar que la conducta es contraria al orden jurídico y por lo mismo, existe, en ese caso ya la luz de todo el derecho, una conducta y, en su caso, un resultado típico y antijurídico, que confirma y concreta la lesión aun bien jurídico protegido por la ley penal.

Legislación sobre el nexo de causalidad y el resultado: En México, los tribunales de justicia han expresado sobre el particular:

La teoría de la *conditio sine qua non*, en donde se equiparan todas las causas y condiciones que concurran en la producción de un resultado, ya

que todas cooperan a su producción, sin que esto implique que al hacerse la valorización jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídica penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no puedan valorarse, desde el punto de vista jurídico y de la reprobabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa, dichas condiciones, imponiendo penas distintas a aquellos que hubieran puesto en movimiento condiciones o causas que descubriesen en ellos una mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar siempre, desde el punto de vista de la causalidad, la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado.

Sobre la base de lo anterior, vale observar que el derecho, al surgir, implica una valoración de la conducta de la realidad social. El derecho selecciona y recoge hechos o situaciones de la realidad social que tienen un cierto significado cultural, en función de los fines de convivencia, propugnados vía la seguridad jurídica a través de la protección a los bienes jurídicos. En función de esto, conoce y reconoce tales situaciones a través de su específico proceso de conocimiento que implica el proceso legislativo de formación de la ley, con lo cual *ipso iure*, las valora o desvalora, que es lo mismo, creando el derecho (*Vgr.*: culturalmente se reconoce que el hecho de que un individuo prive de la vida a otro es negativo para los fines de convivencia, o lo que es lo mismo, se reconoce que la vida humana representa un cierto valor que merece ser protegido y, en tal circunstancia, estimándola contraria al interés social, prohíbe u ordena su realización).

El principio *nullum crimen sine conducta*, representa un elemento garantista fundamental que afirma que sólo puede ser delito, la acción o comportamiento en que se exterioriza la voluntad, no siendo suficientes aquellos aspectos que se mueven en el ámbito subjetivo o en la esfera psicológica de la persona, donde rige el principio del *cogitationis poenam nemo patitur* (el simple pensamiento no es criminoso). Igualmente y por la misma razón, los hechos o acontecimientos que producen resultados lesivos a bienes jurídicos protegidos, derivados de los procesos causales de la naturaleza o bien de la acción instintiva de los animales, no tiene relevancia jurídico penal, a menos que se encuentren vinculadas directamente con la conducta humana.

B. *Filosofía de la conducta*. El concepto de la conducta, ha sido mencionado en sentido realista e idealista. Conforme a la teoría realista del conocimiento, orientación que guarda antecedente *en* el pensamiento aristotélico, opuesto al idealismo platónico, afirma que las cosas existen fuera de la persona y que siendo independientes de ella, son también independientes de su conocimiento. En este sentido, Aristóteles, observó que las cosas están integradas de materia y forma, es decir, fondo y for-

ma o contenido y continente; siendo la primera, un principio potencial determinable, y la forma, un principio formal determinante, conformando ambos el objeto, reconocido en su corporeidad, físicamente observable precisamente por su forma, que es la que permite que la persona o el individuo pueda tener o pueda formarse una idea acerca de ese objeto.

Reconoce, así, que las cosas existen independientemente de la persona. Con esto, su pensamiento es diferente del señalado por Platón, quien adoptando la posición idealista, sostenía como base de la misma, la expresión de que "lo real son las ideas", es decir, que lo relevante es la idea que el hombre tiene acerca de las cosas; las cosas existen para el hombre, en la medida misma en que éste tenga el conocimiento acerca de ellas, en tanto si no las conoce, entonces tales objetos no existen para ella, porque no las conoce y, en este orden de ideas, admitirá, también, el concepto de los valores absolutos que pueden derivar del conocimiento ideal. Siglos después, Hegel afirmará que lo "racional es lo real y lo real es lo racional", con lo que absolutiza el conocimiento y la razón, reafirmando que las cosas existen en la medida en que el individuo tenga conocimiento de ellas y si la persona no las conoce, entonces tales objetos no pueden existir para esa persona, precisamente porque no las conoce, de donde, es a partir del conocimiento que se crea el objeto, a diferencia del pensamiento realista, en donde el objeto es independiente del conocimiento.. En el siglo xx, el existencialismo afirmará que las cosas existen en sí, y que en el mundo existen "entes"

o "seres" que son en "sí" y "entes" que son "para"; siendo los entes en "sí", aquellos que son capaces de utilizar las cosas o entes que son "para", dándoles significado naturalmente, es el hombre el único ente en "sí", capaz de aprovechar las cosas que conforman los entes que son "para". (Haidegger).

Estas consideraciones, que a su vez fueron objeto de particular preocupación durante la Edad Media, en donde es posible reconocer, por una parte a San Agustín, quien si bien observa en su pensamiento aspectos de influencia del idealismo platónico, sin embargo, procura distinguir entre la voluntad y el conocimiento, y reconoce en aquélla su autonomía. Posteriormente, en la Escolástica, donde tuvo especial relevancia el pensamiento tomista, al igual que de otros pensadores de la época, se procuró establecer las relaciones y diferencias entre la voluntad y el conocimiento; así, para Santo Tomás, si bien admite que la voluntad depende del conocimiento en sus motivaciones, en la medida en que no es posible querer lo que no se conoce, reconoce, a la vez, la autonomía de la propia voluntad, y recoge la validez de la incapacidad del conocimiento absoluto, observando que no es admisible el pensamiento que, partiendo de las verdades absolutas, pretende imponer a

los demás su verdad como la única verdad válida, sino que el camino está en el reconocimiento del relativismo, en donde el procurar por "otro", significa, afirmar y actuar lo necesario para que ese "otro" esté en capacidad para realizarse como ser humano, en su propia libertad y se desarrolle en ella, no siendo aceptable, el procurar por otro hasta el extremo de limitarlo en la búsqueda de su propia e individual libertad, extremo que caricaturiza el concepto de la libertad misma y, de aquí, la afirmación de la autonomía de la voluntad.

La concepción de conducta a que se hace referencia en la teoría del delito, del derecho penal, y que se analiza en el ámbito de la tipicidad, naturalmente es una concepción de la conducta que tiene su fundamento en la concepción realista acerca de la misma. Es la conducta en sentido social y naturalístico, la relevante para el contenido social del derecho penal, en el ámbito de la tipicidad, misma que debe ser confrontada a la luz del concepto de la conducta normativa típica, prevista en la ley penal.

En el ámbito de la tipicidad, lo que interesa es la conducta y el hecho acaecido en la realidad social, mismos que corresponde revisar a la luz de lo previsto en la conducta normativa, en la inteligencia de que, en caso de quedar ésta acreditada, junto con los restantes elementos típicos del delito, tal conducta también será recogida por el campo del derecho, y es por esto, que la misma es susceptible de producir efectos jurídicos en tanto que se trata de una conducta delictiva respecto de la cual el derecho observa un determinado predicado.

Por esto es la tipicidad, donde se manifiesta el punto de convergencia que une al contenido normativo del derecho, con su contenido de realidad social al cual regula y que es lo que define precisamente el contenido de relación social del derecho. Por ello, para determinar la tipicidad es necesario determinar la atribuibilidad de la conducta ya partir de esto afirmar la auto normatividad de la conducta como la primera fase del análisis, para determinar la existencia del delito y, así partir de esto, la responsabilidad penal de un autor, lo cual implica, precisamente, el contenido social del derecho y el contenido de su función dinámica, en cuanto orden de relación social y de regulación de la conducta humana socialmente deseada. ;

y. *Terminología.* En relación con la conducta, es frecuente el uso indistinto de las expresiones "conducta", "acción", "comportamiento", o "acto", principalmente.

En la doctrina causalista es frecuente, el uso de las expresiones "conducta", o "comportamiento", entendiéndolas en sentido amplio, abarcando a los conceptos de la "acción" y la "omisión", esta última, re-

ferida asimismo como "acción negativa" frente a la anterior que se menciona como "acción positiva".

También, la expresión "hecho", aparece frecuentemente entendida de manera ambivalente: en sentido amplio, para referirla como un núcleo objetivo que abarca a la conducta, al resultado y al nexo causal"; y en sentido estricto, donde aparece identificado con el concepto anterior de la "conducta".

Con las observaciones que hemos señalado en este apartado, y ante el amplio desarrollo regular de este lenguaje, aceptamos la convención del uso sinónimo de las voces "conducta", "comportamiento", "acto" o "acción", si bien, entendidas todas como la exteriorización de la voluntad finalíticamente determinada. A la vez dejamos el concepto de "hecho", para referirlo al "conjunto", kernel" o "programa" como el conjunto objetivo que abarca a la conducta y al resultado, unidos por el nexo de causalidad dentro del ámbito situacional en que acontecen y donde se dan las circunstancias recogidas por el tipo y que, obviamente, aparecen exigidos en el examen de la tipicidad, de la teoría del delito, en relación con el análisis de la conducta típica.

Estructura de la conducta. La conducta aparece conformada por dos fases:

La fase interna, subjetiva o psicológica, que se conforma con la voluntad, en sentido amplio, a su vez integrada con los componentes cognoscitivos (conocimiento) y volitivo (voluntad en sentido estricto)

La fase externa, objetiva o material, implica la exteriorización o manifestación exterior de la voluntad (fase interna).

La fase interna, psicológica o subjetiva, es la que viene a conformar el contenido del dolo y, por lo mismo, corresponde ser estudiada, a plenitud, al desarrollar el ámbito específico de éste, que identificamos como el elemento subjetivo del tipo, que por lo mismo pasa a ser el elemento subjetivo de la tipicidad, en tanto que es precisamente el elemento subjetivo de la conducta típica.

Señalando aquí sólo sus rasgos más generales, vale observar que, los mismos, desde una perspectiva cronológica, se identifican con lo que frecuentemente se menciona como el *iter criminis* o camino del delito", es decir, el camino que sigue el delito desde que se inicia, al nacer en la mente del autor, la nueva idea criminosa, y que termina con la comisión del delito o incluso con el agotamiento, delincencial, desde la perspectiva criminológica. En tal "camino" o "proceso de realización del delito", es que se dan las referidas fase interna y fase externa señaladas

La fase interna, puede implicar lapsos de tiempo más o menos diferenciables, como también suponen un desarrollo prácticamente instantáneo en su exteriorización. En general en la perspectiva cronológica, los momentos de la fase interna son: ideación; Deliberación Resolución; La conducta es un concepto que excede el campo específico del derecho penal; traduce sólo la expresión del actuar humano. Existen conductas que son típicas y pueden ser constitutivas de delitos y, por lo mismo, relevantes para el derecho penal; como, también, existen muchas otras conductas que no tienen ninguna significación desde el punto de vista jurídico penal y que son aquéllas a través de las cuales se manifiesta el hombre en todo su actuar social.

La idea criminosa, para referirnos específicamente a la conducta, si tiene relevancia penal, no nace en la mente de quien actúa como surgiendo de la nada; no surge como Minerva de la cabeza de Zeus, sino que obedece a una razón y, de esta manera, se habla de la "ideación" o "germinación" de la idea criminosa en la mente del autor, como el primer momento de la fase interna. Como segundo momento de esta fase interna se manifiesta la deliberación psicológica del sujeto frente así mismo, en donde valora los pros y contras acerca de su conducta delictiva posible a realizar; el tercer momento, es el de la resolución, que es la determinación que adopta el individuo acerca de su próximo actuar y es el momento a partir del cual habrá de exteriorizarse esa voluntad.

E. *Estructura de la voluntad.* Por otra parte, el estudio de la referida fase interna es la relativa a la formación de la voluntad. Se observa, así, que los elementos que estructuran la voluntad son dos:

El conocimiento o representación; y,

El querer de la voluntad, o voluntad en sentido estricto.

En efecto, para tener voluntad de algo o querer algo, es necesario que el individuo sepa qué es lo que quiere, que se haya representado un cierto fin, que es aquello sobre lo que habrá de recaer su voluntad o querer.

La voluntad implica siempre una finalidad. No es posible pensar en una voluntad vacía; la voluntad es siempre voluntad de algo y ese algo es el contenido de la finalidad del querer. Por esta razón el análisis estructural y sistemático de la conducta y, consecuentemente del delito, resulta más claro y preciso en la orientación de la teoría finalista de la acción, ya que no es concebible la presencia de una voluntad sin finali-

dad o lo que es lo mismo una voluntad sin contenido, como tampoco es posible una conducta sin voluntad. Así, la conducta necesariamente es siempre final.

En el orden de ideas que se señala, es posible observar que el aspecto interno de la conducta corresponde, en primer término, a la proposición de un fin y, enseguida, a la selección de los medios, integrando ambos el contenido de la voluntad. Es fácilmente observable, que siempre que un individuo quiere un algo, desde que se propone un fin, desde que se lo representa, procura también la selección de los medios que permitan poner en marcha la causalidad necesaria, en base a su experiencia al fin de producir el resultado querido.

Concluido esto, se inicia la fase externa de la conducta, que comienza a partir del momento en que ésta se exterioriza, cuando la voluntad se manifiesta y que consiste en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción de un resultado (*Vgr.* : la persona que quiere pintar un cuadro, primero se representa el fin que se propone y, como consecuencia, selecciona los medios para poder realizarlo, escogiendo mentalmente el tipo de pintura que desea: óleo, gush, dibujo a lápiz etcétera); sólo cuando ha concluido este proceso mental, adquiere el material por el que se ha decidido y procede a la realización del mismo, pintando el cuadro; otra persona, desea ir desde la ciudad de México a la ciudad de Cuernavaca y para lograrlo selecciona mentalmente los medios eficaces para ello, determinando si su viaje lo hará a pie, en bicicleta, autobús o en vehículo particular, y una vez tomada su determinación, pone en marcha lo necesario para alcanzar su fin propuesto, es decir , toma el camino, e inicia la caminata, o compra el boleto y viaja en autobús, o maneja su vehículo y llega ~ su destino propuesto; otra persona se enamora o desea ala vecina atractiva, que viste de manera particularmente llamativa, haciendo resaltar sus atractivos e, igualmente, primero selecciona mentalmente los medios y una vez que los ha definido, procede a la realización de un fin criminoso a través de la exteriorización de su conducta típica.

La causalidad implica un proceso infinito en que se vinculan causas y efectos; causas que producen efectos y efectos que son producidos por causas. Tal proceso no tiene un fin específico, es un proceso "ciego", en tanto que no tiene la finalidad de la conducta sino que sólo se rige por la determinación de leyes físicas, a diferencia, la conducta humana está invariablemente orientada a una cierta finalidad, es "vidente" y no ciega, en tanto que persigue invariablemente un cierto objetivo. t La conducta, por esto, es siempre final, en tanto que tiene un sentido que a su vez se apoya en la experiencia del ser humano, es decir , !: prevé como posible la causalidad, permitiendo dirigirla.

4. *Voluntad y voluntad coartada.* Una cosa es que la conducta sea voluntaria y otra es que el contenido de esa voluntad sea "libre". No siempre el contenido de la voluntad es libre; en ocasiones aparece coartada, coactada o perturbada, es decir, por alguna razón afectada en manera de impedir que se pueda afirmar que esa voluntad haya sido libre. Tal situación, que es relevante para el derecho penal, implica un problema que debe ser objeto de análisis en el campo de la culpabilidad en tanto que para determinar, precisar e individualizar, el juicio de reproche de culpabilidad correspondiente, es necesario analizar y estudiar la responsabilidad de la persona y, para esto, no sólo debe estudiarse su capacidad para actuar libremente, en el caso (autodeterminación), sino, ; asimismo, que haya tenido oportunidad de conocer las características de la antijuridicidad de su acto y que haya podido escoger libremente la respuesta exigida por la ley.

El problema de la conducta y, en consecuencia, el de la voluntad, implica un problema cuyo análisis corresponde al campo de la tipicidad, en la medida en que es necesario constatar si una cierta conducta de la realidad social, en todo su contexto, es o no atribuible aun tipo previsto en la ley penal, dentro del ámbito situacional, previsto en ésta. El problema de la voluntad afectada, en cambio, implica un problema relativo a la libertad de actuar de la persona y, por tanto, es problema que atañe a su capacidad, que a su vez implica un aspecto del ámbito de su responsabilidad. Esta última, en algunos modelos sistemáticos aparece como parte de la teoría del delito, en tanto que en otras, queda fuera de su campo estricto, para entender que la teoría del delito estudia el injusto derivado de la conducta típica y antijurídica, mientras que la culpabilidad es ámbito relativo ya no al delito en sí, sino a la persona que lo cometió y, por tanto, debe corresponder a una teoría de la persona responsable, dentro de la teoría general del delito.

e) *El resultado y el nexo causal en fa tipicidad Hemos visto, al ocuparnos de la conducta típica, el concepto general del resultado e, incluso, hemos comentado las características del nexo causal que, en sentido estricto, no forma parte del estudio de la tipicidad. Otra orientación doctrinal estudia el resultado en la antijuridicidad, entendido en su sentido no material, sino en sentido de lesión al bien jurídico protegido penalmente, a la luz no sólo del derecho penal sino de todo el derecho en general. Por otra parte, para quienes sistemáticamente estudian en forma autónoma al concepto de la "conducta" tanto ésta, como el resultado y el propio nexo causal son entendidos, expresa o tácitamente, como elementos pretípicos. También el análisis del resultado, en sentido material, es pertinente*

en la tipicidad. Queda a salvo, su análisis como el desvalor jurídico pleno que corresponde ser desarrollado en el ámbito de la antijuridicidad, que permite afirmar o negar la existencia del injusto típico y antijurídico del delito en sentido estricto, en la inteligencia, naturalmente, de que el concepto del delito como presupuesto de la pena ha de entenderse en sentido amplio, al que se suma la culpabilidad.

El resultado y el nexo causal no forman parte de la conducta, pero, sí integran con ésta, un conjunto que algunos autores, con quienes compartimos tal opinión, estudian dentro del concepto general de "hecho", también denominado como el "kernel", expresión utilizada en la lógica formal, o "pragma", expresión griega que define el concepto de la acción unida al resultado ocasionado.

Tanto el resultado, como el nexo causal, no forman parte de la acción, pero la acompañan en forma inseparable, naturalmente, sólo en los delitos de resultado material, toda vez que en los delitos sin resultado material o, delitos de mera conducta, sólo es entendible un concepto de "resultado jurídico", que con mayor precisión corresponde al de la lesión al bien jurídico protegido (*Vgr.*: la acción de arrojar una bomba sobre una casa produce como consecuencia la explosión de ésta y la destrucción de la casa; es evidente que una es la acción de arrojar la bomba, que constituye la conducta, comportamiento o acción y otro, es el resultado producido por la explosión, que consiste en la destrucción de la casa; siendo evidente que entre dicha conducta y su resultado material necesariamente se dio un nexo de causalidad. Son tres conceptos distintos, pero indisolublemente unidos).

a. *Resultado material.* En los delitos de resultado material éste es la mutación en el mundo físico, como consecuencia de la realización de la conducta.

En un sentido más amplio, en el sentido de resultado material sino en el de resultado jurídico, que preferimos denominar "lesión" y "puesta en peligro", implica, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sentido, en el cual, en el ámbito de la tipicidad tiene un valor sólo a nivel indiciario, para efectos de la atribución de la conducta al tipo, que no por esto es menos relevante en cuanto a su función específica, como elemento integrante del tipo, en la inteligencia de que la valoración última y definitiva de este concepto, en relación al bien jurídico, sólo puede ser dada después de haber revisado la antijuridicidad.

En realidad, toda conducta tiene una manifestación física que implica un cambio en el mundo físico en que se opera, de manera que las cosas no son nunca iguales antes de la conducta y con posterioridad a ésta y siempre existe alguna forma de mutación en ese mundo físico circundante (*Vgr.*: la conducta de caminar implica el traslado de la per-

sona de un lugar a otro, variando su ubicación). En realidad, toda conducta causa una mutación en el mundo físico: el resultado, así, en estricto sentido no existen conductas sin resultado físico. Lo que ocurre es que existen resultados que de una manera visible y perceptible son físicamente separables de la conducta misma (*Vgr.* : en el homicidio es fácil escindir la conducta homicida del resultado de muerte que el homicidio supone; en el robo, una es la conducta de robar y otro es el resultado del robo concretado en las joyas sustraídas). Otras veces, en cambio, el resultado, como mutación física, es menos fácilmente separable de la conducta misma (*Vgr.* : en la violación, la conducta ilícita implica el acceso carnal con el sujeto pasivo y, al hacerlo, produce un resultado, que evidentemente, implica una mutación en el mundo físico, ya que es in- cuestionable que antes de la violación no existía la penetración del pasivo, pero tal resultado es difícil separarlo intelectualmente de la acción y, finalmente, existen otros casos, en donde la ley, exclusivamente, describe la conducta prohibida u ordenada y su realización misma, implica, en sí, el resultado jurídico previsto por la ley). (*Vgr.* : En el delito de omisión de auxilio a la víctima de un accidente automovilístico, la omisión misma supone el resultado jurídico).

En síntesis, lo relevante para el derecho penal, es que los tipos delictivos a través de los cuales se individualizan las conductas prohibidas u ordenadas por el legislador penal, algunas veces, que son la mayoría, individualizan sólo la conducta prohibida u ordenada, la cual, en sí, supone la mutación física que implica el resultado, que es inseparable de la conducta misma; en tanto que en otras ocasiones, los tipos delictivos previenen conductas que individualizan un resultado, por lo que para integrar el tipo delictivo, se hace necesario que la conducta produzca un resultado que es separable de la conducta y del cual sólo aparece unido por el proceso correspondiente. Tal distinción es la que regularmente aparece recogida en la teoría del delito, para establecer la diferencia entre los tipos de resultado formal o de pura actividad y los tipos de resultado material. Es, precisamente, en relación con estos últimos, en los que se hace necesario que sea probada la relación de causalidad para estar en posibilidad de presentar ese conjunto de conducta y resultado, como conformadores de un hecho que admite el análisis de tipicidad. Por razón de lo expuesto, si bien es cierto, que el problema del nexo causal es un problema de la estricta causalidad fáctica y, por lo mismo, no puede ser un problema propio del derecho penal, es igualmente cierto, que sólo dado ese nexo de causalidad será posible afirmar que ese hecho puede ser constitutivo de un delito.

13. *Nexo de causalidad.* El nexo de causalidad no es un componente que forme parte del ámbito específico de la atribuibilidad de la conduc-

ta típica, al tipo previsto en la ley penal, ya que la ley, en cuanto conocimiento normativo, no puede incorporar un concepto que implica un proceso causal que es propio y exclusivo del mundo naturalístico. Sin embargo, toda vez que, la ley penal supone la relación de una conducta con un resultado, prevista a través de relaciones lógicas de conexión, que, a su vez, en el ámbito naturalístico, suponen la relación de causalidad que une a la conducta con su resultado.

Es necesario, que previamente al análisis de la tipicidad, haya quedado afirmada tal relación de causalidad, que permite, así, concluir afirmativamente el análisis de la conducta típica (*Vgr.* : el delito de homicidio previene la realización de una conducta que produce un resultado de muerte, siendo por tanto necesario, para afirmar la tipicidad de la conducta típica, que haya quedado probado, por vía de las ciencias causal explicativas que ese resultado fue causado, precisamente, por la conducta típica).

Como categoría del ser la relación de causalidad se manifiesta como una cadena sin límites de causas y efectos, que por lo mismo, resulta difícil de identificar y precisar. Dos teorías, básicamente intentan precisar su contenido: Una, la "teoría generalizadora" que si bien es la que científicamente puede resultar válida, la teoría de la *conditio sine qua non* o "teoría de la equivalencia de las condiciones", sin embargo en su amplitud, nada agrega para precisar e individualizar el nexo causal entre la conducta y el resultado, y en su misma amplitud, en cambio, es expresión de una serie indeterminada de procesos causales, unidas en una cadena interminable que en lugar de precisar, confunde para los efectos de individualización de la conducta típica (*Vgr.*: si se piensa en el delito de homicidio, cuanto se hace necesario, es tratar de identificar e individualizar la razón de causalidad que une a la conducta de matar con el resultado de muerte, y para este efecto, si bien la teoría de la equivalencia de las condiciones, afirma y constata que en efecto, el resultado de muerte fue producido por la bala disparada por el arma de fuego calibre .38 que portaba el sujeto agente, a la vez, es necesario reconocer también, que en ese proceso interminable de causas y efectos, en donde toda causa produce un efecto y faltando una causa el efecto no se produce, en principio sería necesario considerar como parte del proceso causal tanto la conducta del armero que construyó el arma, la del empleado de la tienda que la vendió). En fin, se trata de una cadena interminable de procesos causales que evidentemente no guardan una relevancia penal estricta, lo cual lleva a observar, como ha sido señalado, que la teoría de la equivalencia de las condiciones, implica una verdad de Perogrullo, la cual si bien es cierto, nada aclara, por lo que es necesario que aparezca delimitada en su alcance por vía de correcti-

vos diversos, sea en el plano subjetivo del delito, a través del correctivo por la culpabilidad o bien, en la tipicidad misma, a través del dolo típico. Una segunda vertiente, se concreta en las "teorías individualizadoras" que, a diferencia de la generalizadora, procuran identificar con precisión cuál causa o condición es la que podría ser identificada como determinante para concretar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado típicos. En ese sentido, las teorías son diversas, y ninguna resulta ser plenamente satisfactoria para resolver la problemática del nexo de causalidad. Entre estas teorías individualizadoras, la doctrina básicamente se refiere a los siguientes criterios: 1) el temporal; 2) el cuantitativo; y 3) el cualitativo.

En el criterio temporal la teoría corresponde a la última condición o causa en la realización de la conducta típica. En las teorías cuantitativas las más señaladas son: teoría de la condición más eficaz (Birkmeyer) y la teoría de la prevalencia (Binding). En el criterio cualitativo, las teorías principales son: la teoría de la tipicidad condicionada (Raneri); la teoría de la causalidad adecuada (Von Bar); la teoría de la condición más eficaz o causalidad eficiente; la teoría de la causalidad humana exclusiva (Antolisei); la teoría de la condición cualificada (Grispigni); y la teoría de la causalidad jurídica (Maggiore).

En síntesis, las dos teorías sobre la relación de causalidad que en su momento han encontrado mayor desarrollo son, por una parte, la teoría generalizadora de la equivalencia de las condiciones, de von Buri (1860); por otra parte, la teoría de la causa adecuada, de von Bar (1871). Esta última, por algunos conocida como teoría generalizadora y por otros como individualizadora, se presenta como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, en la medida en que concluye que no cualquier condición debe ser estudiada como causal del resultado, sino que únicamente debe ser recogida como causal, para los efectos jurídico penales, la que se estima como productora del resultado, en base aun criterio cualitativo.

En el ámbito de la tipicidad, la atribuibilidad de la conducta se plantea en función de elementos no sólo objetivos, sino subjetivos y normativos del tipo, es decir, sólo es relevante la conducta cuya voluntad aparece conformada por el querer el resultado típico, o bien, el haberlo producido con la violación aun deber de cuidado previsto en la ley penal. No tiene sentido hacer referencia a otros procesos causales que no se encuentren directamente vinculados con este elemento subjetivo del tipo, que es lo que limita el alcance de los procesos causales. Lo mismo acontece respecto de los elementos normativos. Por esto, con razón se observa, que este esquema de análisis, supone la presencia de una teo-

ría del tipo complejo, es decir, conformado precisamente con elementos que son objetivos y subjetivos, amén de los normativos.

I' y. *Referencias de lugar, tiempo, modo y ocasión de la conducta típica*

Hemos señalado que los tipos penales establecen en su texto la conducta social deseada, dentro del ámbito situacional en que la propia voluntad social lo determina. Así, se manifiestan las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, como también las referencias a los medios a que aluden algunos tipos penales y que, en su caso, tendrá que reunir la conducta para ser típica las siguientes circunstancias:

Circunstancias de espacio o lugar son las referencias de lugar o espacio vinculadas con la realización de la conducta típica, a que hacen referencia algunos tipos de la ley penal.

Circunstancias de tiempo son las referencias de tiempo vinculados con la realización de la conducta típica a que se contraen algunos tipos de la ley penal.

Circunstancias de modo son los aspectos referidos al modo de ejecución de la conducta, previstas por algunos tipos de la ley penal.

Circunstancias de ocasión son referencias que enmarcan situaciones de ocasión, vinculadas con la realización de la conducta, exigidos por algunos tipos de la ley penal.

Referencias a los medios son las referencias vinculadas con los medios de comisión de la conducta exigidos por la ley.

En relación con las referencias espaciales, la ley penal mexicana señala, entre otros casos: artículo 286 (al que en despoblado o paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona), artículo 381 *bi5* (sin

", perjuicio... al que robó en edificios, viviendas aposentos o cuarto que estén habitados o destinados a habitación... en los mismos términos se' "c sancionara al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la

vía pública o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas...); artículo 397 fracción I (se impondré... de un edificio, vivienda o cuarto en donde se encuentre una persona); fracción IV (se impondrá... de bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios o monumentos públicos); artículo 364 fracción I (al que... otro en una cárcel...); artículo 381 fracción I (cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero contra sus dependientes o domésticos o contra cualquier otra persona); fracción VI (cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, en la oficina, bodega u otros lugares a que tenga libre entrada por el carácter.

indiciado); artículo 343 (los ascendientes o ..tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño...); artículo 366 fracción IV (en camino público o paraje solitario...); artículo 146 fracción II (los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata); artículo 236 (la falsificación hecha por un mexicano en otro país de moneda extranjera...); artículo 238 penúltimo párrafo (al que introduzca en la República...); artículo 235 fracción I (al que en la República falsifique moneda...); artículo 242 fracción II (al que falsifique en la República los sellos, punzones o marcas de una nación extranjera).

2. Elemento subjetivo de la conducta típica en el análisis de la tipicidad

El delito doloso de acción representa la forma más precisa y clara de la voluntad del individuo en la comisión de su hecho delictuoso. El dolo es el contenido mismo de la voluntad del autor; es el ámbito psicológico o subjetivo de la conducta; es el querer de la conducta; es la voluntad de realizar la conducta típica.

a) Concepto del dolo

La categoría de elemento subjetivo de la tipicidad el dolo, que permite atribuir la voluntad de un comportamiento a su autor. El delito, en cuanto conducta típica y antijurídica, o injusto, no puede ser entendido como algo exclusivamente objetivo, sino que tiene que ser considerado como el comportamiento de una persona física, que se da dentro de un cierto ámbito situacional social y tal comportamiento implica una actividad que refleja su presencia dentro del marco de relación social de esa persona en el mundo.

Si el derecho implica un ámbito de relación social, es natural que en la relación que previene, vincule a los miembros de la comunidad, en manera tal que, la conducta prohibida u ordenada por la ley, supone precisamente la conducta de un sujeto, a partir de su voluntad, que afecta el interés jurídico de otro, al lesionar o poner en peligro sus bienes jurídicos.

La conducta típica previene siempre la conducta de alguien que afecta aun tercero y en ella queda recogida su voluntad que implica el dolo. Por esto, el tipo penal aparece conformado por un elemento objetivo y por otro subjetivo, además del normativo mismo.

Este dolo típico es el que tiene que darse en la tipicidad, a fin de que la conducta cuya tipicidad se analiza, sea atribuible al tipo penal correspondiente. En síntesis, la acción, como la omisión, para ser típica, debe ser dolosa o culposa.

Para que una persona pueda ser responsabilizada de la comisión de un hecho delictivo es indispensable que, desde el punto de vista psicológico, haya actuado con dolo, es decir, que haya querido la realización del hecho delictivo, en la inteligencia de que el querer implica el conocimiento, o bien, que ese hecho hubiese sido cometido en forma culposa, es decir, que siendo previsible no haya sido previsto, o previó confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado. Sobre la base de este mínimo psicológico necesario para responsabilizar penalmente a una persona, queda eliminada la posibilidad de la responsabilidad objetiva penal.

En resumen, dolo es el conocimiento y el querer conducta típica, o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis normativo del tipo, el dolo como elemento del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Dolo es querer el resultado típico, en todo su ámbito situacional; es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento. Es una voluntad que presupone el conocimiento, por esto, con razón, se afirma que dolo es representación y voluntad.

'b) Evolución del dolo y su sistemática Adoptando como punto de partida para el estudio de la evolución del dolo, el esquema Lizt-Beling, de orientación causal naturalista, de principios de siglo, que supone, la fórmula primera más estructurada como modelo de análisis estratificado del delito, vale señalar lo siguiente:

Dentro de la sistemática causalista del esquema Lizt-Beling y los que derivan de éste, el dolo aparece estudiado en el ámbito de la culpabilidad, entendida como elemento subjetivo del delito, después de haber, concluido el estudio del elemento objetivo, en que aparecían comprendidas en su concepción original, la tipicidad y la antijuridicidad, lo que obviamente, implicaba la consideración de un dolo ya valorado o dolo malo.

Posteriormente, con los avances del causalismo valorativo y de la concepción finalista que llevó a considerar y estudiar el dolo como un elemento del tipo, y por tanto, en la teoría del delito, dentro de la tipicidad como elemento subjetivo de la conducta típica, esto implicó, el análisis de un concepto de "dolo neutro", "dolo natural" o "dolo sin sangre", no valorado aún como "dolo malo" o "dolo culpable", en tanto que aún no referido aun injusto penal, caracterizado ya como conducta típica y antijurídica, por lo que el dolo naturalmente suponía el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, como sí acontecía en la doctrina causalista precedente.

En efecto, el dolo resultaba natural en tanto que, por una parte, sólo correspondía al dolo previsto en el tipo y, por tanto, era el de la

tipicidad, a la vez de estar aún pendiente la revisión de la contradicción de la conducta típica con el orden jurídico general (antijuridicidad) y, con mayor razón, de estar pendiente el reproche de culpabilidad al autor, por su responsabilidad frente al injusto.

En realidad, en torno a esta diferenciación acerca del dolo, en nuestra opinión, vale observar que la misma es equívoca, toda vez que tanto el dolo natural como el dolo malo suponen una específica valoración. En efecto, el dolo natural al aparecer como la parte subjetiva del tipo penal, supone, ya, por 16 mismo, una valoración específica del legislador acerca de aquélla; es, precisamente la valoración típica normativa de la ley. Tal valoración, sin embargo, no aparece referida aún a una determinada conducta en concreto, sino que es estrictamente la prevista en la ley.

El dolo de la tipicidad, aparece referido como parte de la conducta típica y, aquí, supone la específica valoración de la antinormatividad con lo que, define el contenido y el sentido social del derecho. Con posterioridad, el dolo será objeto de valoración en la antijuridicidad.

Hecha la pertinente aclaración, el dolo típico (como dolo neutro) aparece integrando al elemento subjetivo de la conducta típica, que a su vez, naturalmente, hace referencia a los elementos objetivo y normativo de la misma, exigiendo su atribuibilidad completa con los respectivos elementos subjetivos, objetivos y normativo del propio tipo penal.

Naturalmente, su estudio exige ser analizado en la tipicidad, y corresponde al ámbito de la voluntad psicológica o subjetiva de la conducta típica. (*Vgr.*: en el delito de homicidio, el dolo implica el querer, matar, es decir querer producir el resultado de muerte).

El "dolo valorado" o "dolo malo", en cambio, es aquél que comprende tanto el aspecto subjetivo de la conducta típica, como también la de la antijuridicidad, razón por la cual, su contenido supone la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, exige no sólo que la persona haya cometido una conducta típica, sino que tenga conciencia de que tal conducta es delictiva. Por esta razón, supone la presencia de un delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), cuyo dolo malo deberá ser revisado y valorado en la culpabilidad, a fin de que, en caso de no quedar excluido por alguna razón (error de prohibición), permita concretar la punibilidad a través de la individualización de la pena.

En síntesis, el querer el resultado delictivo deja de ser una estricta consideración del análisis de tipicidad (querer la conducta), para suponer ya la presencia de haber querido cometer el delito, lo que implica el dolo valorado y calificado como contrario al derecho, que es necesario para determinar el reproche de culpabilidad, en que se reprocha

tanto la producción del resultado delictivo, como la realización de la conducta que lo causa, que naturalmente, deberá ser entendida a partir de la voluntad.

.A su vez, para determinar la posibilidad de punir al autor (independientemente de las características de la pena) es necesario analizar las características de su responsabilidad, a partir de su capacidad personal, de su conocimiento sobre la antijuridicidad de una conducta y del grado de libertad en su decisión de actuar.

En las posiciones doctrinales el concepto del dolo, aparece siempre entendido como dolo malo. Es el caso del modelo sistemático del causalismo naturalista y también en algunos, del causalismo valorativo. La severa crítica planteada a tal sistemática, deriva de que la conducta, así prevista y analizada como el elemento objetivo por excelencia, queda desgajada de su contenido interno, la voluntad, cuyo análisis aparece recogido sólo hasta el ámbito de la culpabilidad, lo que lleva a sustituir, el verdadero contenido de la voluntad de la conducta, por un concepto "mecánico" y "fisiológico" de enervación muscular que intenta sustituir a la voluntad, para explicar el movimiento que supone la conducta, razón por la cual, esta última queda privada de su contenido más íntimo y definitorio que permite explicar a la conducta a partir de la finalidad de quien actúa-

.; c) *Nuestra opinión* : *El modelo sistemático que nos parece resuelve mejor los problemas y que adoptamos en este manual, es el que reconoce al dolo en la tipicidad, como su elemento subjetivo. Esto permite analizar la conducta de una manera completa resolviendo la problemática de la tentativa, de la participación y, en general, un más depurado y congruente análisis* estratificado del delito. En términos generales las diferentes sistematizaciones que reconocen esta afirmación inicial del modelo finalista, como en general lo son las orientadas hacia el funcionalismo político criminal, reconocen, este orden de Ideas. Algunos autores que estudian la acción como el primer momento, del análisis estratificado, recogen el contenido del dolo, como su elemento subjetivo. Éste es el caso de Welzel, quien al reconocer la acción, en un primer momento, reconoce ahí, el dolo que, después, habrá de considerar el elemento subjetivo del tipo, junto con la culpa, en el marco de la tipicidad. Otros autores, también estudian el dolo en la tipicidad, por razón de que la norma sólo puede ordenar o prohibir conductas y no resultados ni causalidades. También estudian el dolo en la tipicidad, quienes siendo partidarios de la teoría de la acción social, reconocen el dolo

como el elemento subjetivo de la acción, pero a la vez recogen el análisis de esta última en el ámbito de la tipicidad.

Por su parte, otros autores que ubican el dolo en la tipicidad, responden a teorías que se definen en una perspectiva político criminal, al observar que si la pena tiene un contenido preventivo general, ello significa que se reconoce, como base de tal consideración, la posibilidad de los sujetos para determinar la dirección de sus acciones, con lo que se facilita entender el dolo como el contenido subjetivo del tipo.

Otros autores, finalmente, hacen referencia a que el dolo aparece no únicamente en un lugar, si no que admiten el concepto de la "posición doble del dolo" o, incluso, de la "posición triple del dolo". A nuestro entender, en efecto, el concepto del dolo tiene una función específica que exige ser revisada en diferentes momentos, tanto en el campo de la tipicidad, como también en la antijuridicidad, donde se estudian los elementos subjetivos de las legitimantes; e incluso en el ámbito de la culpabilidad, ya que el reproche correspondiente, tiene que recaer en una conducta típica y antijurídica que tiene que ser dolosa o culposa.

Independientemente de esto, es cierto, sin embargo, que el ámbito que mayormente concentra el estudio del dolo es el de la tipicidad, donde se hace necesario analizarlo en todo su contenido y alcance en relación con su atribuibilidad al tipo penal correspondiente. Los demás ámbitos suponen aspectos funcionales específicos que, siendo también fundamentales, sin embargo, se manifiestan como un complemento indispensable para determinar la existencia del delito, pero que están más allá del contenido de normatividad que es el propio de la conducta típica.

La importancia del dolo en la tipicidad, destaca, por otra parte, si se tiene presente que es en la tipicidad donde aparece y se refleja el sentido y significación social del proceso de comunicación social que implica el derecho.

Por su parte, concretamente, el dolo en el tipo penal, aparece naturalmente recogido como elemento subjetivo del tipo, que hemos procurado estudiar como presupuesto de la conducta típica.

d) *Elementos constitutivos del dolo* El dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo, si bien no el Único, toda vez que existen también los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, a que más adelante se hace referencia. Sus elementos son los siguientes:

Hemos dicho que el dolo es el querer el resultado típico o expresado de otra forma, es el querer de la parte objetiva y normativa del tipo.

Éste querer, sin embargo, implica invariablemente que la persona conozca o se haya representado su contenido, ya que no se puede querer lo que no se conoce..

A partir de dichos dos vértices, la .voluntad y el conocimiento, es que se ha dado la evolución histórica de la noción conceptual del dolo Para algunos, el dolo era estrictamente el querer y fue así, como se conformo la "teoría de la voluntad del dolo", que entendía a éste a partir de su contenido volitivo; para una segunda posición, lo fundamental del dolo era el conocimiento y la representación que la persona tenía acerca del contenido de la voluntad que significaba el dolo, con lo que se conformó la "teoría de la representación del dolo"..

En el presente, se considera errónea la aceptación sola de una u otra teorías, estimando, en cambio, que el dolo contiene elementos que derivan de ambas posiciones: hoy se observa que el dolo, en tanto que voluntad individualizada del tipo, reconoce en su estructura dos aspectos básicos:

El elemento cognoscitivo o representativo del dolo; y, El querer o elemento volitivo del dolo.

a) *El elemento de la representación o conocimiento del dolo*

El dolo no es sólo querer, es querer algo que el sujeto previamente se ha representado y, por lo mismo, conoce, pues no se puede querer lo que no se conoce.

Para estudiar el contenido de la voluntad es necesario referirse al elemento del conocimiento. En relación con éste, vale distinguir entre el conocimiento en sí y la posibilidad del conocimiento, es decir, el conocimiento efectivo y el conocimiento potencial, el cual, en sentido estricto, es un no conocimiento de algo que es susceptible de ser conocido, pero que no se conoce..

El dolo requiere un conocimiento efectivo, no siendo suficiente el conocimiento potencial para integrarlo (*Vgr.:* el robo, exige, como dolo, que el individuo sepa lo que quiere robar y que quiera robarlo; no siendo suficiente la posibilidad de que hubiera podido conocerlo)..

El conocimiento efectivo puede ser un conocimiento actual o un conocimiento actualizable.

Conocimiento actual y conocimiento actualizable: El conocimiento actual es el que se tiene sobre un objeto sobre el cual se focaliza la actividad consciente de la persona.. Es conocimiento actualizable, aquel en donde si bien el individuo tiene un conocimiento real y efectivo del objeto, sin embargo, éste no aparece como el centro de la focalización de su actividad consciente en el momento en que ocurren los hechos pe-

nalmente relevantes; tal conocimiento, será focalizado, en la medida en que pensando en ello, la persona concentre allí su actividad consciente, la que en su caso originará que dicho conocimiento deje de ser actualizable para convertirse en un conocimiento actual.

El dolo requiere que el conocimiento efectivo, observe siempre un cierto grado de actualización; requiere un conocimiento actual respecto del ámbito medular de la conducta, pero a la vez puede ser actualizable respecto de los aspectos circundantes de la misma y sobre los cuales si bien la persona no está pensando de manera específica son ámbitos que no escapan a su conocimiento general.

Se debe conocer efectivamente y de manera actual el ámbito medular de la conducta en la cual el sujeto focaliza conscientemente su atención, pero en los aspectos colaterales es admisible el "copensar" es decir, el sólo conocimiento actualizable, no específicamente focalizado (*Vgr.* : en el delito de violación equiparada, con una persona menor de edad o un enfermo mental, el sujeto deberá tener un conocimiento efectivo y actual acerca de su querer violar sexualmente a su víctima, pero no es indispensable que esté conciente de su minoría de edad o de su debilidad mental, aspectos estos que el sujeto activo puede desconocer con precisión, pero sin que signifique que escapa a conocimiento el hecho de que está realizando el ilícito, violando el bien jurídico de la libertad sexual de la víctima y que, en tal acción, puede darse el caso de que siendo la persona muy joven sea una menor de edad o bien, que pudiera ser una persona que resulte ser oligofrénica o con una debilidad mental pronunciada, razón por la cual, aun cuando en el caso concreto, el autor desconozca que su víctima es una menor de edad o un enfermo mental, el sujeto activo seguirá respondiendo frente a la ley como responsable del delito de violación calificada en los términos del tipo respectivo que previene la ley penal).

El código penal mexicano se refiere al dolo en términos de la dispuesto en los artículos 8 y 9 que se refieren tanto al contenido del conocimiento como al de la voluntad.

2. *Conocimiento exigido por el dolo.* En el ámbito del aspecto cognoscitivo o de representación del dolo es necesario precisar cual es el alcance que debe tener dicho conocimiento de dolo. El dolo, en cuanto elemento de la conducta típica no implica el conocimiento de la antijuridicidad, sino sólo el conocimiento que corresponde a la parte objetiva y normativa del tipo, normativo, no así al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, que exige el conocimiento de estar obrando en contra de lo ordenado por todo el orden

jurídico, es decir que no existen legitimantes, que es el paso siguiente r del análisis estratificado del delito.

Es indispensable que el conocimiento abarque a todos los aspectos objetivos de la conducta típica, también, como parte del conocimiento, , consideramos que son exigibles puntualmente los elementos normativos del tipo (*Vgr.*: se debe tener conocimiento acerca de la "ajeneidad" de la cosa, como también del valor o significado de los conceptos de "cosa mueble", etcétera, en el delito de robo).

Los elementos normativos del tipo implican una cierta valoración jurídica o cultural que el propio elemento normativo supone. En síntesis, entendemos que el conocimiento del dolo también exige abarcar este tipo de elementos. En lo relativo a la necesidad de un conocimiento técnico acerca de la ley o acerca de otro tipo de valoraciones culturales o éticas debe de considerarse que para los efectos del dolo exigido por el tipo penal, no es necesario tener dicho conocimiento, siendo necesario y suficiente el conocimiento paralelo en la esfera del profano, que a su vez implica, una valoración paralela en la esfera del ego, es decir, es suficiente el conocimiento que puede tener una persona normal, sin que sea exigible el conocimiento del especialista o del profesionalista calificado.

Por otra parte, el conocimiento del dolo debe abarcar tanto el contenido de lo que constituye los elementos positivos, como también los elementos negativos del tipo objetivo y normativo, como ocurre, por ejemplo, cuando la ley exige la "falta de consentimiento".

3. *La previsión de la causalidad y del resultado.* El dolo presupone ir: previsibilidad del curso causal y de la producción del resultado. Precisamente el conocimiento o representación supone, por parte del autor, su, posibilidad de previsión jurídica del curso causal de los hechos, para la .producción del resultado típico en los delitos de resultado material.

Esta previsión de la causalidad, sin embargo, sólo puede abarcar su contenido medular y no puede alcanzar a las "desviaciones del curso causal" que, naturalmente, están fuera del ámbito de previsión del agente. Las desviaciones del curso son de dos tipos: desviaciones relevantes e irrelevantes. Las primeras son aquellas en donde la desviación implica la variación del curso causal en aspectos que son fundamentales y, por lo mismo, resulten relevantes para destruir el dolo respecto del resultado producido, cuando relacionado con el curso causal no previsto. Éste, en su caso, podrá modificar el carácter del elemento subjetivo del delito de que se trate, en manera tal que, si se destruye el dolo y siempre que la ley lo admita, podrá existir la responsabilidad por culpa, siempre que se reúna l sus extremos, a partir de la violación al deber de cuidado

exigido por la ley. Naturalmente, en los delitos que no admiten la responsabilidad culposa, el delito dejará de producirse por falta del elemento subjetivo de la conducta típica exigida por el tipo, por lo que la tipicidad no se integrará. Estos casos son a los que se refiere la doctrina cuando se habla de "interrupción" o "ruptura del proceso causal".

En los casos de las desviaciones irrelevantes, éstas no modifican el dolo (*Vgr.*: un sujeto "A" deseando la muerte del sujeto "B" lo lanza al río con la esperanza y el deseo de que muera ahogado, sin embargo, la víctima se golpea contra las rocas y fallece a consecuencia del golpe en el cráneo). En dichos casos, evidentemente aun cuando existe una desviación respecto del curso causal previsto por el agente, tal desviación es irrelevante para el derecho penal y el autor seguirá siendo responsabilizado por el homicidio. En sentido diverso, si una persona quiere causar la muerte de otra y, a dicho efecto, intentando envenenarlo, se propone darle arsénico, pero al hacerlo equivoca los frascos y en lugar de arsénico le administra un antibiótico que genera la muerte de la persona, en la medida en que esta última es alérgica a ellos, en tal caso, estaremos frente a una desviación relevante en el curso causal que sí destruye el dolo. La precisión en la definición jurídica de todos estos casos, naturalmente tiene que encontrar base en el texto de la ley. ,

4. *El error sobre la causalidad.* En estrecha vinculación con los casos anteriormente señalados, aparece desarrollada la teoría del error sobre la causalidad, que se ocupa de los casos en que se da un error en el proceso de ejecución de la voluntad dirigida a la comisión del delito y I que se diferencian de los casos regulares del error, donde estos últimos ! se vinculan no con el error en el proceso de ejecución, sino con el ! error en el proceso de formación a la voluntad, destruyéndola o siendo irrelevantes para la misma, y cuyo estudio corresponde a la culpabilidad. Los casos más frecuentes de error sobre el proceso de ejecución del delito, son:

Aberratio ictus o error en el golpe, *Aberratio in personam* o error en la persona, *Aberratio in objectum* o error en el objeto; y *Dolus generalis*, *Aberratio ictus*. Se produce cuando el autor dirige su conducta hacia una cierta persona pero por un "error en el golpe", error que in-cide en el proceso de ejecución de la voluntad, afecta a otra persona diversa de aquella a la que se quería afectar, o bien se causa un daño en la víctima, diverso del querido y aceptado (*Vgr.*: se quería cometer un I homicidio y sólo se produce lesiones *Vid Art.* ; 289 parte segunda).

Al respecto, el bien jurídico lesionado puede ser de igual, de menor o de superior entidad. (*Vgr.*: una persona dispara en contra del perro bravío que se encuentra a un lado de su dueño, pero equivocando el golpe, lesiona al dueño en lugar de al perro). Aquí, el bien lesionado es evidentemente superior al que se pretendía lesionar; si los hechos ocurren en sentido inverso, el bien lesionado será de menor entidad. En estricto sentido, en el primer caso la que acontece es una tentativa de daño, respecto del intento de matar al perro, al cual se suma un homicidio culposo derivado del resultado producido como consecuencia del error en el golpe. Parte de la doctrina, señala sobre este particular que cuando los bienes son de igual entidad, como podría serlo el caso del individuo que quiere matar a una persona, equivoca el golpe y mata a otra, debe estimarse que, a fin de cuentas, se trata de un homicidio doloso consumado en tanto que el autor quería matar a un hombre y efectivamente mató a un hombre; un caso similar se presenta cuando el error en el blanco hace que se produzcan lesiones en lugar de homicidio o al revés.

En nuestra opinión, la solución más precisa parece entender, que en realidad se trata invariablemente de una tentativa respecto de un delito doloso al que se suma un delito culposo, respecto del resultado producido, solución que parecería resolver con mayor precisión técnica jurídica los casos en cuestión, sobre todo cuando existen circunstancias subjetivas relevantes. Naturalmente en las legislaciones penales donde la ley expresamente determina el sentido de la respuesta, no existe mayor dificultad en la aplicación de la ley. La ley penal mexicana vigente no da una respuesta expresa al problema, como sí la hacía el texto anterior, hoy derogado, precisamente porque el criterio sostenido sobre el particular no resultaba satisfactorio.

2. *Aberratio in personam*. El error en la persona a diferencia del error en el golpe se presenta como otro caso de error en el proceso de ejecución. Aquí, el individuo no yerra en el golpe, sino que atina en el blanco, sin embargo, el autor, desde un principio ha equivocado a la persona, toda vez que pretendiendo lesionar a un sujeto "B" y creyendo que se trata de él acierta en el blanco que resulta ser "C".

En estos casos, en términos generales la jurisprudencia mexicana y la doctrina ha sido uniforme en considerar que, dejando a salvo las variables derivadas de las condiciones personales, las calidades del sujeto activo y del pasivo, y sus relaciones personales, que son relevantes para la individualización de la pena, debe entenderse que, el autor quería matar a una persona y efectivamente así aconteció. (*Vgr.* : "A" disparó en contra de "B" y efectivamente mató a la persona "B", en contra de

quien efectuó el disparo ya quien pretendía privar de la vida, independientemente de que después descubra que no era la persona en contra de quien pretendía dirigir su acción criminal).

3". *Aberratio in objectum*. El error en el objeto, por su parte, hace referencia al error que deriva de dirigir la conducta en contra de un cierto objeto, puro en lugar de afectar a éste, daña a otro. La solución a su problemática, se rige con las mismas características apuntadas en relación con las otras formas de error en la causalidad.

En estricto sentido, parecería que si se trata de un error en el proceso de ejecución, estaremos frente al caso de un delito tentado doloso, más un delito consumado culposo, en la inteligencia de que este último solo será punible en la medida en que la ley expresamente autorice la punición de la conducta culposa. En general la interpretación jurisprudencial y de la doctrina mexicana ha sido en el sentido de considerar el resultado producido, a su vez delimitado en los términos que precisa la individualización en los artículos 51 y 52 del código penal.

4 . *Dolus generalis*. Es el error que recae sobre la causalidad. Se presenta, cuando el autor cree haber alcanzado el resultado típico por él propugnado, siendo que este sobreviene, como consecuencia de un curso causal distinto. (*Vgr.*: Una persona "A", deseando causar la muerte de un sujeto "B" lo agrede a golpes hasta que queda privado de su conciencia; creyéndolo muerto, lo lanza al río para desaparecer el cuerpo; acontece que la víctima estaba solo desmayada, y el resultado de muerte se produce por ahogamiento, a consecuencia de) acto posterior del autor.)

La doctrina, sobre el particular, se divide en dos posiciones. La primera estima que se trata de un error irrelevante, considerando que si bien la previsión de la causalidad del autor es errónea y se plantea una desviación en el curso causal, esta desviación, sin embargo, es irrelevante respecto del resultado, razón por la cual debe considerarse exclusivamente este último para determinar el tipo delictivo de que se trate. En posición diversa, otra parte de la doctrina estima que no se trata de una conducta, sino que son dos conductas distintas, que exigen tomar en cuenta la desviación del curso causal como una desviación relevante; se observaría así, para quienes así lo entienden, que se trata de una tentativa de homicidio a la que se suma un homicidio culposo. Lo que supone una respuesta jurídica similar a la señalada respecto de las demás formas de error en el proceso de ejecución.

El artículo 14 del código penal consigna esta figura: Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con

los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Artículo 303. Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior ("homicidio"] no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que 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 por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; II. (Derogada); III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos penales. Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones in-feridas.

ARTÍCULO 304. Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y

III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

ARTÍCULO 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

13. *El elemento volitivo del dolo.* Una vez que hemos analizado el primer elemento del dolo, es decir, el relativo al conocimiento o répre-

sentación, vale proceder al análisis de su segundo elemento, la "voluntad", la cual, sobre la base de la representación, implica el querer que se habrá de manifestar y exteriorizar en la dirección deseada.

Este aspecto volitivo del dolo lleva a la necesidad de plantear las diversas formas en que se presenta la voluntad o querer. Se hace referencia, así, a los conceptos del "dolo directo", "dolo eventual" y "dolo indirecto", independientemente de otras clasificaciones menos frecuentemente señaladas.

1 . *Dolo directo*. El dolo directo se presenta cuando el autor quiere la producción de un resultado típico. Cuando quiere la realización de todos y cada de los elementos objetivos y normativos del tipo (*Vgr.* : un sujeto "A" quiere defraudar a otro sujeto "B" y, en consecuencia, lo engaña o se aprovecha del error en que se encuentra y le causa un perjuicio económico con el que se beneficia él mismo). Como se observa, en el caso del dolo directo existe una coincidencia plena entre la voluntad del autor y el resultado producido. Es el caso que por excelencia concreta y define el elemento subjetivo de la conducta típica.

2'. *Dolo eventual*. A diferencia del caso anterior, en el caso del "dolo eventual", el agente no quiere producir el resultado típico, sin embargo, en el interés de alcanzar el fin que se propone, está dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta y hecho típico, aun cuando desee que estos no se produzcan. (*Vgr.:* un sujeto "A" quiere causar la muerte de un sujeto "B", que es el director de la empresa en la cual trabaja y, a dicho fin, teniendo conocimiento que hará un viaje en su vehículo, coloca una bomba con el fin de causar tal evento; él no tiene conocimiento si su futura víctima viajará solo o si irá acompañado, y si bien sólo desea causar la muerte a su víctima y por lo mismo incluso desea y espera que se traslade solo y no en compañía de terceros, sin embargo, está dispuesto a aceptar las consecuencias de su conducta, frente al caso eventual de que vaya acompañado de otras personas, quienes muy probablemente también podrían resultar afectadas en su vida o en su integridad corporal). En tal caso, se estará dando la presencia, de un dolo directo respecto del resultado querido y también producido (homicidio del director de la empresa), y un dolo eventual, respecto del resultado no querido, pero si aceptado (lesión y homicidio de los terceros acompañantes). Como se observa, en el caso del dolo eventual, en sentido estricto no existe la voluntad de causar el resultado típico y antijurídico, pero es asimilada a ésta, para los efectos de su responsabilidad penal, su aceptación de las consecuencias del resultado producido.

En este mismo orden de ideas, la figura del dolo eventual guarda relación ya su vez establece su diferencia, con la "culpa con representación" o "culpa consciente", en donde también se da un resultado típico y antijurídico que en sentido estricto no es querido, pero en donde, a diferencia del dolo eventual, el agente, confiando en su pericia o en sus capacidades, da por entendido que dicho resultado no habrá de producirse, es decir, en la voluntad del autor, no existe una aceptación psicológica acerca de la producción del resultado típico, que es precisamente, lo que identifica al dolo eventual, razón por la cual no hay dolo, y sí, en cambio, se da la culpa, siempre que en términos de la ley penal, la culpa aparezca punida. Se establece así, la diferencia y el límite entre el dolo eventual y la culpa consciente.

Vale observar, finalmente que aun cuando en teoría, parece fácil establecer la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, en la práctica, tal diferencia plantea no pocas dificultades para su concreción, lo que naturalmente depende de los elementos de prueba.

3'. *Dolo indirecto*. La doctrina se refiere también al caso del "dolo indirecto", por algún mencionado como "dolo indefinido" o "dolo indirecto de segundo grado". La diferencia entre éste y el dolo directo (en ocasiones mencionado como dolo directo de primer grado), deriva del texto de algunas legislaciones que así los previenen, haciendo consistir el concepto del dolo indirecto en que el resultado producido no se desea, pero se tiene la certeza de que habrá de producirse, es decir, se acerca al caso del dolo eventual, del cual, sin embargo, se diferencia porque en este último no existe la certeza de la producción del resultado no querido, en tanto que en el dolo directo de segundo grado o dolo indirecto, sí. (*Vgr.:* Un sujeto "A" quiere causar la muerte de un sujeto "B", jefe de Estado, ya tal fin, prepara lo necesario para causar su muerte, así, estando en conocimiento de que habrá de trasladarse a otro lugar en su vehículo, acompañado con otras tres personas, coloca un explosivo en el mismo, causando la muerte tanto del jefe del Estado, como de los tres acompañantes. En el caso, estaremos en presencia de un dolo directo, o directo de primer grado, respecto de resultado querido referente a la muerte del jefe de Estado, y habrá dolo indirecto, indeterminado o directo de segundo grado, respecto de la muerte de las otras tres personas, respecto de los cuales se tenía conocimiento cierto de que al viajar habrían de resultar igualmente afectadas en su vida, resultado, éste, que si bien no es el deseado, sin embargo si es aceptado como mal colateral inevitable), Esta figura, es frecuentemente mencionada por la.-doctrina como el dolo de consecuencias necesarias.

En relación con el fundamento de la responsabilidad y punibilidad del dolo eventual, más allá de los extremos de la teoría de la probabilidad, expuesta, que es la generalmente utilizada, vale recordar a Roxin que pone el acento en el aspecto volitivo, al señalar que la razón de la responsabilidad obedece a que en tales casos, el autor decide lesionar el bien jurídico protegido, a partir de su representación acerca del resultado probable, con lo que fortalece el criterio del consentimiento tácito en la producción del resultado y la consecuente aceptación de su responsabilidad, pronunciando a la vez su sentido como elemento subjetivo de la conducta típica y

La función del elemento subjetivo de la conducta típica. El elemento subjetivo de la conducta típica, en la tipicidad al igual que los restantes elementos objetivos y normativos de la misma, tiene una función constitutiva, fundamentadora, garantizadora e indiciaria.

Función constitutiva. La presencia de los elementos subjetivos, objetivos y normativos de la conducta típica son necesarios para la integración de la tipicidad y su ausencia origina que, en el caso del elemento subjetivo, la voluntad de la conducta no sea atribuible al tipo penal correspondiente, impidiendo la existencia del delito.

Función garantizadora. El elemento subjetivo de la tipicidad guarda un contenido de garantía para la ciudadanía, en el sentido de que sólo las conductas que sean atribuibles al tipo penal y, en este sentido, también en lo relativo al elemento subjetivo, será posible proceder penalmente contra de una persona por la comisión de un delito, naturalmente siempre que se reúnan todos los presupuestos de la punibilidad y de la pena. Cumple, así, una función de garantía para la sociedad, en el sentido de que no podrán ser afectados penalmente sus miembros, sino respetando tales características exigidas por la ley penal.

Función indiciaria. A su vez, como parte de la tipicidad, participa también de la función indiciaria que esta tiene respecto de la antijuridicidad, ya que para que se analice esta última, es necesario, previamente, que se de la antinormatividad de la conducta que deriva de la existencia de la conducta típica (tipicidad).

o. Los elementos subjetivos diversos del dolo de la conducta típica. Al referirnos a los elementos del tipo, al ocuparnos de los presupuestos del delito, observaba que ciertos tipos penales no agotan su elemento subjetivo con la presencia exclusiva del dolo, si no que asimismo incorporan la exigencia de otros aspectos generalmente vinculados con las motivaciones o con las relaciones personales, etcétera, que suponen verdaderas formas específicas de la subjetividad del autor, exigidas por el propio tipo y que, por tanto, exigen para que se de la conducta típica, que las

mismas se presenten en forma igual como característica subjetiva de la propia conducta. Por esta razón se les denomina como elementos subjetivos del tipo, diversos del dolo. t Clasificación de los elementos subjetivos del tipo diversos del dolo en relación con la conducta típica.

Los elementos subjetivos del tipo diversos del dolo son los que a continuación se analizan.

1. *Elemento subjetivo de intención trascendente.* Implican el caso más característico. Aparecen en aquellos tipos en donde la subjetividad exigida en la conducta típica va más allá de la realización objetiva exigida. De esos existen dos casos:

Delitos de resultado cortado; y

Delitos de dos actos reducidos a uno.

1. *Delitos de resultado cortado.* En este caso el legislador prescinde del resultado y le es suficiente el acto. (Vgr.: en el delito de difundir noticias falsas con el fin de alterar los precios, la conducta típica consiste en difundir noticias falsas, sin que sea requerida, para la integración del tipo, la alteración de los precios. En el ejemplo expuesto, en la medida en que el resultado material no es exigido, la referencia subjetiva a la alteración de los precios queda conformada como un elemento "subjetivo específico del tipo).

2. *Delitos de dos actos reducidos a uno.* Estos delitos, también llamados delitos de dos resultados incompletos, suponen la realización de dos conductas, pero solo respecto del primero exigen la realización del acto, en tanto que para el segundo, solo lo enuncia. (Vgr.: adquirir títulos al portador falsos, para ponerlos en circulación, en donde los dos actos aparecen conformados, el primero por la adquisición de los títulos y, el segundo, por la puesta en circulación; en estos casos para el legislador, solo es necesario la adquisición de los títulos y que tal adquisición sea con el fin de ponerlos en circulación, sin que sea necesaria la puesta en circulación sí misma).

2'. *Elemento objetivo de tendencia.* Se da en aquellos casos en donde la acción aparece penetrada por una "ultra intención" derivada de un ánimo específico, ante cuya falta el delito no se presenta. (Vgr.: para que se de el delito de abuso sexual es necesario que los tocamientos que se realizan, lleven una cierta tendencia lasciva).

3'. *Elemento subjetivo de expresión.* En donde la subjetividad exigida por el tipo, supone una cierta inconformidad o disconformidad entre la realidad y lo actuado. (Vgr.: el delito de falso testimonio).

4. *Elemento subjetivo psicológico situacional.* Expresa una determinada relación del sujeto agente con la situación en que se encuentra, lo que lógicamente está más allá de la mera exigencia del dolo. (*Vgr.:* en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, el concepto mismo de funcionario, exige que el sujeto actúe en una cierta función pública, lo que supone un cierto elemento psicológico situacional, que implica que el sujeto tenga una cierta actitud consciente respecto de la función pública que realiza y de la situación pública específica en que se encuentra).

5'. *Elemento subjetivo de ánimo.* Implica elementos referentes a la personalidad del sujeto agente (*Vgr.:* cuando la ley hace referencia al ensañamiento). Estos casos, más que un problema de tipicidad, parecen encontrar, con mayor razón, una mejor ubicación dentro de la culpabilidad, como un ámbito específico referido a la personalidad del sujeto responsable.

Debe cuidarse evitar la confusión que existe entre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, con otros elementos subjetivos también distintos del dolo que en realidad son componentes de la culpabilidad. En este sentido, debe tenerse presente que la más frecuente causa de dificultad al respecto, sobreviene como consecuencia de la confusión entre los motivos y las finalidades que trascienden al tipo objetivo, es decir, entre los motivos y la tendencia interna trascendente, toda vez que los motivos son siempre una cuestión de la culpabilidad, en tanto que las finalidades que trasciende al tipo objetivo si suponen un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Los motivos, responden a la interrogante ¿de dónde? En tanto que las tendencias internas trascendentes, responden a la pregunta ¿a dónde? (*Vgr.:* matar, para recibir un pago por ello, o robar por codicia o por placer; o bien destruir objetos .o causar daños en propiedad ajena por odio racional o religioso, son invariablemente situaciones que hacen referencia a los motivos y por lo mismo relativas a la culpabilidad. En cambio, situaciones tales como cometer un delito para ocultar otro delito como podría serlo matar o cometer un delito para asegurar los resultados de otro delito cometido, o para facilitar o consumarlo, o bien para preparar el escape del agente, etcétera.) Son casos que se mueven en el campo de la tendencia interna trascendente, que si es elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, de la tipicidad.

CAPITULO VIGÉSIMO CUARTO LAS ATIPICIDADES EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

SUMARIO: I. Concepto. II. Clasificación de las atipicidades. III. Análisis de las atipicidades. I. Ausencia de atribuibilidad general. (Criterios estructurales generales de no atribución de la conducta al tipo). *a)* Cumplimiento de un deber. *b)* Principio de intervención mínima o de *ultima ratio* del derecho penal. *c)* Ausencia de algunas de las características fundamentales de la atribuibilidad de la conducta al tipo (Falta de algunos de los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos). *d)* Atipicidad estructural general por no atribución de la conducta del tipo, en función del riesgo permitido. a. Criterio general de no atribución en función del riesgo permitido. 13. Criterio general de no atribución, con apoyo en la teoría del peligro permitido en relación con el fin de protección de la prohibición de la norma. 1'. Principio de autonomía de la víctima. 2'. Principio de pertenencia al ámbito de protección de la norma penal. 2. Ausencia de atribuibilidad específica. (Criterios específicos de no atribución de la conducta del tipo). *a)* Actos inconcientes y actos reflejos. *b)* Fuerza física irresistible. a. *Vis absoluta*. 13. *Vis Maior*. *c)* El consentimiento del ofendido. a. El consentimiento como causa de atipicidad o de antijuridicidad. 13. El límite del consentimiento. y. El consentimiento en lesiones causadas en los deportes y en intervenciones quirúrgicas. *d)* El caso fortuito. a. Concepto. 13. Ubicación sistemática. y. Caso fortuito y concurrencia de culpas. *e)* El error de hecho y el error de derecho. 1> El error de tipo y el error de prohibición. *g)* Error de tipo. a. Concepto. 13. El error vencible y el error invencible. y. Error esencial y error accidental. *k)* Observación a la denominación "circunstancias que excluyen el delito". a. Legislación mexicana en relación con las atipicidades. 13. La responsabilidad objetiva en derecho penal. 1'. El problema general. 2'. *El versan in re üicita*. *i)* El principio *actio libera in causa*. *j)* La preterintención.

CONCEPTO:

Son causa de atipicidad aquellas situaciones que originan la falta de atribuibilidad al tipo del delito de que se trate, lo que implica la falta de tipicidad y, como consecuencia, la inexistencia del delito.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS ATIPICIDADES

En términos generales, las atipicidades estructurales de la conducta típica pueden ser clasificadas dentro de dos grandes grupos, de la manera siguiente:

Criterios estructurales generales de no atribución de la conducta al tipo: Cumplimiento de un deber.

Principio de intervención mínima o principio de la *extrema ratio* de la ley penal; Ausencia de algunas de las características fundamentales de la atribuibilidad de la conducta al tipo (falta de alguno de los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos).

Atipicidad estructural general de no atribución de la conducta al tipo en función del riesgo permitido.

Criterios específicos de no atribución de la conducta al tipo.

Ausencia de acción. (Sueño, sonambulismo, hipnotismo, movimientos reflejos, movimientos involuntarios, movimientos por J actos terapéuticos o derivados de cuadros patológicos mentales 1 (*Rictus epilectico*).

Fuerza física irresistible. (*ViS' absoluta y viS' maior*). *Caso fortuito*.

Consentimiento. Error de tipo.

III. ANÁLISIS DE LAS ATIPICIDADES

Superado el análisis general de la conducta típica (en todo su ámbito situacional) en su atribuibilidad al tipo previsto en la ley penal, una vez que aparecen integrados todos los elementos que exige el tipo delictivo para determinar la tipicidad de la conducta, resulta necesario proceder al análisis de todas las situaciones susceptibles de presentarse como causas de atipicidad, lo que en realidad implica sólo una nueva revisión de que efectivamente están dados los extremos necesarios para afirmar la atribuibilidad al tipo penal, de la conducta típica. Esto significa, que la presencia de una causa de atipicidad, lo único que está afirmando es que no existe tipicidad y que la conducta objeto de análisis no es típica. Estas son las siguientes, -

I, *Ausencia de atribuibilidad general. (Criterios estructurales gene les de no atribución de la conducta al tipo)*

a) *Cumplimiento de un deber* El ámbito de la tipicidad es el ámbito de la "normatividad del acto" i y, por lo mismo, es el ámbito propio de la definición del "deber" y el súalamiento de la obligatoriedad de su cumplimiento, a través del "mandato" o "prohibición" contenido en el "precepto" o "tipo" de la ley i penal, a su vez, conminado con la coercibilidad penal correspondiente, i Es precisamente en la tipicidad en donde se hace necesario revisar el , cumplimiento de este deber. Así, en el entendimiento de que el orden jurídico es un "orden" y' no un desorden" jurídico es necesario reconocer que en el ámbito mismo de la normatividad, en el derecho no pueden existir deberes contra dictorios o contrapuestos, porque ello implicaría no un "orden jurídico" sino un desorden jurídico".

Cuando el derecho, a través de la norma, ordena o prohíbe una: cierta conducta y simultáneamente en otra disposición legal, ordena d

"prohíbe una conducta contradictoria sólo una de ellas puede ser válida y la otra queda neutralizada y destruida por la especial (*Vgr.*: si el artículo 302 del código penal previene como delito de homicidio, la conducta de privar de la vida a otro y, por otra parte, la ley militar ordena salvaguardar la seguridad de la nación, lo que obliga a matar en defensa de ella, previniendo, incluso, una sanción que puede ser la pena de muerte para quien incumpla tal mandato). Es evidente que el militar que cumple con la ley militar, no esta cometiendo una conducta de homicidio legitimado, sino que, acaso, bajo una mejor concepción y precisión jurídica acerca del contenido de la ley, está cumpliendo con lo ordenado por lo dispuesto en la propia ley (militar). En tal caso, el planteamiento lleva a cuestionar si tal conducta debe ser reconocida como típica y antinormativa para después quedar justificada, o bien, si desde su inicio mismo, puede y debe ser reconocida como el solo cumplimiento de un deber y no como violadora de un deber contrapuesto y por tanto antinormativa. Este criterio en nuestra opinión es más acertado.

El meollo del problema está en el reconocimiento de la existencia y prevalencia de un deber previsto en la ley penal, frente al caso de la colisión de deberes previstos en la ley. naturalmente en estos casos, la interpretación de la norma exige atender el principio de la especialidad.

Vale precisar que en, estos casos, como se observa, nos mantenemos en el estricto campo del cumplimiento de un deber, que es el campo propio y específico de la normatividad y de la tipicidad, sin que se inicie aún el estudio de otro tipo de valoraciones que exige el derecho pe

nal y que implican el análisis acerca del ejercicio de alguno de los derechos de los miembros de la comunidad que el propio orden jurídico del estado de derecho reconoce y cuyo conocimiento corresponde al ámbito de la antijuridicidad.

En efecto si se consideran todas las valoraciones propias de esta última, recogidas en las reglas permisivas, es decir, las reglas a través de las cuales el derecho permite actuar al individuo de una manera diversa a la expresamente prohibida u ordenada en la norma penal, suponen, en realidad, sólo el fundamental reconocimiento a los derechos que tienen los individuos que viven y conviven en la sociedad; reconocimiento, éste, que aparece recogido en las diversas valoraciones que son propias del derecho en general, y cuyo significado en el campo penal supone la "legitimación" o "justificación" de la conducta antinormativa típica y, por tanto *en* su caso, de la inexistencia del delito.

En síntesis, el cumplimiento de un deber se presenta no como una causa de justificación, sino, con más propiedad, como una causa de atipicidad general, que origina la inexistencia del delito. Corrobora esto, por último, la observación de que, en los casos de ejercicio de un derecho que identifican a las causas de justificación el Estado no ordena a la persona para actuar de la manera en que lo hizo, dando lugar a la legitimante, sino que sólo reconoce el derecho que la persona tiene para actuar así. En el cumplimiento de un deber, en cambio, ocurre una situación contraria porque aquí el Estado sí ordena actuar de una determinada manera, la cual, por tanto no implica el ejercicio de un derecho sino el cumplimiento de un deber.

b) *Principio de intervención mínima o ultima ratio del derecho penal* La segunda causa de atipicidad estructural de no atribución y que surge de la naturaleza misma del derecho penal es la relativa a su característica de "ultima ratio", en base al principio de intervención mínima del derecho penal.

Este caso en cierta forma se acerca al estado de necesidad, que, sin embargo, encuentra solución desde la tipicidad misma, estimando que no es necesario acudir a la legitimación de una conducta típica, apoyada en el ejercicio de un derecho de quien así actúa, propio de las valoraciones de la antijuridicidad, por considerar que el problema logra ser mejor resuelto en el campo mismo de la tipicidad. En efecto, desde la perspectiva de las teorías de la disminución del riesgo y del peligro permitido, en razón de las cuales, la conducta no genera un incremento del riesgo de lesión al bien jurídico, sino que la disminuye, desde el punto de vista de su significación social.

La respuesta jurídico penal de la sociedad debe ser el último recurso jurídico al que acude el Estado cuando otras formas de respuesta social que ofrece el derecho no resultan ser suficientes.

En este sentido y aprovechando dicho principio de interpretación de la ley, se observa que el mismo es de utilidad y es relevante en la interpretación de los tipos abiertos, particularmente en relación con los delitos culposos y con los delitos de omisión impropia, los cuales, por su naturaleza misma, ofrecen ciertos ámbitos específicos que necesariamente exigen ser interpretados y cerrados por el juzgador, como es el caso del contenido de la violación al deber de cuidado en el delito culposo y las calidades que derivan de la posición garante, en los delitos de omisión impropia. Así, tales casos, deben ser interpretados a la luz del principio de la *última ratio* y, en función de este, cuando exceden su ámbito deberán ser entendidos como causa de atipicidad.

c) *Ausencia de alguna de las características fundamentales de la atribuibilidad de la conducta al tipo. (Falta de algunos de los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos)*

i Un tercer grupo de las causas de atipicidad por no atribución general ala estructura del tipo son las atipicidades que derivan de la falta de algunas de las características fundamentales de atribuibilidad al tipo penal, que se constituyen como los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos del tipo. En este sentido, la falta en la conducta típica de cualquiera de los elementos del tipo será una causa de atipicidad. Así, la falta inicial e indiciaria, de lesión al bien jurídico típica e indiciaria de violación al deber previsto en la ley penal; la ausencia del sujeto activo o pasivo del delito; la falta de la conducta y/o en su caso, del resultado material o del dolo o la culpa, en los términos del ámbito situacional previsto en la norma, las referencias de tiempo, espacio, ocasión, modo o en relación con los medios; en los tipos que así lo previenen, serán a su vez origen de atipicidad.

d) *Atipicidad estructural general por no atribución de la conducta al tipo en función del riesgo permitido*

a. *Criterio general de no atribución en función del riesgo permitido.* Tampoco existe atribución de la conducta al tipo y, por tanto, no hay tipicidad, si la conducta en el ámbito situacional en que se presenta, aparece producida dentro del ámbito del riesgo permitido.

La estimación del riesgo debe ser valorado en función de la conducta en su ámbito situacional, desde la perspectiva de que ésta implica un proceso de interacción y no desde la perspectiva del resultado, en el sentido solo del proceso causal.

Los constructores de las vías de circulación, las empresas dedicadas a la construcción de automóviles, los dueños de gasolineras, etcétera, tienen conocimiento de que la actividad a que se dedican implican cierto riesgo y que en las carreteras que serán construidas ocurrirán accidentes, y que los vehículos que serán construidos, si bien servirán para trasladar a los individuos, también serán origen de accidentes que afectan bienes jurídicos de las personas; situación similar acontece con el funcionamiento de las gasolineras, en donde igualmente siempre existirá un riesgo para la comunidad, que la actividad misma de la empresa implica. En todos estos casos, la significación social que tienen tales actividades, contempladas desde la perspectiva de la interacción social que implican, llevan a reconocer que la conducta que las origina, dentro del ámbito situacional en que se plantean, no puede ser considerada como una conducta típica, precisamente porque se mueven dentro del ámbito del peligro permitido, reconocido por la propia sociedad desde la perspectiva de la interacción social y significación que representa.

Naturalmente, si el riesgo permitido es sobrepasado sí se podrá generar una situación que sea atribuible aun tipo penal legal (*Vgr.* : en la construcción de vehículos, si no se tiene el cuidado necesario para que se mantengan los niveles y límites de seguridad establecidos como indispensables para su circulación; o en la construcción de carreteras, si éstas son construidas sin prever las exigencias técnicas de ingeniería que recomiendan el uso de materiales adecuados, o el peralte necesario en las curvas o las medidas de seguridad que evite el riesgo de los derrumbes sobre la carpeta de circulación, en puentes o túneles. etcétera, lo cual incrementaría innecesariamente el riesgo de accidentes).

Disminución del riesgo. Si la conducta que produce el resultado típico implica su realización por la disminución del riesgo o del peligro permitido debe entenderse que no habrá atribuidad de esa conducta j con el tipo penal que corresponda (*Vgr.*: si un sujeto "A" al darse cuenta que un sujeto "B" intenta disparar en contra de "C" para privarlo de su vida, interviene tratando de evitar el suceso criminoso y como consecuencia de su intervención modifica el proceso causal señalado ya iniciado, en manera tal que el disparo en lugar de privar de la vida a "C", solamente le ocasiona lesión a una pierna es evidente que aun cuando el sujeto "A" intervino en el proceso causal que determinó la lesión de "C", no podrá ser responsabilizado penalmente, por las lesiones causadas, en la medida en que su conducta supuso la disminución del riesgo en la situación señalada). Si esta misma situación fuera analizada ala luz estricta del nexo de causalidad y las teorías que lo implican, fundamentalmente la única científicamente válida, la de la equivalencia de las condiciones, el juicio respectivo resultaría ser en sentido contrario, toda

vez que no es posible negar que el sujeto "A" intervino efectivamente en el proceso causal que desencadenó el resultado de las lesiones señaladas. Por esto, la teoría de la estricta causalidad no es suficiente para resolver estos casos.

"~. *Criterio general de no atribución, con apoyo en la teoría del peligro permitido en relación con el fin de protección de la prohibición de la norma*

Partiendo nuevamente del principio del peligro permitido, en relación con la conducta considerada desde su ámbito situacional, desde la perspectiva del proceso de interacción social, y no desde la perspectiva del resultado, sino tomando en cuenta la significación y sentido valorativo de la conducta realizada, desde la cual se reconoce también el fin de , protección de la norma.

En este sentido se entiende que el objetivo de la prohibición esta referido precisamente a situaciones que implican un mayor riesgo de las acciones propias, precisamente para evitar que acontezcan resultados lesivos a los bienes jurídicos protegidos por la ley penal. Se plantean aquí dos diferentes situaciones que habremos de explicar a continuación.

1'. *Principio de autonomía de la víctima.* Se refiere a la necesidad de precisar cual es el papel que juega la víctima dentro del ámbito de la protección a la norma, teniendo en cuenta el contenido de interacción social que implica ésta. Es decir, si se reconoce que la norma invariablemente representa un cierto ámbito de relación social y que existe un

II y un otro, un sujeto a cuyo que actúa y un pasivo que resulta ser afectado, además de la expectativa del tercero que en su caso deberá actuar el contenido coercitivo consecuente a la norma jurídica, surge la necesidad de precisar cual es la situación de la víctima en dicha relación. (*Vgr.:* en el caso de un sujeto "A", que estimando ser ofendido por un sujeto "B " que ha mancillado el nombre de la familia saca una arma e intenta actuar en contra de dicho sujeto "B", pero en el camino se interpone la madre de "A" que no quiere que su hijo se convierta en un homicida, razón por la cual al disparar el sujeto "A", produce la muerte de la madre, en este caso no es posible considerar que se trate de un parricidio, o incluso un homicidio doloso, toda vez que no es posible dejar de tener en cuenta la voluntad de la madre, aquí sujeto pasivo y víctima). Esto, significa, a la vez, se esta partiendo de la significación y sentido valorativo de la conducta del agente, que en el caso no pretendía matar a la madre, como también se toma en cuenta la situación de la víctima que voluntariamente se colocó en la situación que originó el evento penal final. En síntesis, significa tener en cuenta el significado y sentido valorativo de la conducta y el ámbito si,

tuacional en que se presenta, dentro del ámbito de protección de la norma penal, y de cuya valoración deriva la posibilidad de atribución o no de la conducta al tipo descrito en la ley penal.

Este ámbito relativo al interés de tener en cuenta el rol de la víctima, es relevante no sólo porque pueden significar situaciones que impliquen la exclusión de la atribución de la conducta al tipo, sino también, porque significan situaciones que pueden suponer una variable útil en el proceso de individualización de la pena, pudiendo actuar como atenuantes. Así, el caso de la víctima del delito de violación que acostumbra pasear en condiciones particularmente llamativas, y con acciones que pudieran estimarse como particularmente provocativas en sentido erótico, las cuales podrían actuar como motivación desencadenante de la conducta lasciva del agente; o bien el caso del ladrón que hurta en casa de la víctima misma, que acostumbra dejar su casa con la puerta abierta; o bien el caso de los robos en supermercados y tiendas de autoservicio en donde las políticas comerciales seguidas para favorecer el más fácil y directo acceso del público a los bienes de consumo, como parte del sistema de propaganda y de venta, originan colateralmente que se facilite la posibilidad de comisión de las conductas ilícitas de robo, aspecto, éste, que incluso aparece contemplado como parte de las pérdidas regulares de la empresa, con un costo calculado e incluso frecuentemente objeto de algún seguro. Estas situaciones, operan como una atenuante de la punibilidad e, incluso, pueden ser origen en la variación de las políticas penales, que pudieran preferir considerarlos como casos objeto de destipificación, para considerarlos preferentemente en el ámbito del derecho administrativo penal o del derecho mercantil.

2'. *Principio de pertenencia al ámbito de protección de la norma penal.*

Este principio aparece planteado cuando en la comisión de un delito, el ámbito situacional resulta ser de responsabilidad ajena, caso en el cual, naturalmente se da la atipicidad de la conducta, respecto de la situación que le resulta ajena. (*Vgr.:* Un sujeto "A" atropella a un sujeto "B" y le causa lesiones de fractura en una pierna, sin embargo al ser trasladado el sujeto pasivo al hospital, al serle administrado el antibiótico para evitar la infección, el lesionado fallece por el efecto del medicamento al cual es alérgico). En el caso, es claro que, el resultado de muerte obedece a un curso causal del todo ajeno y diferente del que originó la fractura original, y por esto, el ámbito de protección de la norma relativa a la acción del autor de la fractura por atropellamiento, no puede abarcar el control y vigilancia de la conducta y el actuar médico, que forma parte de un ámbito de protección que queda directamente bajo el cuidado médico.

En todos estos casos que venimos examinando, según se observa, se presentan situaciones donde invariablemente se da el nexo de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero en donde tal nexo no es lo determinante para que en su momento se pueda conformar la tipicidad. En éstos, la solución encuentra apoyo en la , rectificación operada por vía de la teoría de la imputación objetiva a que se viene haciendo referencia y que es la que resulta ser relevante para determinar la atribuibilidad de la conducta al tipo penal.

Finalmente, vale señalar la relación que guarda el tema que nos ocupa con la "teoría de la causa adecuada" como limitadora del alcance del nexo de causalidad, que, sin embargo, en el modelo sistemático causalista, al suponer el tema en cuestión un ámbito vinculado con la subjetividad del sujeto agente, exige ser estudiado y analizado hasta la culpabilidad, implicando el "correctivo por la culpabilidad" a que se refiere que supone el estudio del problema ya no en la tipicidad, como tampoco en la antijuridicidad, sino hasta la culpabilidad, por lo que la teoría de la imputación objetiva se ofrece de utilidad para resolver el problema desde el ámbito mismo de la tipicidad.

Por otra parte, en la sistemática del modelo causal valorativo y finalista que ubica al dolo en el tipo, el problema ya no se presenta en el ámbito de la culpabilidad sino directamente en la tipicidad, si bien vinculado con el ámbito de su elemento subjetivo, a su vez en relación con el elemento objetivo de la conducta típica, en tanto que la respuesta dada por la teoría de la imputación objetiva logra su solución dentro del ámbito mismo del elemento objetivo de la conducta, en el análisis de la tipicidad, toda vez que si la conducta no puede ser objetivamente imputada, la misma no será atribuible al tipo penal y por lo mismo no será constitutiva de delito.

En síntesis, los tipos previstos en la ley penal surgen de la base de que está dada una cierta definición acerca de los bienes jurídicos. Esta definición, primero es cultural, al superar el proceso legislativo que la constituye en valoración jurídica, implicando *ipso jure* una protección a los mismos por parte del Estado, en cuanto estructura de poder formalizada de la voluntad general social, que los reconoce, desde ese momento como "bienes jurídicamente protegidos".

2. Ausencia de atribuibilidad específica. (Criterios específicos de no f atribuición de la conducta del tipo)

Surgen así, los tipos penales que significan la individualización normativizada de una determinada conducta dentro de un cierto ámbito situacional, que implica la concreción del interés social en este sentido, y que supone, un proceso de comunicación, que es dialéctico e interaccio-

nado entre los sujetos que intervienen en el drama penal" que a su vez representa el contenido de la relación social.

Este proceso de comunicación normativizado que supone la creación del "bien jurídico", a la vez que su protección, implica un juicio de valor que aparece recogido en el deber insito en la prohibición o el mandato de una cierta conducta, que concreta ese sentido general que explica al derecho como orden de regulación de conducta humana y consecuentemente, un orden de relación social. En el orden de ideas que se expone, en la tipicidad lo fundamental es el ámbito central de interés; es el juicio valorativo de atribuibilidad de la conducta al tipo penal para determinar si puede ser considerada como una conducta típica, que es precisamente, la función de la tipicidad. Lo fundamental, pues, es precisar y definir este juicio valorativo que implica la atribuibilidad de esa conducta al tipo penal.

Por esta razón, si bien nosotros hemos hecho referencia al nexo de causalidad al ocuparnos de la conducta y del resultado material, dentro del ámbito de la tipicidad, ello ha obedecido, según se apuntó en su oportunidad, al interés de procurar una mayor claridad del problema en cuestión, analizando su naturaleza y, teniendo e)) cuenta que dicho tema es frecuentemente objeto de tratamiento por una parte considerable de la doctrina, sobre todo la que se perfila conforme al modelo del causal naturalista y algunos del causal valorativo, en el ámbito de la conducta. Como también que su relevancia es incuestionable para la aplicación de la ley penal, aun cuando en estricto sentido, no forma parte del juicio de tipicidad, a partir de la atribuibilidad de la conducta al tipo, pero si lo es para determinar la base real de la conducta 1 típica.

La conducta es la exteriorización de la voluntad finalísticamente esta determinada, o lo que es lo mismo, el actuar conforme a Sentido y significación, naturalmente la ausencia o falta de acción o conducta, se da en aquellos casos en donde precisamente no se da la voluntad de la persona.

Así, cuando la conducta productora de un resultado material, evidentemente siempre derivada del hombre, resulte ser consecuencia de su solo actuar sin voluntad, es decir, sin sentido y significación, se estará en el caso de inexistencia de un delito por atipicidad, por ausencia de la acción.

Estos casos se dan en los actos inconscientes y en los actos reflejos que pueden manifestarse como secuelas de enfermedades, sea por razón de las altas temperaturas o como manifestación misma de una enfermedad, o bien en estados hipnóticos, de sueño, sonambúlicos, o letárgicos derivados de la embriaguez o del uso de drogas, en la inteligencia de que será necesario, que tales estados impliquen efectivamente la ausencia de

voluntad y no la presencia de una voluntad coartada, cuyo estudio de la problemática respectiva corresponde no a la tipicidad, sino al de la culpabilidad, como posibles casos de inculpabilidad.

..a) *Actos inconscientes y actos reflejos*. El acto inconsciente, es aquel que bien pasa por los centros superiores del cerebro, permanece en el ámbito de lo que esta fuera del control de la persona.

El acto reflejo no pasa por los centros cerebrales y por lo mismo está igualmente fuera de su control.

"Conciencia" es un concepto ambivalente. Por una parte, "conciencia" hace referencia a un concepto que se asimila al contenido del "su per. yo". En tanto que "consciencia", tiene un significado diferente que tampoco es uniforme. El concepto que aquí interesa obviamente el que tiene relevancia en el campo jurídico penal y que es que permite identificar al acto como "consciente", es decir, de la voluntad, para que la conducta pueda ser penal mente relevante.

Consciencia, así, es el resultado de las funciones intelectivas e implica una función sintetizadora del funcionamiento de toda la actividad psíquica de la persona. A reserva de ocuparnos con mayor amplitud de contenido de la consciencia, en el estudio de la culpabilidad, baste, esta sede de la tipicidad, señalar que es la falta de consciencia lo que origina los actos inconscientes en sentido estricto, mismos que unidos los actos reflejos, originan la atipicidad de la conducta por falta de voluntad de la acción.

Cuando falta la conciencia, sea que derive de un proceso patológico como pudieran serlo las altas temperaturas en una enfermedad, o bi, los movimientos inconscientes de ciertas secuelas morbosas como tendrían serlo los movimientos del *rictw epiléptico* que también son movimientos del cuerpo humano que están fuera del campo de la concientes de la persona; como también otros casos que derivan de procesos patológicos o morbosos, tales como los que deriven del trance hipotico, o del sueño, o de episodios sonambúlicos, se generan situación que originan atipicidad de la conducta, precisamente por ausencia la conducta, ante la falta del elemento interno de la misma, que es c voluntad.

b) *Fuerza física irresistible*. La fuerza física exterior irresistible *absoluta*, es otra de las causas que originan inexistencia del delito, atipicidad. La misma se presenta cuando una fuerza física exterior, cuando sobre una persona y siempre que sea irresistible, lo convierte un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que dice como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados.

En este ámbito, se plantean dos casos: la *vis absoluta* y la *vis maiori* a. *Vis absoluta*. La fuerza física irresistible derivada de la naturaleza.

Regularmente conocida como *vis absoluta*. (Vgr : a consecuencia de un movimiento telúrico la persona que se encuentra en un tercer piso, en el balcón de su domicilio, empuja el tiesto, haciendo que caiga y lesione al transeúnte que circula por la acera). En tal caso es claro que no puede afirmarse que la persona haya actuado con sentido y significación, ya que al trastabillar y perder el equilibrio solo ha intentado asirse del ny es el movimiento de la naturaleza el que lo ha impelido contra el tiesto, haciéndolo caer; como consecuencia la persona no ha actuado con consciencia y, por lo mismo, no hay una conducta suya que puede ser valorada como delito por ausencia de conducta típica.

13. *Vis maior*. Frente al caso anterior, una segunda forma de la fuerza física irresistible aparece en la figura denominada como *forza maggire* o *vis maior*, que implica la fuerza física exterior irresistible, derivada: no de la naturaleza sino de la mano del hombre y en donde, al igual que en el caso anterior, el sujeto queda convertido en mero instrumento de la acción de un tercero, razón por la cual, pasa a ser solo una fuerza mecánica de un proceso causal, puesto en marcha o interrumpido por el tercero, que sí es responsable, si es que a su vez actúa con sentido y significación. (Vgr.: una persona "A", que deseando la muerte de "C" acude ala estación del metro y aprovechando la muchedumbre que , también espera, y en el momento del paso del tren, empuja a una persona "8 ", quien a su vez, impelido por dicho impulso, se ve en la necesidad de empujar al sujeto "C" que está delante de él, quien cae en la vía del tren que le causa la muerte. Es evidente que, el movimiento del sujeto "8" que causó la caída del sujeto "C" muerto, no obedeció a un acto de su voluntad, sino que solo actuó como un mero instrumento del sujeto "A", quien sí es autor del delito, en términos de la relación de intercomunicación social que implica el derecho; es, asimismo, el caso del cartero, que entrega la carta portadora del explosivo sin conocimiento de ello, y que solo actúa como un instrumento del agente que envía la misma, quien sí es autor del delito de que se trata, en los delitos de autoría a distancia o autoría mediata).

c) *El consentimiento del ofendido*. La doctrina penal generalmente se ha ocupado del consentimiento, observándolo como una causa de legitimación o de justificación, ámbito en el cual se ha considerado susceptible de operar como tal, frente a los bienes disponibles y no frente a los bienes no disponibles, por lo cual es necesario definir si se trata de una i' causa de tipicidad o bien de una causa de justificación y, por otra parte

te, también el alcance de su operancia, respecto de la división señalada ; entre bienes disponibles y no disponibles.

ra. *El consentimiento como causa de atipicidad o de antijuridicidad* A ! nuestro parecer el consentimiento opera como una causa de atipicidad, ~ por la razón siguiente. El ámbito de la tipicidad es el ámbito propio del

..

t acto, donde el derecho define el sentido de la conducta social deseada, ~ determinando su sentido de orden de regulación social y de relación oficial, precisamente a través de la regulación de la conducta humana, para el objetivo de la convivencia, en función de la seguridad jurídica, a partir de la protección de los bienes penalmente protegidos.

A su vez, el ámbito de la antijuridicidad es el ámbito que recoge las valoraciones del derecho general, que se traducen en permiso, en autorización del propio derecho para actuar de otra manera. Ya no es el ámbito en donde se ordena una cierta forma de actuar, si no que se previenen las autorizaciones para actuar de manera distinta, en base al reconocimiento del orden jurídico, acerca del derecho que asiste a la persona, en cuanto miembro de la sociedad civil para defenderse o salvaguardar su propio derecho o el ajeno, frente a situaciones que implican un riesgo inminente para sus bienes jurídicos penalmente protegidos y, en funciones de esto, es que se le reconoce el permiso para actuar de manera distinta, dando origen a la legitimación o justificación jurídica de la conducta, que neutraliza la obligatoriedad inicialmente derivada de la tipicidad.

En este orden de ideas, el consentimiento es una noción que se mueve dentro del ámbito de la significación social de la conducta en su interrelación social, ámbito que es propio de la tipicidad y, en cambio, no implica su contenido forma alguna de permisión reconocida por el derecho, que es el ámbito propio de la antijuridicidad.

Atento a lo expuesto, parece resultar forzada la idea del permiso para consentir en sufrir una lesión, que es la solución a que concluye el conceptualizar el consentimiento como causa de justificación. En cambio si el propio consentimiento es entendido desde la perspectiva de su significación social, resulta más razonable y lógico concluir que no existe delito porque se da la atipicidad de la conducta, ante su falta. Este orden de ideas, es el que nos parece más sostenible y aceptable en la interpretación de la norma penal en relación con el consentimiento (*Vgr.:* el consentimiento en el robo).

p. *El límite del consentimiento.* El límite de consentimiento, debe estar determinado por la base misma que lo fundamenta: la libertad de la persona. "Así, el consentimiento no puede ser tal, que implique la, nega-

ción total de la libertad (*Vgr.* : no parece lógico pensar como admisible el consentimiento de la persona acerca de su propia esclavitud). i En este orden de ideas, es que se desarrolla la polémica en torno a I

la procedencia del consentimiento respecto de los bienes disponibles y; de bienes no disponibles. División que no resulta ser muy clara, según observa Stratewerth. El consentimiento se presenta como un ámbito en estrecha vinculación con el contenido y significación de la voluntad; a la vez, su núcleo mismo aparece como un ámbito de vinculación en la interrelación social, y es aquí donde se centra su delimitación respecto de los bienes no disponibles entendiendo por estos últimos los que están en dependencia directa con el interés de la sociedad. (*Vgr.* : la vida, sería el ejemplo típico de esto, en su doble ámbito de interés: desde la perspectiva individual, en cuanto capacidad de disposición del individuo acerca de su propia vida, y en donde se observa que el consentimiento no debe llegar al grado de aceptar la mutilación de sus propios derechos fundamentales, es decir, consentir en la esclavitud respecto de la libertad, o bien en la aceptación de su propia muerte que evidentemente trastoca su derecho a la vida; y, por otra parte, desde la perspectiva social, representada por el Estado, en donde tales bienes y su protección son precisamente la base de sustentación de la sociedad y el estado de derecho mismo).

En síntesis, consideramos que el consentimiento es una causa de atipicidad, que hace referencia al contenido de la conducta, dentro del ámbito situacional previsto en el tipo, en función de los bienes jurídicos penalmente protegido, disponible. Esto significa que el límite del consentimiento se cifra en que no puede llegar ala negación total del bien jurídico protegido. En tal situación el consentimiento solo podrá operar como atenuante. y. *El comentimiento en lesiones causadas en los deportes y en intervenciones quirúrgicas* .En relación con el consentimiento en las lesiones, causadas en los deportes, es de considerarse que el problema no difiere del planteamiento señalado acerca del consentimiento en general. Debe entenderse, así, como una causa de atipicidad, respecto de todos los casos de lesiones; solo cuando tal criterio se estimara insuficiente frente a su impugnación, sobre todo cuando la naturaleza de las lesiones impliquen la imposibilidad para afirmar la capacidad de decisión del pasivo, será necesario acudir a alguna otra de las justificantes que recoge la ley, como pueden serlo el ejercicio de un derecho derivado de la existencia de una actividad profesional, o funciones reconocidas por el Estado, o reglamentadas por la ley.

El mismo principio está igualmente ala base de la explicación de las lesiones derivadas de las intervenciones.quirúrgicas, tanto de las mé-

dicamente necesarias, como de las estéticas, con la misma salvedad apuntada respecto de las lesiones en los deportes, para el caso de que no sea posible afirmar el consentimiento como causa de atipicidad. Aquí, para el caso de la excepción, el ejercicio del derecho deriva del reconocimiento social de la actividad en la medida en que reconoce la actividad profesional a partir de la exigencia de la cédula profesional expedida por el propio Estado para el ejercicio, además de la reglamentación misma de las instituciones a cargo de la salud pública, entre 'i los cuales incluso algunas son parte del servicio público de la salud.

d) *El caso fortuito a. Concepto.* El caso fortuito, es, en opinión general de la doctrina, la inexistencia del delito, por falta de conducta típica, al haber actuado el autor, sin dolo ni culpa.

p. *Ubicación sistemática.* En la sistemática causalista, aparece recogido dentro del ámbito de la culpabilidad, mientras que en la sistemática del finalismo y del funcionalismo político criminal, aparece recogida en la tipicidad, a partir de la atribuibilidad de la conducta al tipo, en lo relativo al elemento subjetivo (dolo) y subjetivo normativo (culpa) del tipo penal.

Independientemente de las sistematizaciones, la afirmación acerca de la figura sigue siendo la misma, en el sentido de estimar que es la ; falta del elemento subjetivo, sea dolo o culpa, lo que implica la inexistencia del delito. Atendiendo al criterio sistemático, será una causa de atipicidad o una causa de inculpabilidad. El sentido del caso fortuito, como situación que elimina la existencia del delito, surge de la afirmación del principio de culpabilidad como mínimo exigible de la responsabilidad penal, y que en el ámbito de la tipicidad tradujo su contenido en la afirmación de que no se puede castigar una conducta, a menos que la misma aparezca punida sea a título de dolo o de culpa, que es el mínimo punitivo que reconoce la ley penal. Dicho de otro modo, la conducta para ser típica exige necesariamente de un elemento subjetivo que es el dolo, o cuando menos de ese mínimo ético jurídico de carácter normativo-subjetivo, que es la culpa y, en caso de que estos no se presenten, no puede existir el delito.

Esta afirmación, tiene como consecuencia la negación absoluta de la responsabilidad objetiva en materia penal y, consecuentemente, también la prohibición al principio del *versari in re illicita*.

La figura del caso fortuito, en realidad, aun cuando no apareciera expresamente prevista como causa que excluye el delito, situación que en la ley penal mexicana si ocurre, en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracción VI, del código penal, la misma de todas maneras

aparecería sobreentendida como consecuencia del texto de los tipos delictivos mismos que la recogen al prevenir su tipicidad como delitos dolosos, en atención a que sólo admite a los delitos culposos, en términos de lo dispuesto por los artículos 8 y 9 del propio ordenamiento, fuera de los cuales no puede existir el delito. Por esto, aún sin la expresa referencia de la figura como causa que elimina el delito, quedaría regulada como atipicidad, derivada de la interpretación de los tipos previstos en la parte general y especial de los Libros Primero y Segundo del Código penal.

y. *Caso fortuito y concurrencia de culpas*. Una situación diversa del caso fortuito, pero íntimamente relacionado con éste, es el que deriva de aquellas situaciones en donde pudiendo existir responsabilidad a título de dolo y sobre todo culpa del agente, a la vez, sin embargo, la conducta del pasivo es igualmente dolosa y sobre todo culposa en el mismo resultado, en manera tal, de que aun cuando el agente hubiese actuado sin dolo o culpa, el resultado de todas formas se habría producido, razón por la cual aún frente a la posibilidad de una responsabilidad culposa del agente, dicha conducta debería ser considerada como atípica. (*Vgr.* : el individuo que en su manejar imprudente o imperito atropella aun ciclista que, sin embargo, a su vez, siendo de noche viene, sin luces, a alta velocidad y con total falta de precaución, de manera tal, que aún si el agente hubiera actuado con todo cuidado, sin dolo ni culpa, de todas maneras el resultado se hubiera producido). Aquí, no obstante que el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado existe, sin embargo, es evidente que por razón del principio de protección de la norma, a su vez relacionada con el principio de la imputación objetiva, no es posible imputar objetivamente este resultado a la conducta del activo, ante la evidente irresponsabilidad de la conducta del pasivo. La jurisprudencia mexicana sobre el particular, sin embargo, previene que en caso de concurrencia de culpas ambas partes responden del resultado producido, razón por la cual solo se excluye la situación en que se pruebe el caso fortuito, pero no el de actuar imprudentemente del agente frente a la evidente culpa de la propia víctima, que de cualquiera manera hubiera producido el resultado típico aún sin culpa del agente.

e) *El error de hecho y el error de derecho*. El código penal mexicano de 1931 originalmente previó los conceptos del error de hecho y el error del derecho, en los artículos 9 y 10, en los términos siguientes:

El error de hecho o *error facti*, lo recogió en texto regulado confusamente junto con el concepto del dolo de consecuencia necesaria relacionado con el dolo indeterminado o indefinido, al expresar: "...no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y

notoria del hecho u omisión en que consistió el delito", disposición esta- ha en relación con el concepto del dolo previsto en el mismo artículo 9, c fracción 11, que reconocía el desafortunado principio de presunción de intencionalidad delictuosa, cuyo contenido de carácter eminentemente procesal se contrapone el principio de inocencia, uno de los pilares fun- damentales de todo derecho penal liberal, en los términos siguientes:" ,a intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario... dicha , resunción no se destruirá aunque se pruebe que el acusado previó o "pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u y estar al alcance del común de las gentes", lo que supuso presunción *iuris tantum* sobre el particular . A su vez, el artículo 9, fracción III, de manera más clara incorporó concepto del error de derecho o *error iuris*, expresando que se presume también el dolo aunque se pruebe que el acusado "...creía que la ley injusta o moralmente lícito violarla". Como se observa regía el principio de la *ignorantia vel error iuris non excusat* y del *error iuris nocet*. Esas disposiciones tienen su antecedente en lo dispuesto en el código penal de 1871 que mantuvo la misma presunción, aun cuando se proba- ra la ignorancia de la ley (artículo 10, fracción III) y que el código pe- nal de 1929 modificó con una fórmula (artículo 15 fracción III) que corresponde a la misma que con posterioridad fue prevista en el código penal de 1931. En síntesis, el criterio adoptado fue el principio *ignorantia legis non excusat*, entendida por vía de una presunción *iure et de iure* Fibre de conocimiento de la ley penal. i El error facti o error de hecho es el error que recae sobre el resulta- ' jdd o las circunstancias determinantes de éste; en tanto que el *error iu- ris*, o error de derecho es el que recae sobre la significación o valoración jurídica acerca de. esa conducta y su resultado; es decir, la persona no sabe que su conducta y su resultado implican la violación de ~.ley penal y, por tanto, que suponen un delito. '. Esta distinción, aparentemente sencilla, en realidad es vaga y mueve .equivocos, sobre todo si se observa que, a fin de cuentas, todos los 'errores son "errores de hecho", porque el error de derecho necesaria- mente es un error .de hecho que el legislador ha previsto en la ley penal como delito y, a la inversa, todos los "errores son de derecho" porque toda conducta o hecho, al momento de ser recogida por legislador pasa a ser un hecho jurídico o ley y, a su vez, toda conducta o hecho en la medida en que se encuentren reguladas por la ley, si resultan ser conformadores de un injusto penal forman parte también del derecho.

I) *El error de tipo y el error de prohibición*. Tal criterio vino a ser modificado por vía de la importante reforma operada en diciembre de

1983 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984, que también modificó la fracción XI del artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, en que se reguló el error conforme a su nueva concepción, con el texto siguiente. "Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta", quedando así, recogida la regulación relativa tanto al error de tipo, como también del error de prohibición.

Así, el error de tipo aparece regulado en la parte inicial de dicho artículo, donde expresamente se hace alusión al error que recae sobre 1 alguno de los elementos esenciales de la descripción legal, lo que naturalmente se refiere al error de tipo; y en la parte última, donde se hace referencia al error de prohibición, que recae sobre la licitud de la conducta o conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. En la medida en que no se especifica más el concepto de la "licitud de la conducta", por lo mismo, podía ser esta expresión, entendida en un sentido amplio, que abarcara las diferentes modalidades del error de prohibición, tanto la derivada del desconocimiento de la ley, como también la *rare* a la falsa creencia de la existencia de una causa de justificación; pero, asimismo, podía ser entendida en un sentido estricto que deja fuera alguna de las modalidades señaladas.

A su vez, dicho artículo reformado aparecía complementado con una segunda parte, en donde se expresaba: "No se excluye la responsabilidad si el error es vencible", con lo que quedaba claro que el error invencible es circunstancia excluyente de responsabilidad, pero el error vencible sí genera responsabilidad que naturalmente tiene que ser culpa ya que no puede existir la responsabilidad penal dolosa que presupone el conocimiento de la antijuridicidad del acto con el caso en que justamente falta tal conocimiento, así sea por un error que era vencible.

También el artículo 59 *bis*, fue adicionado en la misma fecha, haciendo referencia a una forma específica de error derivada del extremo atraso cultural y aislamiento social de la persona, vinculándolo al reconocimiento de la presencia de grupos étnicos existentes en el país, regularmente conformados con sus pautas culturales propias, y que por lo mismo, ante tal situación, observó la ley, en ello, una causa de responsabilidad disminuida, lo que habría de resultar cuestionable, a la luz de que la situación generadora de error podía implicar, en sí, una causa eximente de responsabilidad en los términos del artículo 15 por lo que pese a la clara intención política criminal de la reforma, orientada a tener en cuenta las desigualdades culturales y sociales étnicas, y el respeto

a sus propias expresiones culturales, resultó ser, sin embargo, limitativa de la regulación más general prevista en la ley penal.

Por esta razón, posteriormente el mismo artículo fue modificado por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero de 1994 que estableció las bases de la nueva regulación sobre el error, en la fracción IX del propio artículo 15, en los términos siguientes:

Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

B) Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código. ,

f: La nueva redacción que sigue la misma orientación político criminal "de la reforma anterior, aparece con un texto mas preciso que, desde un principio, distingue expresamente entre el error vencible e invencible. En seguida, en el inciso A) se ocupa específicamente del error de tipo para referirse a continuación, en el inciso B) al error de prohibición, distinguiendo, expresamente, entre el error que incide en el desconocimiento de la ley, del que incide en la falsa creencia de estar amparado por una causa de justificación.

En síntesis, en la última redacción se recogen nuevamente las figuras tanto del error de tipo, cuanto del error de prohibición, el primero en base a una redacción que coincide con el texto precedente, y el error de prohibición que ahora clarifica la incorporación en la ley no sólo del caso del error que recae sobre la licitud de la conducta a consecuencia del desconocimiento de la prohibición del tipo de la ley penal o su alcance, que son dos hipótesis, sino también el que se presenta porque erróneamente estime el autor que está su conducta justificada, caso relativo ya no a la normatividad de la conducta típica, sino que recae sobre la falsa creencia de estar actuando dentro de los extremos de una regla permisiva que origina la licitud o justificación jurídica de la conducta y que corresponde al ámbito del análisis de la antijuridicidad.

En nuestra opinión el análisis del concepto de la prohibición no se da sólo en la antijuridicidad, que si bien es cierto que es el ámbito en que ésta se afirma de manera definitiva, como contradicción de la conducta con el orden jurídico en general, también es cierto que es en el ámbito de la tipicidad, donde da inicio el reconocimiento de la prohibición a partir de la antinormatividad de la conducta típica, precisamente

por ser el tipo penal donde se define la conducta social deseada por el

derecho. Así, es en uno y otro lugar donde se puede plantear la problemática del error de prohibición, sin que sea necesario esperar su análisis hasta la definición de la antijuridicidad.

La doctrina del error, en general, ha superado el criterio tradicional del *error iuris*, manifestándose en orientación opuesta a la anterior y que ahora sí valora el error de prohibición como penalmente relevante.

Así, la moderna teoría del error en el ámbito del derecho penal, se refiere a 19S conceptos del error de tipo y del error de prohibición. Es-' tos, no son equivalentes al error de hecho y Error de derecho, toda vez que su contenido es diferente.

g) *Error de tipo*

a. *Concepto*. Error es el falso conocimiento sobre de la verdad; acer- ca de la realidad de algo. Ignorancia es la falta de conocimiento acerca de algo.

Si bien es evidente que ambos conceptos son intrínsecamente distin- j tos, sin embargo, desde el ángulo jurídico penal, plantean consecuencias i que similares respecto de las hipótesis que plantea la teoría del error en 'I el derecho penal. Si el error implica el falso conocimiento de algo, como a su vez la ignorancia implica la falta de ese conocimiento, lo cierto es que ambos eliminan el dolo y en consecuencia destruyen la tipicidad por falta del elemento subjetivo, salvo el caso del error vencible, punido en forma culposa.

En síntesis, el error de tipo elimina el dolo, en tanto que incide en el querer algunos de los elementos objetivos o normativos del tipo y, como consecuencia, se plantea como una causa de atipicidad.

El error de tipo que re cae sobre un elemento objetivo del tipo no ofrece mayor dificultad (*Vgr.*: la persona que encontrándose en estado de ebriedad, al regresar a casa, se equivoca y entra en la casa del vecino). Distinto es el error que incide sobre el elemento normativo medular del tipo, que genera, la necesidad de precisar si se trata de un error de tipo o bien de prohibición, según observamos en los anteriores apartados.

13. *El error vencible y el error invencible* Por otra parte, se observa, asimismo, la necesidad de distinguir entre el error vencible o evitable y el error invencible o inevitable. Es vencible el error que es superable, es decir, aquel que habría podido evitarse en caso de haber actuado el agente con mayor cuidado y diligencia (*Vgr.*: la persona que dispara en contra de un tercero a quien ve cerca de su casa, en la oscuridad, con- fundiéndolo con un ladrón; siendo claro que de haber tenido mayor \, cuidado en averiguar de quien se trataba y la razón por la cual se en- j con traba cerca de su domicilio, habría podido evitar el resultado ocasioi

nado). Es inevitable o invencible el error de quien aún habiendo actuado con el mayor cuidado y diligencia, no habría podido evitar caer en el error en que se encontraba.

El error invencible elimina la tipicidad dolosa como, también, en su caso, la culposa; es decir, es una causa de atipicidad plena. El error vencible, en cambio, elimina la tipicidad dolosa; pero, en caso de que la ley prevenga la figura del tipo culposo, entonces, si aparecen integrados sus elementos, subsistirá, generando una responsabilidad a título de delito culposo. Es en estos términos que aparece la regulación mexicana a que hemos hecho referencia, atento a lo dispuesto en el artículo 15, fracción IX, parte segunda, en relación con el artículo 66.

y. *Error esencial y error accidental*. Para que el error excluya el dolo es necesario que sea un error esencial, es decir, que recaiga sobre un elemento fúndante o colindante del injusto delictivo.

El elemento del dolo a que se refiere el error es, naturalmente, el cognoscitivo.

El error que recae sobre un elemento no esencial es el error accidental que deja subsistente el dolo y, por lo mismo, resulta ser irrelevante para determinar la existencia del delito. En ciertos casos, sin embargo, cuando recae sobre una circunstancia que es portadora de un cierto elemento esencial, podrá tener consecuencias en relación con la determinación de la pena, como es el caso del error *in persona*, error en el objeto y la *aberratio ictus*.

Nuestra opinión en torno al error: en nuestra opinión el error esencial invencible destruye el dolo, al destruir su elemento cognoscitivo.

En relación con el error de prohibición y el error de tipo, el primero es el que recae sobre el ámbito de la prohibición y, por lo mismo, nos parece que se presente no solamente en el ámbito de la antijuridicidad, sino que, también, se plantea directamente en el ámbito de la tipicidad, que es en donde da inicio la violación a la prohibición como contenido preceptivo de la norma típica.

Por esto, el desconocimiento de la ley o el error acerca de su conocimiento y alcance es, precisamente, el que da lugar al error de prohibición, no siendo necesario esperar a la valoración de todo el orden jurídico que implica la valoración de antijuridicidad para determinarlo, a menos que se trate de un ámbito específico de la prohibición que corresponda ser determinado en la esfera de la antijuridicidad, es decir, el error de permisón que recae sobre una legitimante.

En este sentido se plantea una relación estrecha entre el error de tipo y el de prohibición, porque el primero es el que incide en cualquiera de los elementos objetivos o normativos del tipo, salvo el del ele-

mento normativo nodal que involucra al error de prohibición, en su ~modalidad de la prohibición típica. Por otra parte, también el propio error de prohibición tiene una segunda forma de manifestación, ahora en el campo de la antijuridicidad, que se presenta cuando la persona erróneamente cree estar actuando en presencia de una regla permisiva, y por lo mismo, creyendo que actúa bajo tal equívoco realiza la conducta que considera justificada, lo que implica, en sentido estricto, el error que incide sobre el conocimiento de la antijuridicidad de su acto, en tanto que el primero, con más precisión para suponer un error que incide sobre el conocimiento de la normatividad de la conducta, ambos modalidades del error de prohibición, uno que incide en la tipicidad y el otro en la antijuridicidad; pero, ambos, valorados en la culpabilidad, como causas que puede destruir el reproche.

Por otra parte, en el ámbito de la antijuridicidad, si se observa con cuidado, es posible distinguir también dos situaciones: una que deriva del error de prohibición en la antijuridicidad que recae sobre el falso conocimiento acerca de la existencia de la licitud o justificante (*Vgr.*: la persona que erróneamente cree que su conducta está protegida por una regla permisiva justificante); y otro, que deriva de la falsa creencia de que se dan los elementos objetivos o normativos diversos de la errónea creencia misma acerca de la existencia de la justificante, y que, en cambio es error que incide en los elementos objetivos del tipo permisivo, es decir, actúa o reacciona en la falsa creencia de estar en el caso de una justificante que efectivamente existe prevista en la ley, pero que no se da en los extremos de su conducta típica y antijurídica (*Vgr.*: la persona que creyendo estar siendo seguida en la noche para causarle un daño, cuando sólo se trata de un transeúnte que camina detrás, la agrede creyendo estar actuando dentro de los extremos de legítima defensa).

Este caso parece acercarse a las características del error del tipo, que naturalmente será, ahora, un error de "tipo permisivo", revisable en el ámbito de la antijuridicidad y no en la tipicidad que, obviamente, sólo puede referirse al tipo normativo.

Atento a la observación que se apunta, es cierto que la persona que actúa así está en la falsa creencia de actuar amparado por una legitimante que nos lleva a reconocer que en el ámbito de la antijuridicidad se dan, también, los dos tipo de error: de prohibición y error de "tipo permisivo", de manera similar a como se dan en el ámbito de la tipicidad. Lo anterior significa que, en realidad, existen dos modalidades del error de prohibición y dos modalidades, también, del error de tipo que previene la ley, las cuales, sistemáticamente, se ubican, respectivamente, dos en la tipicidad y dos en la antijuridicidad.

En síntesis, existe una primera forma de error de tipo que aparece planteado en el contenido del tipo mismo y, por tanto, sistemáticamente-

te corresponde a la tipicidad. Una segunda forma de error de tipo, el f tiro permisivo, que ya no se plantea en el campo de la tipicidad, sino en la antijuridicidad. Asimismo, existen dos formas de error de prohibición, que también se presentan, respectivamente, una en la tipicidad y ¡ otra en la antijuridicidad, en tanto a que se refieren a la prohibición o la permisión en sí.

h) *Observación a la denominación "circunstancias que excluyen el delito"*. Respecto a esta denominación vale señalar que el código penal de 1871, en su Capítulo Segundo, del Título Segundo, se refirió, en su oportunidad, a las "circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", denominación que se mantuvo, en los trabajos de revisión al código señalado en 1912. El código penal de 1929, a su vez, hizo referencia a la misma denominación intentando ser más específico, con lo que cayó en el defecto del casuismo, al expresar, "causas que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación legal", a las que se refirió en el artículo 45.

En su oportunidad el proyecto del código penal de 1949, en el. Capítulo Cuarto, del Título Primero, hizo referencia a las "causas que excluyen la responsabilidad". El proyecto del código penal de 1958, a su vez expresó: "no habrá delito cuando obre...", según señalaba el artículo 12, aclarando en su Exposición de Motivos, que se evitó la denominación utilizada anteriormente por los cuestionamientos de que había sido objeto al hacer referencia a las causas que excluyen la responsabilidad.

Por su parte el código penal vigente incorporó expresión "circunstancias excluyentes de responsabilidad", elaborada por el código penal de 1929, si bien no fue feliz en el uso de la expresión "circunstancias" la cual implica un accidente del tipo relativo al lugar, persona, etcétera, en tanto que las excluyentes aquí reguladas, no implican un mero accidente, sino que suponen algo esencial, según ha apuntado Celestino Porte Petit. Agregando que tampoco es acertado el término "responsabilidad" y observa también falta de orden en la sistematización que sigue el código penal en su artículo 15, ya que no adopta un orden lógico en el análisis de los aspectos negativos del delito, en sus diez fracciones. La misma situación aparece señalada por el proyecto de código penal tipo para la República Mexicana de 1963, que procuró tener en cuenta, en su artículo 23, una prelación lógica de los elementos a que se hace referencia. Así, en la fracción I se hace referencia al aspecto negativo de la conducta; en la fracción II, a la tipicidad; en las fracciones III a VIII, a las causas de justificación; para dejar, en la fracción IX, las referencias ala inculpabilidad. En su oportunidad, Carrancá y Trujillo se manifestó favorable ala expresión "causas que excluyen la

incriminación" y contrario a la denominación de "circunstancias excluyentes de responsabilidad". En el Proyecto del código penal para el Estado de Veracruz de 1979, en la exposición de motivos, al hacer referencia al tema, se expresa que se adoptó la denominación "existencia del delito", preferible a la de "causas que excluyen la, por considerarla más adecuada.

El panorama legislativo penal del país, respecto de la forma en que cada uno de los Estados regulan el tema en cuestión, permite observar que, en general, siguen la denominación "circunstancias excluyentes de responsabilidad" once Estados de la República, el Distrito Federal, hasta la reforma penal de 1994 en que tal denominación viene a ser modificada por la expresión "No existe delito" (Tales Estados son: Federación y Distrito Federal, Aguascalientes, Chiapas, Colima, Morelos, Nayarit, San Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Zacatecas); Siguen la denominación "causas excluyentes de responsabilidad" seis Estados (Campeche, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sonora, Sinaloa). La expresión "causas excluyentes del delito" es seguida por el Estado de Baja California Norte; la denominación "causas excluyentes de Incriminación": cuatro Estados (Guerrero, Michoacán, Quintana Roo, Veracruz); con la denominación "excluyentes de incriminación y de la inimputabilidad" aparece el Estado de Yucatán; con la denominación "circunstancias excluyentes de responsabilidad social", el Estado de Chihuahua; con la denominación "causas excluyentes de incriminación y causas de inimputabilidad", Durango e Hidalgo; y con la denominación "causas excluyentes de responsabilidad e inimputabilidad", el Estado de México; con la denominación "circunstancias de inimputabilidad y excluyentes de responsabilidad", el Estado de Baja California Sur, con la denominación "causas excluyentes de responsabilidad; causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y causas de justificación", el Estado de Jalisco; con la denominación "causas de justificación, inimputabilidad, culpabilidad e inculpabilidad", el Estado de Guanajuato; con la denominación "causas de justificación, inimputabilidad y causas de inculpabilidad" el Estado de Nuevo León; con la denominación "causas excluyentes de responsabilidad por impedir el nacimiento de la antijuridicidad, excluyentes por inimputabilidad y causas excluyentes por conducta inculpable", el Estado de Coahuila, y el proyecto de código penal para el Distrito Federal de 1983, la denominación "se excluye de incriminación". El código vigente del Distrito Federal, según la reforma del IO de enero de 1994, observa la regulación general de las excluyentes bajo la denominación "causas de exclusión del delito". Si bien la anterior denominación fue causa de cuestionamientos y críticas que llevaron a su modificación, es cierto que la nueva denominación no se salva de las críticas.

En sentido dogmático no es lo mismo exclusión de la responsabilidad penal que exclusión del delito. La primera hace referencia a la posibilidad de responsabilizar penalmente al agente por la comisión del delito, lo que naturalmente, es independiente de la existencia misma del delito. Una cosa es que no exista el delito y otra cosa es que no pueda ser penalmente responsabilizado al agente. El texto anterior cayó en el error de referirse exclusivamente a la responsabilidad, de tal manera, que las diferentes situaciones previstas en el artículo 15 parecían ser causas que excluían sólo la responsabilidad de la persona en la comisión de un delito, lo que no es lo mismo, a que no exista delito.

La nueva denominación, en cambio, hace referencia a la situación contraria; ahora, se previene que se excluye el delito para todas las situaciones previstas en el artículo 15 señalado, lo que técnicamente, no es exacto, ya que aunque algunas fracciones regulan situaciones que, en sentido estricto, suponen la no existencia del delito, otras, en cambio, sólo suponen imposibilidad de responsabilizar al agente.

Naturalmente, existen consecuencias jurídicas diferentes entre una y otras situaciones; entre otros aspectos, en relación con la participación, la tentativa del delito y, asimismo, en relación con la reparación del daño, además de la posibilidad de imposición de la pena misma o de la aplicación de una medida de seguridad.

Por esta razón, aún cuando la denominación del capítulo, como exclusión de la responsabilidad, hasta antes de la reforma de enero de 1994, técnicamente apuntaba un problema directamente vinculado sólo con la responsabilidad y no con la existencia del delito, ello no fue obstáculo para que la jurisprudencia y la doctrina interpretaran el contenido de tal expresión, recurriendo a la teoría del delito. Así, para la doctrina no fue obstáculo afirmar la inexistencia del delito, como tampoco, en su caso, su existencia y sólo la falta de responsabilidad del autor, independientemente de que el título expresamente se refiriera exclusivamente a las excluyentes de responsabilidad. 1 a. *Legislación mexicana en relación con las atipicidades*. una situación

I. similar acontece ahora, si bien en sentido contrario, en los términos de la nueva denominación del código penal, en el capítulo y título señalados-! Sobre la base de lo anterior, las causas de atipicidad que han sido f objeto de examen en el presente capítulo, aparecen reguladas por el artículo 15, de la manera siguiente:

Fracción I. "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

En esta fracción se regulan los casos de la falta de voluntad, como elemento psicológico, subjetivo o interno de la conducta, razón por

cual, ante la ausencia de la voluntad, no es posible que un cierto acto, aún siendo humano, pero no voluntario, pueda ser considerado como delito. Así, las causas de atipicidad analizadas como ausencia de conducta, como la *vis absoluta* y la *vis maior*, integradas en la fuerza física irresistible, los actos reflejos, los actos automáticos, y, en general el sueño, sonambulismo, hipnotismo, y demás situaciones derivadas de movimientos físicos corporales de la persona (respiración), o consecuentes a estados patológicos derivados de altas temperaturas, etcétera, siempre que se caractericen por la ausencia de la voluntad.

Fracción II: "Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate".

Es una nuestra regla del artículo 15, anteriormente inexistente, incorporado por reforma de enero de 1994 y que expresamente hace referencia, como causa de atipicidad, precisamente, a la exigencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal de que se trate, los cuales, según hemos visto, aparecen conformados por los llamados elementos objetivos, normativos y subjetivos. La falta de éstos, en consecuencia, origina una causa de atipicidad.

Fracción III: "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible:

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio: o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo".

En términos de lo anteriormente expuesto, el consentimiento, genera también una causa de atipicidad siempre que el bien jurídico penalmente protegido sea disponible, y que se tenga la capacidad jurídica para disponer de ella, y que dicho consentimiento sea expreso o tácito.

Fracción VI: "La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Como en su oportunidad se mencionó, el cumplimiento de un deber es la característica genérica que se plantea como común denominador de todo el ámbito de la tipicidad, mientras que el contenido del

ejercicio de un derecho, el contenido que se plantea como común denominador del campo de la antijuridicidad.

En este orden de ideas, todo lo vinculado con el cumplimiento de un deber jurídico, o bien, en donde se presentan deberes aparentemente contradictorios, es tema que corresponde estudiar en la tipicidad. Así, el cumplimiento de un deber es en realidad la base de la tipicidad misma, es decir, quien cumple con un deber jurídico, lo que hace es actuar dentro del ámbito legalmente previsto en las normas del orden jurídico existente, en tanto que quien viola un deber penal es el que realiza una conducta típica que hace nacer su análisis estratificado para determinar si es o no delito y, en su caso, la responsabilidad penal del agente. Por esto, frente a los deberes jurídicos penales contrapuestos, obviamente el deber jurídico penal superado, queda eliminado por atípico, respecto del específico deber jurídico subsistente.

Fracción x: El resultado típico se produce por caso fortuito" I Si por caso fortuito se entiende la realización de una conducta sin dolo ni culpa, que constituye el mínimo de exigencia ético social de la ley penal, sin alguno de los cuales, por tanto, no puede haber delito; toda vez que los mismos conforman el elemento subjetivo del tipo, ante su ausencia, estaremos frente a una causa de atipicidad. En cambio, dentro del modelo causalista del delito, el caso fortuito aparece examinado en el ámbito de la culpabilidad.

3. La responsabilidad objetiva en derecho penal

El problema general. Uno de los principios generales del derecho penal es el de la estricta responsabilidad personal del autor, lo que significa negar la responsabilidad objetiva, es decir, que no es posible castigar a persona alguna a menos que exista una conducta que pueda ser responsabilizada cuando menos en forma de delito culposo, que es el mínimo de la ilicitud penal.

A la base de este principio fundamental del derecho penal, se encuentran los principios de tipicidad y de culpabilidad. El principio de tipicidad que, en general, se define a partir del *nullum crimen sine lege*; y el principio de culpabilidad, exige que el injusto penal (conducta típica y antijurídica) o delito en sentido estricto, sea susceptible de ser reprochado al autor.

En síntesis, lo fundamental es afirmar la prohibición absoluta al principio de la responsabilidad objetiva en la ley penal, en la inteligencia de que el derecho penal primitivo estuvo caracterizado por este tipo de responsabilidad, en el sentido de que era la causación del daño causado lo que motivaba la imposición de la pena y el aspecto subjetivo de

la conducta sólo hasta épocas muy posteriores, principalmente al transcurso de la Edad Media, a la sombra del derecho canónico alcanzó relevante desarrollo, como consecuencia del sentido fuertemente expiacionista y religioso del derecho.

En relación con la responsabilidad objetiva, merece examen el análisis de tres instituciones jurídicas penales:

Versari in re illicita; actio libera in causa; y Preterintención.

2. *El versari in re illicita.* El principio *versari in re illicita* supone la aceptación misma de la responsabilidad objetiva penal y la negación al principio de *nullum crimen sine culpa*-

Se presenta cuando se considera como autor de un delito a la persona que haciendo algo no permitido, por un estricto accidente causal, resulta ser causante de un resultado aparentemente típico y antijurídico. (*Vgr.:* responsabilizar de la muerte de la madre a la hija que habiéndose resbalado y, habiéndose producido fractura de una pierna, al llegar esto al conocimiento de la madre, le causa un infarto que produce su muerte; sería responsable del robo sufrido por el taxista, el dueño del vehículo que se lo arrendó y el mecánico de la agencia en que se detuvo el taxista para cambiar un neumático, etcétera.)

En nuestra opinión este principio está excluido de la legislación penal mexicana.

El caso más frecuentemente planteado en relación con la doctrina del *versari* se vincula con los accidentes de tráfico o delitos cometidos en estado de embriaguez alcohólica o por el uso de drogas, en los cuales, se pretende que quien produce un resultado típico y antijurídico en tal estado, implicando un estado de inimputabilidad, no obstante, debe ser responsabilizado. En estos casos se pretende que la persona que en tal estado de inimputabilidad cause el daño en propiedad ajena o bien lesione o prive de la vida a otro sea castigado como autor del homicidio, lesiones o daño en propiedad ajena dolosos, estimándose que no se debe computar a su favor el estado de inimputabilidad, toda vez que él mismo quiso colocarse en tal situación y en términos del principio del *versari in re illicita*, el que quiera la causa quiere el efecto; el que es causa de la causa es causa de lo causado, razón por la cual, debe resultar responsabilizado en la forma señalada.

Es evidente que estos casos implican una forma de responsabilidad objetiva penal que aparece derivada exclusivamente del resultado producido, sin tener en cuenta la subjetividad del agente, en la inteligencia de que toda vez que, se trata de persona que se encuentra en estado de

inimputabilidad, no podría ser valorada a su cargo, la realización de la conducta dolosa o culposa. En tales casos, lo procedente en una aplicación más estricta de la ley penal, sería la imposición de una medida de f seguridad, más que se. una pena, en tanto que se trata de, un hecho ,realizado en estado de inimputabilidad, ya que el autor n? tiene capacidad ~ para autodeterminarse y para conducirse conforme a dicha autodeterminación, por lo que no puede actuar conforme a sentido y significación, que es la base de la culpabilidad exigida, para la imposición penal.

Por esto, la posible aplicación de penas a inimputables, rompe el esquema del derecho penal liberal, a no ser que se entienda que la imposición punitiva deriva de una responsabilidad social, en donde la pena se traduce en una respuesta por la responsabilidad social derivada de su hecho y no en función de la responsabilidad personal y jurídica, deriva- da del reproche de culpabilidad a la persona.

i) El principio: *actio libera in causa*. Se ha dicho que la *actio libera in causa* se presenta cuando la conducta a partir de la cual se pretende considerar constituido el delito, no es libre "en el acto", pero sí es libre "en su causa", por lo cual debe trasladarse el dolo o la culpa típicos a la voluntad del sujeto en el momento de colocarse, preordenadamente, en el estado de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, en la inteligencia de que es el propio sujeto quien de manera dolosa o culposa se coloca en tal estado de una manera preordenada, sabiendo que solo así es capaz de cometer comportamientos que en otra circunstancia no realizaría y, por tanto que, precisamente, se coloca en tal estado para cometer el delito de que se trata. En síntesis, los casos de las acciones libres en su causa se dan, cuando se comete una conducta típica en estado de incapacidad psíquica provocada.

El problema derivado de las acciones libres en su causa o *actio libera in causa* es otro de los temas que originalmente fueron objeto de estudio en la culpabilidad y que, a partir de los modelos sistemáticos que ubican el elemento subjetivo del dolo en el tipo, debe encontrar solución como problema específico de la tipicidad.

En términos generales, el tema en cuestión plantea tres situaciones diferentes: los casos del delito doloso, los del culposo y aquellos otros en que falta el dolo y la culpa, en los términos siguientes:

Si una persona bebe hasta embriagarse, sabiendo que en tal estado se vuelve agresivo y lo hace con el fin de darse ánimos para vengarse de su enemigo a quien quiere matar y, en tal estado se da ánimo y efectivamente lo priva de la vida, afirma el principio de la acción libre en su causa, y se está frente a un caso de verdadero homicidio doloso, porque el individuo solamente se colocó en el estado de embriaguez de

manera preordinada para cometer su conducta ilícita, es decir, que hubo dolo, con sus elementos de representación y voluntad respecto del resultado típico penal que fue la razón de que la persona se colocara en estado de embriaguez, en manera tal, que prácticamente utiliza su propio cuerpo y características metabólicas como instrumento de sí mismo en la comisión de su ilícito.

Si una persona sabe que cuando bebe se pone en estado agresivo y no obstante ello bebe y se embriaga y ya en dicho estado llega a cometer un homicidio que en ningún momento había deseado o pensado en cometer, consciente, sin embargo, de que en sus cuadros de embriaguez manifiesta estados de pronunciada agresión que afloran en su euforia alcohólica, podrá ser responsabilizado a título de homicidio culposo por lo mismo, toda vez que este último, supone un resultado que era previsible y prevenible, aun cuando no haya sido querido en sentido estricto, en tanto que lo único querido fue la conducta de embriagarse.

Si una persona sabe que tomar bebidas alcohólicas o drogas le provocan estados de embriaguez o de intoxicación, en los que también sabe que manifiesta una conducta agresiva y por ello procura evitar embriagarse y utilizar todo tipo de drogas, pero en un cierto momento, sea por razón de las características de la medicina que le ha sido prescrita y que necesariamente tiene que tomar y pese a todas las precauciones se intoxica, y en tales condiciones llega a cometer el hecho típico, debe entenderse que en tal caso, no opera el principio de la acción libre en su causa y que tal situación, se asimila al caso fortuito, pudiendo afirmarse que no existe conducta delictiva por atipicidad.

Esta figura ha encontrado acogida en el código penal mexicano en la última parte del párrafo primero, de la Fracción VII del artículo 15 del código penal, que la incorpora en los términos siguientes:

El delito se excluye cuando. ...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 comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado sus trastorno mental dolosa o culposamente, en Cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 *bis* del Código penal.

j) *La preterintención.* El denominado delito preterintencional se refiere al caso que, en cierta forma, implica la suma de un delito doloso con un delito culposo, en el sentido de que supone dolo respecto del

resultado querido y culpa respecto del resultado producido; o lo que es, o mismo, donde el resultado producido, va más allá del resultado querido (*Vgr.*: un sujeto "N" quiere causar la lesión del sujeto "B", con quien se ha liado a golpes en una riña, sin embargo, como consecuencia de uno de los golpes recibidos, el sujeto "B" se tropieza y cae, produciéndose lesiones en la base del cráneo que le ocasionan la muerte). Es evidente que el sujeto "A" sólo quería liarse a golpes con su contrincante y en todo caso causar lesiones de diverso tipo, pero en ningún momento pretendió poner en peligro la vida de aquél, ni menos privarlo de ella. Existe, pues, dolo respecto del resultado querido (lesiones) y culpa respecto del resultado producido (homicidio), el cual evidentemente en ningún momento fue querido.

Como se observa, aquí se regula otra figura compleja de la ley penal, en la medida en que supone un supuesto de tipicidad plural respecto de su elemento subjetivo, ya que los tipos violados previenen una conducta dolosa dirigida a un fin típico, y otro, una conducta culposa que deriva de la causación del resultado no deseado. Algunos autores, intentan distinguir entre la figura de la preterintención y la figura del delito agravado en el evento, en la medida de entender este último, cuando existe en el resultado culposo producido, un proceso causal del todo independiente. En la legislación penal mexicana el delito preterintencional no fue previsto por el código penal de 1931, sin embargo, en la reforma de 1983, la misma figura fue incorporada como una adición al artículo 9, donde aparecen regulados los conceptos del dolo y de la culpa, agregándose la preterintención como una tercera forma de la comisión del delito, precisamente la del delito preterintencional y su punibilidad, fue prevista en el artículo 60 fracción VI. Sin embargo, por la reforma al código penal de enero de 1994, dicha figura fue eliminada de la ley penal, estimando que su regulación lograba ser satisfecha por vía de la regulación del delito culposo.

CAPÍTULO VIGÉSIMO QUINTO

LA ANTIJURIDICIDAD (EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO)

SUMARIO: I. Concepto. I. Orden normativo y antinormatividad penal. 2. El contenido de la antijuridicidad. II. Evolución histórica general de la antijuridicidad. III. La antijuridicidad en sentido formal y material. IV. La antijuridicidad en sentido objetivo y subjetivo. V. El tipo permisivo. VI. Los elementos del tipo permisivo.

I. CONCEPTO

I. *Orden normativo y antinormatividad penal* W Se ha venido haciendo referencia a la tipicidad, como el primer momento objeto de estudio en el análisis estratificado del delito. Corresponde ahora ocuparnos de la antijuridicidad.

A reserva de precisar su contenido, antijuridicidad es *contradecir* (contrariar) el orden jurídico general. .

Al ocuparnos de la tipicidad observamos que era la sede de la antinormatividad; el ámbito del señalamiento de la prohibición o de mandato que implica el deber ser de la norma penal. Si hemos venido entendiendo y reconociendo al orden jurídico como un orden de regulación de la conducta humana, que naturalmente no significa una regulación por la regulación misma, sin objetivo ni fin, sino una regulación en función de la protección de los bienes de los miembros de la comunidad social, a su vez, en relación con el fin del derecho que es la seguridad jurídica para la convivencia, es explicable que sea el ámbito específico del tipo y, en la teoría del delito, en la tipicidad en donde se encuentra este objetivo primario del derecho cuando señala, en los tipos legales correspondientes.

A través de los tipos penales el Estado expresa qué conductas están fuera de la libertad de acción de los individuos miembros de la comunidad, lo que significa un ámbito específico del sentido político penal del orden jurídico, que se reflejará en su contenido de prevención general, en la medida en que al delimitar el espacio social de acción y señalar

qué es lo que se estima contrario al interés social, a la vez señala un contenido de prevención general acerca de dichos límites. Naturalmente, este sentido de la prevención general es diverso del que generalmente se invoca en relación con el fin de la pena y, también como el contenido de prevención general de la ley en el nivel legislativo, cuando al respecto se refiere que con la elaboración de la ley y con el fin de la imposición, la prevención general se caracteriza por estar dirigida no al individuo responsable mismo, sino a toda la comunidad respecto de la conciencia de que pueden ser castigados si incurren en conductas delictivas conminadas con penas (intimidación) y, respecto de las penas impuestas, que serán igualmente castigados en caso de actuar de similar manera, contrario a lo que la ley ordena.

2. *El contenido de la antijuridicidad* La antijuridicidad, en cambio, a diferencia de la tipicidad, tiene un ámbito de valoraciones es diverso del sentido de la valoración inicial de la norma, que nace con esta y frente a su violación genera la antinormatividad propia de la tipicidad, cuando no opera alguna causa de atipicidad.

En la antijuridicidad se observa que el propio orden jurídico se ve en la necesidad de reconocer otros valores fundamentales para la convivencia, como lo es el hecho de que la persona tiene derecho a su auto-defensa; que nadie está obligado a lo imposible; que, dentro de ciertas circunstancias, cuando al Estado, en su carácter de mandatario de la sociedad para la salvaguarda de sus intereses, no le es posible atender esa salvaguarda, se ve en la necesidad de reconocer que la persona, en cuanto miembro de la comunidad social, tiene el derecho de defenderse y de no permitir que sus bienes le sean afectados.

Esto lleva al entendimiento de que el orden jurídico no sólo es un orden normativo en sentido estricto, es decir, integrado exclusivamente por normas, que imponen "deberes" sino que el derecho está conformado tanto por tal tipo de "normas", como también por "reglas permisivas" que implican el directo reconocimiento de "derechos". El orden jurídico aparece conformado por "reglas integradoras" o "Complementarias" de los tipos penales (preceptos) o de la punibilidad (sanción), vinculando, así, las normas penales básicas, con las calificantes o atenuantes y con las diversas instituciones jurídicas que modifican y precisan el contenido de esos tipos y penas básicos en relación con el ámbito situacional en que aparecen previstos en la ley y que, en el ámbito de la teoría del delito, precisamente es el cometido que corresponde a la tipicidad, a partir del análisis de la conducta típica. Tal es el caso de la tentativa, la autoría y participación o el concurso de delitos, entre otros;

y asimismo, se contienen otras valoraciones específicas, como la que implica el reconocimiento de bienes que al ser jurídicamente valorado elevan a bienes jurídicos protegidos. A diferencia de la tipicidad, cuyo campo es específicamente el de derecho penal y de aquí se explica su sentido específico de normación de la conducta social deseada y, también, el sentido de la antinormatividad penal, para la antijuridicidad, por el contrario, su ámbito está conformado por todo el vasto entramado del derecho, tanto el civil, penal, laboral, administrativo, agrario, constitucional, procesal o de cualquier otra área que lo integre y que se pone en juego como un todo único, del orden jurídico que implica el derecho, para reconocer, en todo conjunto, no sólo los deberes y límites penales, sino los derechos que permiten a la persona responder a esa multiforme y compleja realidad social, que permita la convivencia.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA GENERAL DE LA ANTIJURIDICIDAD

~

La antijuridicidad aparece reconocida implícitamente desde los meros autores que formaron la doctrina a partir de las nuevas legislaciones penales en sentido moderno.

El concepto inicial de la antijuridicidad, dentro de un esquema estratificado aparece con Lizt, a principios del siglo xx, quien con la influencia del positivismo se refiere a la conducta, la antijuridicidad culpabilidad y la punibilidad, dando origen a la orientación sistema que después habría de ser conocida como el causalismo naturalista. Poco después, un nuevo impulso provino de la teoría del tipo sentada por Beling, con lo que el nuevo modelo de análisis, el esquema Lizt-Beling, se conformó con la conducta, la tipicidad, la antijurídica y la culpabilidad.

Posteriormente, con un contenido diferente en cada uno de momentos de análisis, se desarrollaron las posiciones sistemáticas, general, recogidas en el causalismo valorativo, para desembocar en el naturalismo, en la orientación de la acción social y en la función político penal, para sólo señalar los grandes rubros, en la inteligencia de que dentro de cada una de dichas orientaciones existen diversificaciones con mayores o menores diferencias. En todas, se presencia de la antijuridicidad y se la analiza, si bien con un COI diferente que responde a las características sistemáticas de cada una.

Concluido el examen de la tipicidad que, naturalmente, implica examen de las atipicidades, es dable proceder al análisis de la tipicidad y sólo una vez concluido éste, que a su vez implica el de las causas de justificación para poder ser afirmado, se está

lidad de afirmar, en definitiva, si se dio o no una verdadera lesión a un bien jurídico protegido por el derecho penal, o bien, si la inicial tutela derivada de la presencia de la antinormatividad de la conducta típica, se mantiene a la luz de las valoraciones que implican el contenido de la antijuridicidad y, por tanto, si resulta mantenida o retirada dicha tutela jurídica a ese bien jurídico ya reconocido como típico, de existir una causa de justificación (*Vgr.*: la legítima defensa o el estado de necesidad, neutralizan la inicial tutela jurídica penal de la tipicidad, originando que quede retirada a ese hecho y, en consecuencia, estaremos ante la lesión a un bien, pero no ante la lesión de un bien protegido y tutelado por el derecho penal, por lo que ya no podrá ser considerado como delito).

La muerte de un hombre causado por legítima defensa del autor, será evidentemente la muerte de una persona física causada por otra persona, lo que permite afirmar que supuso una conducta típica que, en efecto, causó la privación de la vida de un hombre y que violó la prohibición del "no matar" contenido en el deber ser de la norma, recogida en el tipo penal de homicidio, pero la misma, no será lesiva del derecho penal porque no es antijurídica, ya que la valoración del derecho en general, en este caso recogida en una disposición expresa de la propia ley penal que valora el derecho a la auto conservación, pero podría ! derivar de cualquier ámbito del derecho, esta permitiendo tal conducta" del activo y, al hacerlo, esta retirando la tutela penal originalmente planteada como un objetivo general de la regulación de la conducta social deseada que naturalmente, en cuanto tal, permanece siempre válido. En el campo de la antijuridicidad, en cambio, la permisión, autorización o permiso para actuar de esa manera, sólo en esas circunstancias, aparece no como una recomendación social acerca del actuar social, sino sólo como el reconocimiento de un derecho que la persona tiene para actuar de esa manera, que es lo que origina el permiso que reconoce la ley.

El orden de ideas que se expone revela también nuestra posición acerca de la teoría de los elementos negativos del tipo, sostenida por una posición doctrinal afirmada entre otros por Roxin, para la cual la antijuridicidad se subsume dentro del juicio general de la tipicidad, es decir, si la conducta se afirma como típica y antinormativa es porque es la contraria al derecho y por tanto esta considerando ya ala antijuridicidad, a la que subsume concibiendo a las causas de justificación como verdaderas causas de atipicidad.

No somos partidarios de tal posición, porque lleva a la conclusión de que frente al derecho no existen mas que dos situaciones jurídicas fundamentales que implican la valoración de lo prohibido, y frente a

ella, lo no prohibido; es decir, lo prohibido u ordenado por la ley, según el contenido del deber ser de la norma, y lo irrelevante para el derecho, afirmando, al respecto, que no tiene sentido hacer mayor análisis sobre el particular, porque, en última instancia, lo único cierto es que frente a la realidad social, sea por razón de la atipicidad o por la antijuridicidad, la persona resulta ser intocada por el derecho.

Frente a tal orden de ideas, entendemos que tal posición es cuestionable, porque cada ámbito específico de las valoraciones del derecho, tienen su propio significado específico y no es la misma la valoración que origina la creación de los tipos penales, con el específico objetivo de señalar cual es la conducta social deseada, para la convivencia como objetivo del derecho, que indudablemente tiene su propio sentido y validez específica de función social; y, por otra parte, en una valoración que es bien distinta, pero que también es propia del derecho, y que es la que recoge la antijuridicidad, se da el reconocimiento de otro tipo de t' situaciones, que a su vez, son valoradas y por lo mismo recogidas y re- c conocidas por el propio derecho, que responden también a su propia y , especificación .social y. es también otro ámbito fundamental de. la , misma función social que llene el derecho en cuanto orden de relación social.

III. LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL

Al hacer referencia ala antijuridicidad es frecuente que se haga referencia a su contenido como un concepto en sentido formal y, también, que se la refiera con un sentido material.

l Tradicionalmente se entendió el contenido de la antijuridicidad como el juicio de valor relativo a la contradicción con el derecho, de la conducta típica que a la vez observaba la ausencia de causas de justificación o legitimación. Así, su concepción se entendió y defolió en un estricto sentido formal del derecho, independientemente de reconocer después un contenido material, en función del daño causado por la lesión al bien jurídico.

En relación al concepto de la antijuridicidad en sentido material, vale recordar, que al hacer mención de la evolución histórica del derecho, durante la segunda mitad del siglo pasado y como consecuencia de la filosofía del positivismo, se manifestó el interés por las ciencias naturalísticas, que también llevó al derecho a estudiar al delito desde tal perspectiva, generando a la vez el interés por el estudio del delincuente desde las perspectivas antropológica, sociológica, y criminológica; es decir, que el interés se orientó más que por el estudio de la ley, por el del delincuente y después por el del hombre que éste representa. En

esta línea de pensamiento, sobre todo, con Litz, se habló de una antijuridicidad material, queriendo significar con ello el daño social causado con la comisión del delito.

Así, el contenido formal de la antijuridicidad se reafirmó precisamente en los límites formales de la contradicción de la conducta típica con el orden jurídico, en cuanto violación de la ley y, por otra parte, se reconoció que esa conducta violatoria de la ley, a la vez, al lesionar el bien jurídico, causaba un daño material, físicamente perceptible, al menos en los delitos de resultado material.

Si el alcance de la posición doctrinal de la antijuridicidad material se hubiera quedado en tales afirmaciones no habrían tenido mayor consecuencia. Sin embargo, no fue así, y dado que sus afirmaciones llevaban al interés de delimitar el alcance aparentemente amplio del sentido formal de la antijuridicidad, se afirmó así, que era necesario que se produjera un daño social para que se diera el delito y, de no ser así, no debería considerarse que éste existía. Esto llevó, entre otras consecuencias, al surgimiento de la teoría sobre las causas Suprarrenales de justificación, que precisamente apuntaban la posibilidad de que no existiera delito si tal daño social no se producía, sin que por otra parte, fuera necesario precisar la fuente legitimadora y por lo mismo eliminadora del delito.

Aun cuando esto abría la puerta a la posibilidad de interpretación , excesiva, que podría favorecer la impunidad, no planteó, sin embargo, problemas muy alejados de los que hoy por hoy en cierta, forma permanecen en el plano de las valoraciones que implica la antijuridicidad, y que suponen el reconocimiento de derechos, las cuales tienen que encontrar su apoyo, sea en la ley penal, en alguna otra ley del orden jurídico general, o incluso, se habla también, de las pautas sociales como generadoras de tales justificantes.

Sí, en cambio, implicó un mayor cuestionamiento, con mayor significación y trascendencia social la teoría del injusto suprallegal, por vía de la cual se intentó, crear delitos no claramente tipificados, básicamente a partir del concepto del daño material y social producido, lo que obviamente, implicó grave riesgo para el estado de derecho y concretamente para el principio de legalidad. Quienes, en su momento, aprovecharon las posibilidades que estas aperturas jurídicas significaron, fueron los gobiernos totalitarios y que lo mismo apoyaron la existencia del delito a partir del daño social causado, o del peligro social en su propio contexto jurídico político, como también fue utilizado, el concepto, en ciertos momentos históricos que fueron de particular afectación social en el mundo (periodo de la post-guerra 2a. mundial), para apoyar la incrimi-

nación con soluciones que han sido cuestionadas como presencia de leyes y tribunales *ex post facto*.

En síntesis, frente a los riesgos a que llevó la admisión del concepto de la antijuridicidad material, como ámbito independiente de la antijuridicidad formal, ante la interpretación de que ya ha dado cuenta la historia, consideramos que el concepto de la antijuridicidad, no es de importancia esencial, que aporte un bagaje de trascendente utilidad para la sistemática penal o para la interpretación de la ley penal, no es pues, un concepto que exija o merezca su especial defensa. Así, nos parece mejor entender que la antijuridicidad es una sola, un único juicio valorativo acerca de la conducta típica que se estima antijurídica o no, a la luz de sus propias valoraciones que reconocen derechos, que se recogen en los permisos, que a su vez dan origen alas legitimantes y, tal juicio, que implica el reconocimiento de que existe o no contradicción con el orden jurídico en general, y que naturalmente, supone un juicio formal, al mismo tiempo, implica también, el reconocimiento de la lesión aun bien jurídico protegido por la ley penal, y supone un daño material, que en todo caso, conforma el contenido específico de lo que se ha querido entender como antijuridicidad material, pero cuidando de no permitir que tal noción lleve a los extremos de ilegalidad que ya la ~; historia ha registrado.

IV. LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Frecuentemente se afirma que la antijuridicidad implica un juicio de carácter objetivo y también se hace referencia a la misma señalando que no es sólo objetivo sino también subjetivo. Es pues conveniente procurar la clarificación de tales afirmaciones.

Por antijuridicidad en sentido objetivo debe entenderse el juicio estrictamente objetivo, es decir apegado a las constancias procesales que permitan afirmar, fuera de toda duda, la validez de las consideraciones, de fundamentación y motivación, acerca de la tipicidad y de la antijuridicidad misma. Significa, entonces, que en tal juicio no debe haber subjetivismos por parte de quien atiende la valoración, es decir, definiciones que deriven de las apreciaciones subjetivas de quien realiza el juicio.

En sentido diverso se afirma que la antijuridicidad es objetiva, para hacer referencia a la sistemática seguida por una cierta posición doctrinal, en el análisis del delito. En este sentido desde el causalismo naturalista de Litz, se consideró que la antijuridicidad implicaba un juicio de carácter objetivo, en la medida en que suponía un juicio de valor sobre el delito, considerado en su objetividad, es decir, en lo relativo a todos

los aspectos objetivamente observables del mismo, a partir de la estructura sistemática entonces delineada y que aceptaba el estudio del delito en dos momentos, el objetivo y el subjetivo, el primero como apuntado, y el último, referido a los aspectos que no eran físicamente observables, vinculados con la subjetividad de la persona, es decir con la voluntad del agente.

En realidad la teoría de la bipartición clásica del delito (elementos objetivo y subjetivo) fue sostenida desde la época de la llamada Escuela Clásica, si bien, la estructura más sistematizada fue la seguida por Litz, quien recoge la influencia de la escuela positiva italiana del derecho penal, con el acervo de la propia formación filosófica jurídica alemana, elementos, ambos, con los cuales se desarrolló la nueva escuela del derecho penal.

En general, se consideró ala antijuridicidad como objetiva, por implicar un juicio sobre los aspectos objetivos, físicamente perceptibles del hecho delictuoso, es decir, sobre la conducta, resultado y nexos causal del hecho y, que estos fueran típicos, es decir previstos en la ley, sin que se diera alguna justificante. En ese tiempo todo lo relativo a la subjetividad de la persona, a su ámbito psicológico interno, aparecía recogido y correspondía al estudio de la culpabilidad, que era precisamente el elemento subjetivo del delito. Por esto, para quienes siguen este orden de ideas se afirma que la antijuridicidad supone un juicio estrictamente objetivo. Con posterioridad, al desarrollarse la corriente del causalismo valorativo, que reconoce que el tipo penal incorpora elementos que no son estrictamente objetivos, sino que contiene también elementos normativos y subjetivos, naturalmente no se admite que la antijuridicidad sea un juicio solo objetivo sino que también se refiere a elementos subjetivos. En la etapa actual del derecho penal existe un general consenso de que efectivamente existen elementos subjetivos tanto en el tipo como en las justificantes de la antijuridicidad, y de que no es posible determinar un juicio sobre la tipicidad, como tampoco sobre la antijuridicidad si no se toma en cuenta además de los elementos objetivos, los subjetivos y también los normativos.

En síntesis, por cuanto se refiere a la afirmación de ser la antijuridicidad un juicio de carácter subjetivo, queda explicado en los términos de lo señalado en este mismo apartado, que la antijuridicidad implica un juicio que por cuanto se refiere a las características de su valoración, desde la perspectiva de quien valora, supone un juicio que debe ser objetivo y no subjetivo, es decir, debe tomar en cuenta solo las constancias probatorias que lleven al juicio señalado y no que se guié por la subjetividad de quien valora naturalmente una cierta subjetividad es propia de la libre discrecionalidad del órgano de jurisdicción, pero tal discre-

cionalidad, precisamente, debe estar apoyada en elementos ciertos que le permitan un juicio objetivo y no subjetivo.

Por otra parte, el contenido mismo de la antijuridicidad implica una valoración que ya desde la tipicidad contiene ciertos aspectos de carácter subjetivo, los denominados elementos subjetivos del tipo, (el querer . de la conducta típica), como también de carácter normativo (el concepto de lo ajeno en el robo), y enseguida, en el campo mismo de la antijuridicidad, el análisis de las justificantes o causas de justificación, que naturalmente exigen también el estudio sobre los elementos subjetivos de esas causas de justificación. (*Vgr.:* en la legítima defensa es evidente que la persona que reacciona frente a una agresión, en legítima defensa, precisamente lo hace en respuesta a su subjetividad, es decir, quiere reaccionar).

Vale agregar, por último, que las reformas penales tanto a la Constitución de 1993, como las que en 1994 se operaron en la ley penal, sustantiva y adjetiva, incorporan con claridad el criterio de ser la antijuridicidad un juicio que supone la presencia de elementos subjetivos y normativos, además de los descriptivos objetivos. Así los artículos 16 y 19

.de la Constitución, expresamente se refieren a los elementos típicos del delito, el artículo 8 del código penal y el artículo 122 del código de procedimientos penales, para el Distrito Federal aún con mayor especificidad expresamente se refieren a los elementos subjetivos del tipo. A su vez, el artículo 15 del código penal al hacer referencia a las causas de justificación, en su referencia a ellas, claramente hace alusión en la descripción de la conducta legitimante a elementos que son subjetivos.

V. EL TIPO PERMISIVO

El tipo permisivo presupone la presencia del tipo normativo o tipo prohibitivo, .cuyo análisis corresponde ala tipicidad. Esto es comprensible si se tiene presente que el derecho solo puede permitir lo que previamente a prohibido y, obviamente, no puede permitir lo que desde antes ya estaba permitido.

El derecho y, concretamente el derecho penal, para cumplir su objetivo de regulación de la conducta humana para la salvaguarda de los bienes jurídicos que exige la coexistencia, crea los tipos delictivos, por vía de los cuales, señala, las conductas socialmente deseadas, delimitando el espacio social de los miembros de la comunidad, lo que implica el señalamiento de las conductas prohibidas, constitutivas de las normas jurídico-penales. Naturalmente, al derecho le interesa que no se produzcan lesiones a los bienes jurídicamente protegidos, lo que significa que no se produzcan resultados penalmente lesivos, al lado de las conductas prohibidas y consideradas lesivas en sí mismas. Pero asimismo, siendo

evidente que el derecho no puede vincular fenómenos de la realidad fáctica, no puede ordenar que llueva o que no llueva, como tampoco puede ordenar que se produzcan o que no se produzcan resultados que son solo consecuencia de procesos causales, si puede, en cambio, regular la conducta humana y, por esta vía, procurar que no se produzcan las conductas estimadas lesivas en sí mismas, como también que no se ocasionen resultados socialmente indeseados, para lo cual, sobre la base de la experiencia causal, es que se prohíben las conductas que podrían hacer nacer los procesos causales que llevan a tales resultados. Este, en resumen, es el cometido del contenido normativo del derecho penal. Al lado del mismo es que se da la significación específica de las reglas de permisión que son recogidas en la antijuridicidad.

Las reglas de permisión o de permiso son aquellas que surgen de las valoraciones de la antijuridicidad y que derivan de todo el orden jurídico en general y que implican el reconocimiento a los derechos que tiene el individuo que vive y se desarrolla dentro de un complejo de relaciones sociales, para defenderse y para no quedar obligado a lo imposible a sufrir injustos sin la posibilidad de reaccionar frente ellos, cuando la propia sociedad no tiene la posibilidad de evitar su acontecimiento. Desde el punto de vista social, existe la necesidad de una valoración, por parte del Estado, acerca de la naturaleza y la jerarquía de los bienes jurídicos que se protegen en función del fin de la convivencia; significa que frente a la valoración acerca de la conducta socialmente deseada de la norma, incorporada en los tipos penales, se de la valoración acerca de todas esas situaciones susceptibles de presentarse en la miriádica complejidad de la relación social y que pueden implicar situaciones de riesgo para los bienes de una persona, sin que exista otra forma de evitarlos, más que, por vía de la conducta misma de la persona; conducta, ésta, que es permitida por el derecho, que valora y reconoce tales situaciones y el derecho que asiste a las personas para conducirse frente a ellas.

Por esto si el ámbito de la normatividad, analizada en la tipicidad, es el de la conducta social deseada, que implica la presencia de las normas que de manera general se imponen obligatoriamente, con la amenaza y fuerza de la coercibilidad penal, las permisiones, en cambio, no se imponen, sino que solamente se reconocen y por tanto permiten y autorizan. El Estado no ordena que se actúe de talo cual manera, sino que se limita a permitir que se actúe en dicho sentido; no fomenta y no promueve la realización de dichas conductas, pero si las reconoce, las valora y las recoge jurídicamente a través de los permisos que implican las causas de justificación.

Este orden de ideas es, asimismo, el que permite afirmar que si bien el ámbito inicial de conocimiento del bien jurídico se da en la tipicidad, precisamente como su momento inicial, en la medida en que es a través de la inicial y aparente lesión a un bien jurídico penalmente protegido, consecuente a la realización de la conducta entendidos en sentido naturalístico, y que implica precisamente el contenido social del derecho. A la vez, la lesión al bien jurídico, implica precisamente el punto de relación entre el acontecer de una situación dada en la realidad social derivada de la realización de una conducta y la producción de un resultado que producen la afectación o lesión aun bien, originando *iPso facto* e *iPso iure* en tanto que dicho bien aparece protegido por una norma penal, que esa conducta y esa lesión se estimen como inicialmente relevantes para el derecho penal, haciendo surgir el análisis y el juicio de la tipicidad.

Es, por esto, que es desde el bien jurídico, a partir de la conducta típica, que genera la lesión al bien jurídicamente tutelado, lo que hace nacer el interés del derecho en ese hecho de la realidad social, y no partir de la conducta sola, que como tal puede ser relevante para el derecho penal o no (hay conductas delictivas, pero la gran mayoría de conductas que mueven la relación social no tienen relevancia penal. Esto, naturalmente lleva a considerar que es este momento, con esta característica, lo que sistemáticamente debe implicar el primer momento de análisis en la teoría del delito, y no la conducta en sí, porque, como se ha señalado, existen muchas conductas, pero al derecho penal solo le interesan las conductas que tienen relevancia penal, aquí que lo que interesa no es la conducta en sí, que es un concepto necesariamente típico, sino sólo la conducta típica que sí es potencialmente lesiva de un bien jurídico protegido y tutelado por el derecho penal.

Este orden de ideas explica nuestra opinión acerca de la ubicación sistemática del bien jurídico protegido y la metodología de su estudio que hemos adoptado en la obra, entendiéndolo como un factor de unión entre dos ámbitos conceptuales de lenguaje distintos, el de hechos y el normativo.

Por razón de lo expuesto, solo hasta después de haber concluido valoraciones propias de la antijuridicidad, observando si existen circunstancias permisivas concretadas en las causas de justificación, es posible, en la fase punitiva, confirmar la tutela penal inicialmente reconocida en la norma, o bien si se neutraliza frente a las causas de justificación y consecuencia, afirmar si a la luz del derecho, en todo su conjunto, se produce una lesión al bien jurídico tutelado por el derecho o no. Estos

mos conceptos son los que permiten afirmar, también, que si el ámbito de la tipicidad es el de la antinormatividad, el ámbito de la antijuridicidad es el que da sentido al principio *nullum crimen sine injuria* (no hay delito sin lesión a un bien jurídico protegido y tutelado por el derecho penal).

VI. LOS ELEMENTOS DE TIPO PERMISIVO

Al igual que en el caso de los tipos normativos también los tipos permisivos aparecen integrados por elementos objetivos, normativos y subjetivos, cuyo contenido, en tal sentido, es similar al de los tipos normativos, razón por la cual, sobre el particular, nos remitimos a lo ya señalado en la tipicidad en torno a los mismos. ,

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEXTO
LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
(EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO)

SUMARIO: I. Legítima defensa. 1. Concepto. 2. Fundamento de la legítima defensa. 3. Elementos de la legítima defensa. a) Elementos de la agresión. α . Agresión real. β . Agresión actual o inminente. γ . Agresión sin derecho. b) Elementos de la reacción. α . Necesidad de la defensa. β . Racionalidad de la defensa. γ . Provocación suficiente. 4. Bienes protegidos por la legítima defensa. II. El estado de necesidad. 1. Concepto. 2. El peligro. 3. Robo necesario. 4. Aborto terapéutico o necesario. III. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. 1. El cumplimiento de un deber. 2. Ejercicio de un derecho. IV. Impedimento legítimo

I. LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. *Concepto*

La legítima defensa es la reacción a una agresión injusta en los términos que previene el artículo 15 fracción IV del Código penal, que expresa:

Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho le causaron daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente y el de su familia, a sus dependencias, o a las de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentren alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad una agresión;

2. *Fundamento de la legítima defensa*

El fundamento de la legítima defensa, además de las consideraciones generales señalados, se funda en el principio de que nadie

puede ser obligado soportar un gusto. Supone situaciones en las que la persona que actúa en ella no tienen otra forma de salvaguardar sus bienes o derechos.

Dos criterios se plantean principalmente en torno al fundamento. En un primer sentido, desde la perspectiva individual, se afirma que el fundamento se reconoce en la protección de los bienes jurídicos. En otro sentido, que implica la perspectiva social, se afirma que el fundamento es la validación del orden jurídico mismo. En realidad una y otra situación se complementan y mutuamente se afirma, toda vez que a la base del derecho está la seguridad jurídica, existe en función de la salvaguarda de bienes jurídicos, por lo que, el reconocimiento de la legítima defensa como derecho valorado por la ley, a su vez, supone la neutralización de la tutela penal originalmente recogida en el tipo penal, es precisamente, la confirmación del derecho como orden social para la convivencia, precisamente vía el objetivo de la seguridad jurídica que fundamenta tanto al tipo prohibitivo como el tipo permisivo.

3. *Elementos de la legítima defensa*

Esta justificante implica dos acciones, diferentes. Primero, una agresión; segundo una reacción a esa agresión. Una y otra exigen determinados elementos: la agresión debe ser real, actual o inminente y sin derecho. La reacción debe ser necesaria y racional, siendo necesario que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata de parte del agredido, es decir, de quien actúa en legítima defensa, o bien de la persona a quien se defiende.

Esto lleva al análisis de cada uno de los elementos que señala:

a) *Elementos de la agresión*

α. *Agresión real*. La ley exige que se trate de una agresión sea auténtica, cierta, no imaginaria; quien no se encuentre sólo en la mente de quien reacciona sino que exista realmente.

β. *Agresión actual o inminente*. Por agresión actual se entiende que la agresión sea presente, es decir, contemporánea al acto de defensa, ni anterior ni posterior, porque en el primer caso podría darse la agresión pero ya no sería actual, ni podría explicar y justificar la razón misma de la reacción que implica repeler el ataque. Así, lo ha entendido la jurisprudencia cuando ha señalado que la dirección es actual, cuando se producen el momento en que el agredido la reprende. Agresión y repelimiento son coetáneos. Asimismo, la propia ley plantea la posibilidad de que la agresión pueda ser no sólo actuar sino inminente, lo que significa que la misma nos hubiera iniciado, pero que las características de la agresión sean ya evidentes, por lo que quien reacciona, no le queda

más alternativa que actuar su reacción para evitar esa agresión o su efecto.

No existe un tiempo determinado, pero lógicamente el entenderse que debe ser inmediata anterior, toda vez que la sola amenaza de una agresión futura no sería suficiente para integrar el tipo permisivo. (Vgr.: la persona que arremete a otra amenazandola con un cuchillo sin entrega dinero que llevó consigo, evidentemente no es necesario que cause la lesión física correspondiente para entender la agresión y bastan las circunstancias inmediatas para permitir que, quien se defiende, actúe en forma legitimada y que esa agresión implique, no la actualidad pero si la inminencia que supone el peligro real concreto inmediato de una lesión).

La actualidad de la agresión excluye dos momentos. El pasado y el futuro, lo que significa que no puede darse la legitimación ni contra una agresión determinada que, obviamente, ya dejó de serlo, y que por lo mismo que hay en el terreno de la venganza y no de la reacción en defensa legítima o bien, una agresión que aún no lo sea, que aún no se ha presentado, que implique sólo una amenaza de agresión la cual no pueda ser considerada aún como agresión inminente.

γ. Agresión sin derecho. para que la defensa sea legítima, es indispensable que la agresión sea ilegítima, y que no suponga una acción apoyada y fundada jurídicamente. Significa, que es antijurídica, cuando objetivamente aparece ser contraria a las normas jurídicas, lo que resulta lógico, toda vez que si quien arremete, lo hace cumplir un deber a su cargo, naturalmente no incurre en acción ilícita (Vgr.: el actuario que en cumplimiento de su función acude a practicar un secuestro, que el afectado estima un acto de agresión).

b) *Elementos de la reacción*

por su parte los elementos de la reacción son que ésta sea necesaria, y que sea racional, así como que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata de su parte de la persona a quien se defiende y que hubiera sido la causa que originó la agresión que se repele.

α. Necesidad de la defensa. este requisito deriva de la naturaleza misma de la justificante y que sirven de límite al alcance de la reacción. En efecto, la legítima defensa se explica como la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar bienes jurídicos; es necesario, en consecuencia, es el de esta necesidad de la defensa empleada, es decir, que quien actúe no tenga más alternativa que reaccionar como lo hace, aprende salvaguardar sus derechos. Significa que si tenía otras opciones, como la posibilidad de retirarse en lugar de enfrentarse, nos estará

frente al caso de la legitimante, por falta del elemento de necesidad en la reacción.

β. Racionalidad de la defensa. Es indispensable que exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida. (Vgr.: no sería racional la reacción de un sujeto que saca un arma de fuego y dispara contra su agresor, en un altercado con motivo del choque entre dos vehículos, donde uno de los tripulantes reclama y agrede al otro por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, quien sacando un arma de fuego dispara y lesiona o priva de la vida. Es evidente que no es racional el medio empleado para la defensa.

γ. Provocación suficiente. Exige el tipo permisivo que no medie provocación suficiente por parte de quien se defiende. Es decir, es necesario que quien actúa legítimamente no haya provocado la agresión contra la cual reacciona. Entendemos, con más precisión, que cuando la ley expresa “provocación suficiente”, esta señalando que es necesario que tal agresión no haya sido provocada dolosamente, es decir, con el específico fin de “provocar” que, en sí, es concepto que conlleva una carga subjetiva específica, por lo que sí es susceptible de presentarse la justificante cuando quien se defiende ha provocado la agresión culposamente, o bien como consecuencia de la personalidad particularmente agresiva y sensible de quien agrede (Vgr.: personalidad paranoide) naturalmente sin tener conciencia de las consecuencias que habría de desencadenar con ello. La provocación suficiente obviamente supone una conducta anterior a la agresión, y tiene como consecuencia hacer cesar el contenido que fundamenta la legitimidad de la defensa misma, toda vez que si ésta se funda en que nadie está obligado a soportar lo injusto, a la vez, es necesario que la propia persona no haya sido la causa que provocó tal injusto, porque frente a tal situación está obligado a soportar las consecuencias de su propia conducta inicial provocadora.

4. Bienes protegidos por la legítima defensa

La ley penal expresamente reconoce que los bienes protegidos en la legítima defensa, son todos, sin establecer más limitación que la que se trata de la racionalidad entre el bien jurídico defendido y los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la agresión. A la vez, los bienes jurídicos pueden ser propios o ajenos, es decir, que la legítima defensa es susceptible de darse no solo en defensa de los bienes propios, sino también en la defensa de bienes ajenos que están siendo objeto de afectación.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD

1. *Concepto*

El artículo 15 del Código penal civil fracción V expresamente establece:

Se obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o eminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En los términos del texto transcrito, el estado de necesidad supone otra de las formas que la ley penal expresamente previene como legitimadoras y, por tanto, neutralizadoras de la antijuridicidad. A diferencia de la legítima defensa, en donde la legítimante surge como consecuencia del derecho que la persona tiene a defenderse y a no permitir la presencia (le un injusto que afecte sus bienes jurídicos propios o ajenos, derivados de una agresión no provocada, en el caso del estado de necesidad, la legitimación surge como consecuencia de ese fundamento general que deriva, de que nadie está obligado a soportar lo imposible.

En relación con el alcance del estado de necesidad se conocen principalmente dos teorías: La teoría de la unificación, que afirma la posibilidad de que la justificante pueda operar respecto de todo tipo de bienes, siempre que sean de igual o menor jerarquía; y la teoría de la diferenciación, que estima que debe ser objeto de un tratamiento sistemático diferente el estado de necesidad justificante, que afecta bienes de menor jerarquía, el cual implica una causa de justificación que elimina la antijuridicidad, respecto del estado de necesidad o exculpante que afecta bienes que son de igual o superior jerarquía y que, en su caso, debe merecer análisis como causa de inculpabilidad dentro de las causas que originan la no exigibilidad de otra conducta y no como justificante.

En nuestro concepto se debe reconocer la diferencia sistemática que existe entre la legítimante, que afecta bienes de menor jerarquía para salvar bienes que son de mayor jerarquía, respecto de aquella otra situación que deriva de la afectación de bienes que son de igual y aun, discutiblemente, de superior jerarquía. No entenderlo así, implica no reconocer las características del derecho mismo, como orden jurídico orientado a la protección de bienes jurídicos, estimando que el derecho sería indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, lo que naturalmente resultaría en contradicción con la teoría del injusto. Por esta razón, si bien es cierto que el derecho permite al individuo la defensa de los bienes propios o ajenos, es decir que no puede impedir que el individuo atienda su defensa frente al peligro que los mismos

afrontan, situación ésta que reconoce pero no alienta y menos ordena. Como ocurre con los tipos que incorporan la conducta socialmente deseada de la tipicidad normativa; sí, en cambio, permite y autoriza, el propio Estado, consciente de que no cuentan con otros medios para salvaguardar la defensa de dichos bienes, razón por la cual permite que la persona actúe frente a tales circunstancias.

Frente a esta situación que recoge el contenido de la justificante que elimina la antijuridicidad de la conducta, se presenta aquella otra situación en donde el propio Estado, no permite ni autoriza que para salvaguardar un bien jurídico de menor jerarquía, se afecte otro bien jurídico de igual o superior jerarquía, a manera de ejemplo: el individuo que para salvaguardar la vida propia, afecte la vida del prójimo, situación ésta, sin embargo, frente a la cual el propio Estado se ve impedido a exigirle que hubiera actuado de manera diferente de aquélla en que actuó, de aquí que frente a esta segunda situación el Estado reconoce esa conducta, y la recoge como una causa de inculpabilidad. Pero no como causa de justificación, en el entendimiento de que en el primer caso el injusto típico y antijurídico existe y solo se estima que no puede ser reprochado el autor como culpable, en tanto que en el último caso, ante la legitimante no existe injusto típico y antijurídico y, por tanto, no existe delito porque queda neutralizada la antinormatividad de la conducta.

El Código penal mexicano, según hemos observado, en su fracción V incorpora en una sola disposición el caso del estado de necesidad, cuando se trate de bienes de menor jerarquía o de igual jerarquía, lo cual alguno ha querido entender como base para aceptar que la ley mexicana sigue la teoría de uniformación; estimamos que no es así, y la redacción aislada de una disposición legal, no impide que la misma pueda ser objeto de análisis dogmático, y sistemático, mismo que da luz acerca del contenido de una y otra figura.

2. *El peligro*

El peligro como elemento del estado de necesidad consiste en una probabilidad de daño. El peligro a que hace referencia el estado de necesidad, puede proceder de un tercero, de la Naturaleza o de los animales. La valoración de la situación del peligro, tiene que ser valorada a través de un juicio *ex ante* y no *ex post facto*.

Tal peligro, a su vez debe reunir un peligro real (que significa cierto y ni imaginario), actual (que significa presente y no pasado ni futuro), inmutable (que supone una opción frente a la actualidad, pero que implica presencia inmediata futura inevitable, finalmente tal peligro a

los bienes jurídicos no debe haber sido ocasionado dolosamente ni por culpa).

La Suprema Corte de justicia de la nación ha estimado que la justificante por estado de necesidad, consiste en el sacrificio de un bien menor para salvar otro de mayor valía, ambos jurídicamente tutelados por el derecho, en presencia de la imposibilidad de que los dos subsistan (Semanao judicial de la Federación, volumen XXVII, página 49, segunda parte, sexta época). Refiere, asimismo la jurisprudencia:

El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente” (Semanao Judicial de la Federación, XLI, página 31, Segunda Parte, Sexta Epoca)

Entre otras de las preguntas que suscita el estado de necesidad, vale plantear las siguientes:

¿Procede el estado de necesidad a favor de tercero? Vale considerar que si procede, atento a la referencia de la ley a la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.

¿Es posible que aproveche la justificante del estado de necesidad a una persona, cuando ésta causó el peligro de manera dolosa o culposamente? Es de observarse, que si el peligro fue ocasionado dolosamente no puede existir el estado de necesidad, por las razones antes mencionadas. Toda vez que el tipo permisivo no hace referencia a la causación culposa, es de entenderse que si podría darse el estado de necesidad, cuando dicho peligro hubiera sido causado culposamente.

Se ha planteado también; el caso del peligro causado dolosamente, cuando el mismo no tiene una vinculación directa con la generación del estado de necesidad que implica la justificante y, así, se observa que no parece razonable eliminar la excluyente cuando el estado de necesidad se debe a un acto doloso, si ese dolo no está directamente encaminado a la creación misma de la situación de peligro como medio de preparar la impunidad en el delito.

El estado de necesidad implica, por parte de quien actúa en dichas circunstancias, de un ánimo de conservación, que a fin de cuentas se traduce en un *animus defendendi*, al igual que acontece, en el caso de la legítima defensa, si bien, en esta última, dicho ánimo de defensa se plantea respecto de una agresión no provocada, respecto de la cual, la legítima defensa es precisamente una reacción, en tanto que en el caso de estado de necesidad, esta defensa se vincula a la situación de peligro a que se somete el bien jurídico salvaguardado de mayor jerarquía.

El estado de necesidad, al igual que en las restantes causas de licitud o causas de justificación, en la medida en que las mismas, que implican la inexistencia de un delito, como consecuencia, a la vez se da la imposibilidad, de imponer la pena, que obviamente incluye a otro punto de divergencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, lo que permite observar, que mientras esta última justificante procede en contra de lo que origine el peligro, se trate de una persona física, de un animal o de una cosa; en la legítima defensa, en cambio, únicamente procede ésta, en contra de la acción de otra persona humana. Las causas de justificación aparecen previstas en todo el orden jurídico y dentro del código penal, las mismas aparecen fundamentalmente recogidos en el Libro Primero del Código dentro del artículo 15, lugar donde aparece ubicado el estado de necesidad en la fracción V. Existen. Sin embargo, algunos casos que aparecen también recogidas en el Libro Segundo del código penal, relativo a los delitos en particular, como le son el robo necesario o robo de famélico, y el aborto necesario o terapéutico.

3. Robo necesario

El artículo 379 del código penal, expresa: “No se castigará al que. Sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”. Con ésta expresión, recoge el código penal, de manera expresa, la figura del robo necesario, robo famélico o robo de indigente. Esta figura no apareció recogida por el código penal de 1871 y su antecedente deriva de lo dispuesto por el artículo 45 fracción VII del código de 1929,

En relación con esta figura la doctrina penal mexicana es acorde en considerar su innecesaria presencia como figura específica de la parte especial de la ley penal, en la medida en que su contenido general aparece regulado plenamente por el alcance que deriva del estado de necesidad previsto por el artículo 15. Lo cierto es que atento al texto del artículo 379, que se refiere al apoderamiento por una sola vez, dentro de las características que suponen la presencia del estado de necesidad. la regulación de tal figura resulta ser restrictiva respecto del alcance general del estado de necesidad, el cual, naturalmente, no limita la presencia de la justificante a una sola o un número determinado de ocasiones, sino que esta en función directa de la situación de peligro que la origina y el interés preponderante frente a una colisión de los bienes que son de diversa jerarquía y en donde aparece justificada la salvaguarda del bien de mayor valor respecto del bien que resulta sacrificado, en cuanto se trata de un bien de menor valor. Por esta razón,

los proyectos de códigos penales posteriores se han orientado hacia su derogación.

Sobre el particular, la Suprema Corte de justicia de la nación, estableció:

La excluyente consignada en el artículo 379 del Código penal del Distrito Federal, que establece que no se castigará al que sin emplear engaños, ni medios violentos, se apodere, una sola vez, de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades o del momento, es inaplicable, si el delincuente cometió diversos robos pues la ley limita la excluyente del apoderamiento singular y no al plural, y por otra parte, el reo debe probar plenamente el estado de necesidad que lo determinó a cometer el delito (Semana Judicial de la Federación, tomo LXXXI, páginas 3504-3505).”

4. *Aborto terapéutico o necesario*

Por cuanto se refiere a la regulación específica del estado de necesidad recogido en relación con el aborto terapéutico o necesario, previsto en el artículo 334, la ley señala:

No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Este caso, frecuentemente enunciado con el aborto terapéutico, consiste en la muerte del producto de la concepción para evitar la muerte o la alteración de la salud de la mujer embarazada. En el caso, la justificante específica, supone asimismo una figura que en estricta técnica jurídica, también resulta innecesaria, en la medida en que, como en el caso del robo de indigente, aparece protegida por el alcance del artículo 15 fracción V del Código penal, que previene el estado de necesidad en general.

Al respecto, Jiménez de Asúa, con razón, expresa, que el código ha querido, como si fuera un tratado, ejemplificar con algunos supuestos el contenido vertido en la fracción 1V del artículo 15. (Equivalente a la fracción V reformada del Código penal).

III. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO

La fracción VI del artículo 15 del código penal incorpora otras dos figuras más, a las que la doctrina mexicana frecuentemente refiere como causas de justificación. Estas figuras son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. Expresa la fracción VI del dispositivo referido:

la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro. En nuestra opinión, ambas figuras son particularmente relevantes en el derecho penal, y son fundantes de situaciones diferentes previstos por el código penal. El cumplimiento de un deber es el fundamento mismo de la tipicidad; es el concepto que esta a la base de la existencia misma de los tipos o preceptos de la norma y, supone el contenido mismo di mandato o prohibición que esta a la base de cada una de dichas normas jurídico-penales que, precisamente, consisten en un “deber”.

1. *El cumplimiento de un deber*

Al hacer referencia a la teoría del tipo, se mencionaron las características riel contenido normativo que estos suponen. Con la prohibición:

al deber jurídico expresado por vía del mandato o la prohibición cometida en el mismo (Vgr.: no debes matar; no debes robar; no debes violar; etcétera) y del bien jurídico. Como los conceptos, a partir de les cuales se explican y justifican aquéllos. El cumplimiento de un deber, así, más que una causa de justificación, debe ser entendido como la base misma de la normatividad. Ahí donde exista un “deber” jurídico. sea de obrar o de abstenerse, debe entenderse que existe, en tanto que hay un tipo legal penal que lo previene en razón de la incorporación la conducta socialmente deseada por la voluntad colectiva representada por el legislador, que es precisamente el origen de la norma jurídica.

La antijuridicidad, en cambio. es el ámbito en donde se recoge otro tipo de valoraciones que, por vía de las reglas permisivas que neutralizan el contenido de la normatividad, reflejan el reconocimiento del derecho, respecto de los derechos que asisten a la persona en la relación social.

Atento a lo anterior, el cumplimiento de un deber, precisa ser entendido, como el fundamento de la normatividad en la tipicidad y no como una institución jurídica regulada en la antijuridicidad, en la inteligencia de que debe tenerse presente, que el orden jurídico es un orden y no un desorden jurídico, de aquí. que cuando en la propia ley aparezca la presencia de un deber jurídico en un cieno sentido y simultáneamente aparezca otro deber jurídico en sentido opuesto, naturalmente solo uno puede subsistir, naturalmente con su característica de deber condenado por la ley (norma) y no como regla de permiso que legitima a la conducta antinormativa (causa de justificación) (Vgr.: el artículo 302 del código penal prohíbe privar de la vida y, por otra parte el código militar, ordena defender la seguridad externa del país frente a un

enemigo exterior, obligando, incluso, en su caso, a disparar y matar al enemigo).

En este sentido, aparecen dos normas encontradas una ordenando prohibiendo matar y la otra ordenando matar en tales características). El orden jurídico, aquí, debe entenderse en el sentido de que sólo uno de estos deberes puede subsistir; así, en este orden de ideas el militar que priva de la vida al enemigo, no comete una conducta típica de homicidio que enseguida la ley legitima, sino que simple y sencillamente deberá entenderse que su conducta en ningún momento ha sido antinormativa, toda vez que ha actuado en el cumplimiento de un deber. Lo mismo acontecerá, en cualquiera otro caso en que un individuo actúa precisamente en el cumplimiento de un deber previsto en la ley; así, el caso del actuario judicial, que dando cumplimiento a resolución correspondiente, procede al embargo de bienes, no debe considerarse su conducta como la de un robo justificado, sino que, como mejor y más precisa respuesta, deberá entenderse su conducta como el cumplimiento del deber a su cargo, como consecuencia de la función que tiene.

Confirma la línea de pensamiento que señalamos, si se tiene presente que en estos casos la ley no “autoriza” a actuar como lo hacen los actuarios, sino que les ordena en dicho sentido, so pena de un castigo para el caso de incumplimiento, lo que naturalmente no ocurre en las justificantes.

En relación con el cumplimiento de un deber la Suprema Corte de justicia ha señalado entre otras las siguientes tesis:

Dentro de la fórmula de obrar en cumplimiento de un deber se comprende los actos ejecutados en cumplimiento de deberes que son consecuencias de funciones públicas (deberes de servicio), y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de un deber como causa de justificación de la conducta, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige la fracción V del artículo 15 del código penal. Por otra parte, el deber se encuentra debidamente determinado de relación con la naturaleza de la función que se ejerce y el fin que la propia ley señala. Es generalmente admitido que ésta causa de justificación comprende la realización de todos aquellos medios inclusive los violentos, que son racionalmente necesarios para dar satisfacción al fin expresado por la ley. Por otra parte, sólo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado; únicamente mediante tal proceso puede llegar a conocer si el proceder es jurídico o antijurídico. Si el cumplimiento estricto del deber imponía al acusado la obligación a proceder aún usando medios violentos pero radicalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta, no puede ser antijurídica por ser lícita desde su inicio y no atender contra la

norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido. En otras palabras, si el proceder del acusado constituyó el medio racionalmente necesario para cumplir con el fin de la ley, que le imponía un deber cuyo cumplimiento le era imperativo, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. Y si en orden al principio de primacía y prelación lógica hemos concluido que el proceder es lícito por ser jurídico, no cabe hacer examen del aspecto subjetivo del delito por no haber lugar a juicio alguno de reproche en cuanto a la culpabilidad” (Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. tomo XIII, página 54, Segunda Parte).

2. Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho, una más de las causas de justificación previstas en la ley penal es, en verdad, el fundamento general de todas las legitimantes.

Significa, en resumen, el ejercicio de un derecho que se encuentra fundado y recogido sea en la ley penal o en cualquiera otra ley extrapenal, o incluso, en pautas culturales, apoyadas en la costumbre o en expresiones y circunstancias que pueden originar en un cierto momento tal fundamento. Naturalmente, tal ejercicio de un derecho, debe reunir ciertas características para ser constitutivo de la justificante que destruya la antijuridicidad.

Algunos autores impugnan la figura, señalando que en realidad no debiera de aparecer incorporada como justificante, en la medida en que, en principio, ejercen sus derechos todos aquellos quienes realizan conductas que no aparecen prohibidas por la ley penal, lo que evidentemente es cierto: en efecto, si la conducta no está prohibida, naturalmente ello significa que los miembros de la comunidad tienen derecho a realizarlas, y quienes actúan conforme a ellas están ejerciendo el derecho que en tal sentido les asiste.

Este concepto del ejercicio de derechos, sin embargo, es distinto de aquel que recoge la ley penal como legitimante de una conducta que es típica, y que, por tanto, tiene un sentido que es totalmente diferente. El ejercicio de un derecho, como contenido de una regla permisiva, parte de la preexistencia de una norma jurídica que prohíbe u ordena una cierta conducta, ya que sólo frente a la normatividad, puede nacer y tiene sentido la regla permisiva que, precisamente reconociendo la existencia del derecho de la persona para actuar como lo hace, “permite” su ejercicio, que a su vez neutraliza la antinormatividad de la conducta típica.

En síntesis, en función del contenido de las valoraciones que recoge la antijuridicidad como contradicción de la conducta típica con todo el orden jurídico, o bien de su no contradicción con dicho orden jurídico ante la presencia de una regla permisiva, que implica siempre el ejerci-

cio de un derecho, en nuestro concepto, es este último una disposición que recoge con mayor precisión el contenido genérico de todas las justificantes que neutralizan la antijuridicidad y no solo una especie más de aquéllas. Tal es el caso, entre otros, del médico que actúa en el ejercicio de su función profesional amparada por un título profesional reconocido por la ley, o la función (le la enfermera, igualmente amparada en términos similares; o la conducta del padre en ejercicio del derecho de Corrección sobre los hijos, lo cual, naturalmente, encuentra el límite en la característica de la corrección, debiéndose recordar en ese sentido, la reforma a la ley penal mexicana, de 1992, en donde situaciones alegadas como corrección y que naturalmente no son tales, llegando a implicar lesiones de grado diferente, reconocidas ahora con mayor precisión como formas típicas del maltrato a los hijos, ahora recogidas como agravantes y formas calificadas del propio delito de lesiones, por el hecho de ser cometidas por los ascendientes; la actuación del particular a quien la ley autoriza para detener a quien en flagrancia comete un delito; la retención del pago o del objeto enviado a compostura, por parte del tenedor, cuando no es cubierto el pago de la reparación correspondiente, dentro de los límites establecidos por la propia ley civil, etcétera.

Sobre el particular la Suprema Corte ha señalado:

Tratándose de la excluyente de la responsabilidad consistente en actuar en Cumplimiento de un deber o en Ejercicio de un derecho, vale señalar que no es bastante para acreditar tal excluyente que el agresor este a cargo de un puesto público, sea policial, en el ejercito o en cualquier corporación, para que este facultado para lesionar a un sujeto, además del nombramiento, debe existir la expresa orden para llevar a cabo una acción determinada o bien, sorprender en fraganti a un delincuente en el momento del hecho ilícito (Semanao Judicial de la Federación, tomo LXVIII. página 19, Segunda Parte, Séptima Época).

IV. IMPEDIMENTO LEGITIMO

Anteriormente, el artículo 15 del código penal en su fracción VIII, consignaba, asimismo la que entonces denominaba como impedimento legítimo, dentro del título que entonces se denominaba “circunstancias excluyentes de responsabilidad” y que hoy reformado, se denomina “causas de exclusión del delito”. Así, expresaba que tal figura aparecía por el hecho de contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando hacer lo que manda por un impedimento legítimo. De aquí derivó que se presentara el impedimento legítimo, cuando no se podría cumplir con un deber legal, por cumplir con otro deber de la misma naturaleza y de mayor entidad. Por esta razón, regularmente se la reconocía como

derivada de la colisión de deberes y así lo entendió la Suprema Corte, cuando expresó que para que opere el impedimento legítimo era necesario que aquel que no ejecutaba lo que la ley ordenaba, obedeciendo a la presencia de otra disposición superior, o más apremiante de la misma ley. Esta figura ha que dado derogada y eliminada del Código penal, atento a la reforma incorporada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994.

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEPTIMO EL DELITO DE ACCIÓN CULPOSO

SUMARIO: 1. Concepto y definición. II. Legislación penal mexicana. III. Evolución histórica del concepto del delito culposo. IV. Fundamento de la culpa. 1. Causalismo naturalista. 2. Causalismo valorativo. 3. Finalismo. 4. Funcionalismo político criminal. V. La función del fin de la conducta en el tipo culposo y el deber de cuidado. VI. El tipo abierto como contenido del tipo culposo. VII. El elemento objetivo descriptivo de la conducta típica en el tipo culposo. VIII. El fundamento del deber de cuidado. IX. El elemento subjetivo de la conducta típica en el tipo de acción culposo. X. La atipicidad en el delito culposo. XI. La antijuridicidad en el deliro culposo. XII. Culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación. XIII. La preterintención y el delito culposo.

1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Siendo el orden jurídico un orden de regulación de la conducta humana, a la vez que un orden de relación social, es evidente que el derecho penal individualiza conductas que prohíbe en sus tipos penales. Estas pueden ser dolosas o culposas.

Los tipos de delitos culposos al igual que los dolosos, suponen la individualización de una conducta. Siendo, ésta, una manifestación de voluntad conforme a sentido y significación, es decir, con una voluntad que aparece finalísticamente determinada, debe reconocerse que también los tipos culposos suponen la presencia de conductas conformadas por la exteriorización de una voluntad que es necesariamente final o conforme a sentido.

En síntesis, todas las conductas previstas en los tipos penales. Sean dolosos o culposos, suponen la presencia de una voluntad finalmente determinada que se exterioriza.

La diferencia estriba en que los tipos culposos no individualizan la conducta en razón de su finalidad (la que, sin embargo, sí tiene), sino por la forma en que se intenta alcanzar dicha finalidad, la que siempre implica la violación a un deber de cuidado. Es decir, en los delitos culposos, éstos se caracterizan porque en el proceso causal que se inicia

por la exteriorización de una voluntad finalísticamente determinada, constituida por la conducta, el autor viola un deber de cuidado que le es exigido por la ley penal, ocasionando como consecuencia un resultado antijurídico. Así, lo que hace penalmente relevante al delito culposo es la violación al deber de cuidado en la realización de la conducta, unido a la producción del resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente protegidos.

11. LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

El código penal mexicano, expresa en su artículo 8 que:

Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

El artículo 9, expresa:

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización de hecho descrito por la ley; y

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 a un deber de cuidado, el que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

El artículo 60, correspondiente al capítulo segundo, relativo a la aplicación de sanciones a los delitos culposos, del Título Tercero (denominado aplicación de las sanciones) del Libro Primero del Código penal, a su vez expresa:

En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 Parte Segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 397 y 399 de este código, respectivamente relacionados con los delitos: evasión de peso, ataques a las vías de comunicación, peligro de contagio, lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena.

Esto significa que la ley mexicana sigue, sobre el particular, el sistema punitivo del *numerus clausus* o sistema cerrado, es decir, que sólo puede haber culpa en los casos expresamente determinados en la ley, que se distingue del sistema denominado del *numerus apertus* de la cul-

pa o sistema abierto, en donde, en general todas las conductas previstas en la ley como dolosas pueden ser cometidas en forma culposa, siempre que la naturaleza de la propia figura lo permita, el cual era el sistema previsto en la ley penal mexicana con anterioridad a la reforma, del 21 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 10 de enero de 1994.

El párrafo segundo del propio artículo 60, previene los casos de la culpa grave, expresando:

Cuando a consecuencias de actos u omisiones culposas, calificadas como graves, que sean imputables al personal que reste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza, Igualmente pena se impondrá cuando se trate de servicios escolar.

Enseguida el mismo dispositivo penal señala los requisitos que deben ser tomados en consideración para efectos de la individualización de la pena en el caso del delito culposo:

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez. quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó.
- II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por la circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe o le impongan.
- III. Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes.
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios.
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras y en general por conductores de vehículos.

En las disposiciones legales siguientes, la misma ley previene respecto de la culpa:

Artículo 61.

En los casos a que se refiere la primera parte del Primer Párrafo del artículo anterior, se exceptúa la reparación del daño. Siempre que al delito doloso corresponda la sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esa situación al responsable del delito culposo.

Artículo 62.

Cuando por culpa se ocasione un daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo, se sancionara con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. La misma sanción se aplicara cuando el deliro culposo se ocasione con mora- yo del tránsito de vehículos cualquiera que sea el valor del daño.

Cuando por culpa y por motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, solo se procederá a petición del ofendido o (le su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes psicotrópicos o de cualesquiera otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DEL DELITO CULPOSO

El interés por el delito culposo es de fecha relativamente reciente. Ha sido sólo hasta los inicios del presente siglo XX cuando las características del mundo moderno han llevado a pronunciar el interés por esta figura que, hasta entonces, fue siempre objeto de estudio sólo como un ámbito colateral y accesorio del delito doloso, en función del cual aparecía desarrollado prácticamente toda la doctrina penal, lo que originó, entre otras consecuencias, que prácticamente en todas las situaciones jurídicas aparecían conformadas en relación con el delito doloso y las mismas reglas eran aplicadas, por anexión, al deliro culposo.

El desarrollo del delito culposo evoluciona como consecuencia del avance de la ciencia y técnica del mundo, y su incidencia en el universo de la relación social. El geométrico incremento en el uso de la máquina, a partir del maquinismo que llevó a la revolución industrial, en un proceso que tuvo duración de siglos, primero lento, pero en constante progreso y aceleración, exponencial, en manera tal que en el siglo XX, con el avance de la ciencia y la técnica, alcanza niveles que generan un profundo cambio en la vida social, originando la dependencia cada vez mayor del hombre respecto de la máquina, lo que se pronuncia, aún más, cuando el uso de la máquina se manifestó no solamente en el ámbito de la industria, sino asimismo en el transporte y la comunicación potenciando la actividad humana, pero, a la vez, incrementando los riesgos que conlleva tal vinculación del hombre y la máquina y su uso. Esta situación llevó, incluso, a situaciones extremas en donde, a manera de ejemplo, a mediados del siglo pasado, el tribunal Superior de Baviera llegó declarar antijurídica a una empresa ferroviaria, por el número de accidentes mortales ocasionados y los que con su función podía ocasionar en el futuro.

Esta situación que supuso un incremento del riesgo, surgió precisamente como consecuencia de la actividad del hombre en su interés de incrementar su potencial con la máquina, por lo que pretende evitarlo, sería tanto como pretender condenarlo a la inactividad e impedir el avance que supone la ciencia y la técnica propiciada por el propio hombre.

Frente a este fenómeno social y a fin de regular de manera más adecuada este nuevo ámbito de las relaciones sociales, en que aparece ligado el riesgo con ámbitos del desarrollo social natural del hombre y en el que también aparecen incorporados los aspectos del avance tecno-científico, que suponen aspectos de mejoría en el nivel de vida de la convivencia social (a la vez que también su deterioro si se tienen en cuenta las afectaciones en los ecosistemas), surge y se desarrolla en el ámbito jurídico penal el concepto de la culpa o delito culposo, como se desarrollan también los ámbitos vinculados con la reparación del daño y con la reparación civil.

IV. FUNDAMENTO DE LA CULPA

El problema fundamental de la culpa incide en la decisión de la sociedad acerca de los riesgos que esta dispuesta a asumir y de la definición de la medida en que debe hacerlo, es decir, la definición de que actividades esta dispuesta a autorizar y bajo que límites del riesgo.

Sobre estas bases es que se ha desarrollado la teoría de la culpa, la cual, naturalmente, refleja en las diversas posiciones doctrinales que, se ocupan de ella, las características del momento histórico social y de evolución tecno-científica del grupo social en que se manifiestan, como, asimismo, la fundamentación filosófica que las avala y que traducen su contenido en la expresión dialéctica y de comunicación que supone el derecho. Se manifiestan, así, las características con que se desarrolla el estudio (le la culpa en el causalismo naturalista, en el valorativo, en el finalismo y en el funcionalismo político criminal).

1. *Causalismo naturalista*

En el causalismo naturalista, en la medida en que el injusto, en cuanto conducta típica y antijurídica, aparece construido a partir de la causalidad en relación con el desvalor del resultado, sin consideración especial aún acerca de las características y alcances del desvalor específico de la voluntad del acto, en tanto que tipicidad y antijuridicidad se construyen solo en función de la causalidad, es natural que no se manifestara un interés especial por el delito culposo, y que, consecuentemente, en el estudio del elemento objetivo, en la teoría del delito aparecerá construida exactamente igual que el delito doloso.

Por otra parte, el elemento subjetivo, dentro de este modelo sistemático, aparece como el contenido de la culpabilidad psicológica, es decir, se entiende como el nexo de relación psíquica entre la conducta y el resultado, o lo que es lo mismo, el querer cometer el delito, lo que naturalmente identifica fundamentalmente al contenido de la figura del dolo y la culpa aparece identificada, precisamente, por el hecho de cometer el injusto o conducta típica y antijurídica, sin haberlo querido, si bien violando un deber de cuidado. Se presentan, así, el dolo y la culpa como las dos formas de la relación subjetiva de la persona con el hecho delictivo; es decir, el querer o no querer el resultado típico y antijurídico, o lo que es lo mismo, con voluntad o falta de voluntad respecto del hecho.

Esto mismo llevó a plantear como problema, para explicar la culpa, la búsqueda de ciertos elementos relativos a la voluntad, que permitiera explicar y afirmar el contenido de la culpa frente al dolo y, así, fue necesario distinguir entre la culpa conciente o culpa con representación de la culpa inconsciente o culpa sin representación. En la primera, en la medida en que había representación, era admisible entender que había voluntad respecto del peligro, lo que permitía observar, en el trasfondo, un cierto concepto de dolo de peligro que se acercaba al concepto al dolo regular de la conducta, con lo que era posible, o al menos así se entendía, el poder encuadrarlo dentro del esquema de una culpabilidad construida precisamente como el nexo de relación psicológica o voluntad de resultado, o dolo valorado en sentido estricto. Esto mismo había de llevar a Kolroush a observar, en algún momento, que toda vez que en la culpa sin representación o culpa inconsciente no era posible hacer la identificación señalada, debía concluirse, como consecuencia que, en tal caso, no había culpa y por lo mismo, ésta estaba excluida del derecho penal.

2. Causalismo valorativo

Posteriormente, en el causalismo valorativo, que es el mismo causalismo naturalista, al cual le son superpuestas las nuevas estructuras valorativas siguió siendo predominantemente objetivo y a partir de la causalidad, en función del desvalor del resultado determinante del injusto, siguió implicando una constelación casi accesoria de aquél, dentro del ámbito de un injusto eminentemente objetivo.

Por su parte, en el ámbito de la culpabilidad, se desarrolla el concepto de la culpabilidad normativa como contenido opuesto a la precedente culpabilidad psicológica. Así, empieza a ser entendido el contenido de la culpabilidad como reproche al autor por haber cometido el injusto penal, sustituyendo el contenido precedente de la culpabilidad como relación psicológica derivada del haber querido cometer el

delito. En la nueva concepción, la precedente relación psicológica, aparece sustituida por el contenido, valorativo (se reprocha y por tanto se valora el que la persona haya querido cometer el delito), y por lo mismo, en relación con el delito culposo, sigue siendo necesario acudir a la aceptación del peligro, como una forma asimilada a la voluntad, es decir, similar a la base sostenida por el causalismo naturalista en torno a la culpabilidad, si bien, ahora, a partir del contenido valorativo de la culpabilidad, permitiendo que se admita, asimismo, la culpa inconsciente derivada de una cierta forma de presunción de voluntad en algún momento precedente del proceso.

Se plantean, así, las nuevas posiciones en torno al problema. Entre otros autores, particularmente Enguish centra el interés de la culpabilidad en función del sentimiento y en relación con esto, se ocupa del concepto del “cuidado necesario”, con lo que da origen a un inicial interés por el “cuidado objetivo” en el ámbito del delito culposo. Este autor llega a tal conclusión sobre la base de considerar criticable el concepto de la culpabilidad en base a consideraciones de la voluntad, por lo que sugiere que la misma debe ser sustituida por un concepto de culpabilidad que implique una atención consciente o inconsciente respecto del peligro y del riesgo de causar lesiones a los bienes jurídicos y, en función de dicho interés, concluye la necesidad de adoptar medidas “cuidadosas concretas”. Así, el concepto del “cuidado” surge como un contenido fundamental vinculado con el delito culposo.

3. *Finalismo*

En el finalismo la evolución del concepto del delito culposo observó dentro de su concepción sistemática, dos etapas: en un primer planteamiento del problema, Welzel, al referirse a la culpa, dentro del esquema de la acción finalista, estructura en la cual había trasladado el concepto del dolo de la culpabilidad a la acción, reconoce que en el delito doloso hay una finalidad real. En el delito culposo, en cambio, señala, que se presenta una finalidad que es potencial, lo que significa que continúa manteniendo la concepción de la estricta causalidad en el caso del delito culposo, entendiendo el resultado causado sobre la base del cuidado objetivo exigido, con lo cual, incorpora en la consideración de la culpa un cierto ámbito de valoración que lleva a que la doctrina le señale, con ello mete el tema como un problema de antijuridicidad, a partir del concepto del cuidado exigido, como base del resultado típico causado y evitable.

Para superar las críticas señaladas, en una etapa subsecuente, la teoría finalista modifica su planteamiento inicial, para observar en la teoría revisada que, tanto en el caso del delito doloso, cuanto en el culposo,

existe invariablemente una acción finalísticamente determinada, sin embargo, mientras que en el caso del delito doloso, cuanto interesa destacar al derecho penal, es la conducta a partir de la finalidad, es decir, la dirección finalísticamente determinada impuesta al proceso causal iniciado, lo que acontece con base en la experiencia del propio autor; en el caso del delito culposo, en cambio, lo relevante, no es la finalidad de la conducta en sí, sino el modo o forma en como se ha realizado ese proceso causal, en el cual se exige un cierto cuidado, independientemente de reconocer que esa conducta culposa a su vez tiene como origen una conducta final, tan final como la que se da en el caso del delito doloso o como la que se da en cualquier conducta, penal o no penal, ya que la finalidad es propia de la manifestación de voluntad del ser humano que siempre mira a la consecución de un objetivo o fin determinado.

Afirma, así, que la conducta es siempre vidente, mira siempre hacia un cierto fin, y no es ciega, como los procesos causales que solo pueden responder a las leyes de la causalidad física, en que todo como consecuencia de las observaciones derivadas en la teoría de los cuanta, llevan a afirmar con más precisión, que todo efecto es producido por una causa.

En síntesis, en relación con el delito culposo que nos ocupa, lo fundamental es tener presente que la teoría finalista, en su concepción hoy aceptada, y que es la que mayoritariamente ha trascendido entre los diversos nuevos modelos sistemáticos, en el sentido de que en su base parten de aquélla, a la aceptación de la concepción de la acción en sentido final y no en sentido causal, independientemente de que esta sea considerada dentro del ámbito de la tipicidad, con todas sus consecuencias, lo relevante es el “modo” o “forma”, en que se da el proceso causal iniciado por la conducta típica, ámbito éste, que a su vez aparece caracterizado precisamente por la exigencia del “cuidado debido”, que es lo que determina la esencia de la responsabilidad del delito culposo.

Por esta razón, y en la medida en que tal situación deriva de la exigencia jurídica que implica el tipo penal, es que en el análisis estructural de la teoría del delito, tanto el dolo como la culpa, aparecen incorporados como ámbitos específicos de la tipicidad y, dentro de ésta, como el ámbito relativo al elemento subjetivo de la conducta típica, elemento que es por excelencia el dolo y, ante su falta, la otra forma de regulación típica del elemento subjetivo que recoge la ley penal es la culpa, precisamente a partir de la violación al deber del cuidado, en relación a la selección de los medios en la conducta final cometida.

4. Funcionalismo político criminal

Otras orientaciones sistemáticas, como es el caso del modelo político criminal funcionalista, en las variantes que sus diferencias internas in-

corporan, pero que en los términos expuestos recogen en su evolución las bases de la estructura finalista, en relación con el delito culposo, adoptan a su vez, un fundamento similar al que ahora se explica.

V. LA FUNCIÓN DEL FIN DE LA CONDUCTA EN EL TIPO CULPOSO Y EL DEBER DE CUIDADO

A fin de estar en posibilidad de determinar y precisar cuál es el alcance del deber del cuidado, es indispensable contar con el dato previo acerca de cuál es el fin de la conducta. Si se desconoce cuál es la finalidad perseguida por la persona con su conducta, no es posible determinar cuál es el deber de cuidado que incumbía al agente, dentro de las circunstancias de ámbito situacional en que la misma se presenta.

Para estar en posibilidad de determinar la culpa, como primer momento del análisis, es indispensable conocer cuál es la conducta que realizaba el agente, reconociéndola como una conducta final, en tanto que, como se ha venido afirmando, toda conducta humana es final por su propia naturaleza. Sólo en función de esto es posible determinar si esa conducta es o no típica. A partir de su atribuibilidad al tipo y, asimismo, determinar si la conducta y el resultado fue producida en el modo o forma exigido por la ley o bien, si en dicho proceso causal se violó un deber de cuidado. En resumen, para poder determinar el deber de cuidado, es necesario conocer la conducta de que se trata. No existe un deber de cuidado abstracto y general, sino que cada tipo delictivo que previene un delito culposo, supone un específico deber de cuidado (Vgr.: uno es el deber de cuidado que incumbe al arquitecto, otro el del ingeniero, otro el del albañil, al construir o proyectar un edificio; uno es el deber del cuidado del manejador de un vehículo particular, otro el de quien maneja un vehículo que es de servicio público o un vehículo de servicio escolar; uno es el deber de cuidado exigible al ama de casa en tener al corriente y en buen estado las instalaciones de gas y de electricidad de su casa y otro es el exigido, respecto de esas mismas instalaciones de gas o eléctricas, al técnico u oficial calificado, que tienen a su cargo el cuidado, mantenimiento y reparación de los mismos, etcétera).

VI. EL TIPO ABIERTO COMO CONTENIDO DEL TIPO CULPOSO

La anterior observación lleva a reconocer otra de las características definitorias de la figura jurídica del delito culposo: Todos los delitos culposos suponen tipos abiertos. Construir o demoler una casa; conducir un vehículo particular o de servicio público; encender la estufa; revisar y tener en orden las instalaciones eléctricas y de gas; etcétera, en todos

estos casos, a fin de encuadrar el tipo delictivo culposo, es necesario cerrar la conducta, que aparece abierta con la sola referencia al verbo que en general la refiere, razón por la cual, se hace necesario conocer cual es la finalidad del autor, es decir, cuál es la finalidad de quien realiza la conducta, lo que naturalmente une a la persona con su acto, ámbito, este último, en el cual, si bien en cuanto se refiere a las motivaciones o a las relaciones personales, son propios del análisis de la culpabilidad y en su momento son relevantes para precisar e individualizar el grado de la culpabilidad o grado del reproche. Por otra parte, también se refieren a los aspectos que vinculan a la persona con su acto, desde la perspectiva de su actividad profesional o en relación con aspectos en que la ley penal exige una cierta forma o modo de realización de la conducta, vinculada con los ámbitos de riesgo y de peligro, que son precisamente los que explican y determinan la regulación jurídica del tipo culposo.

En síntesis, en el análisis de la conducta típica culposa, para precisar el deber de cuidado, se hace necesario determinar la profesión, el oficio o la específica finalidad de la conducta de la persona, para estar en posibilidad de determinar el contenido preciso del deber de cuidado y, así, estar en aptitud de cerrar el tipo abierto que supone la figura delictiva del tipo culposo.

La importancia de esta consideración salta a la vista, si se tiene presente que situaciones observadas desde un punto de vista estrictamente objetivo, aparentemente similares, sin embargo, al observarlas en concreto, a la luz de todas sus circunstancias, el deber de cuidado aparece claramente identificado como distinto para cada caso. Así, a manera de ejemplo: en un choque entre dos vehículos, aun cuando objetivamente el hecho permite observar sólo el resultado de un choque ocurrido al salir un vehículo de un garaje mientras en la carpeta de circulación transitan a regular velocidad otros, es distinto el deber de cuidado y la exigibilidad a la persona, si se trata de un particular o de un taxista o del manejador de un vehículo de servicio escolar o bien del lava-coches, quien al limpiar los interiores del vehículo accidentalmente remueve el freno, con lo cual el vehículo, con el lava-coche abordo, se desplaza en la pendiente, produciendo el siniestro. En todos estos casos, aun cuando objetivamente los hechos son similares, toda vez que efectivamente se da el choque entre dos vehículos, es evidente que, observado en concreto, el deber de cuidado exigible a los respectivos tripulantes es totalmente distinto.

En síntesis, el concepto fundamental del delito culposo es la violación al deber de cuidado que exige ser precisado. Los tipos culposos suponen invariablemente tipos abiertos que exigen ser cerrados, y

precisamente la definición del deber de cuidado es lo que cierra el tipo descrito en la ley.

VII. EL ELEMENTO OBJETIVO DESCRIPTIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL TIPO CULPOSO

La conformación del elemento objetivo del tipo culposo aparece integrado por la realización de la conducta que violando el deber de cuidado produce como consecuencia el resultado típico. El deber de cuidado, a su vez, supone un componente subjetivo y normativo específico del tipo culposo y, por tanto, de la conducta típica, por lo que aparece invariablemente en todos los tipos culposos, siendo necesario precisarlo y cerrarlo.

En las conductas culposas, al igual que en las dolosas, de resultado material, tiene que existir una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, lo que lleva a reconocer la importancia tanto del resultado cuanto del nexo de causalidad, para los efectos de la integración del tipo penal, independientemente de que la comprobación de dicho nexo suponga un estudio y definición causal explicativo previo al análisis de la atribuibilidad del hecho al tipo penal culposo que implica la tipicidad. En el ámbito jurídico penal, como oportunamente fue señalado, lo relevante es solo la presencia misma de la conducta y del resultado previstos en el tipo, los que aparecen unidos no por un nexo de causalidad, que en el ámbito normativo no existe, sino por una relación lógica de conexidad, que precisamente presupone a aquél y en el cual, a la vez debe aparecer un nexo de determinación entre el deber de cuidado y el resultado producido para que este último pueda ser atribuido al tipo penal.

Anteriormente y aún en la actualidad, una parte importante de la doctrina, consideró como el ámbito medular en los delitos culposos, al resultado. En nuestro concepto, el resultado, si bien es relevante, implica sólo el consecuente de la conducta y, sin minusvalorarlo pero tampoco sobrevalorarlo, cuanto debe reconocerse es que el resultado observa un contenido que es delimitador del alcance de la prohibición. El resultado es un límite de la tipicidad objetiva culposa, que implica el “componente de azar”. En efecto, si se observa con atención, el resultado es invariablemente un componente de azar que responde a una función fundamental de garantía del derecho penal (Vgr.: un individuo puede ir manejando a alta velocidad en su vehículo con una evidente violación al deber de cuidado que debe observar en su conducta todo conductor de un vehículo que transite en una vía de circulación y que debe cumplir los señalamientos del reglamento de tránsito, entre los cuales no mane-

jar con exceso de velocidad o sin respetar las señales de tránsito). Frente a tal situación, sin embargo, bien puede resultar que llegue a su destino sin ningún problema, lo que implicaría la sola violación a las infracciones administrativas de tránsito, pero puede ocurrir también que, el agente, dentro del proceso causal falto de cuidado de manejar rápido, por el iniciado, si en el camino se le cruza otro vehículo, originará la colisión que implica el delito culposo de lesiones o de homicidio o de daño en propiedad ajena. En tal constelación, es evidente que desde el punto de vista de la conducta del autor, tal manejo rápido, con violación a los deberes de cuidado, se dan en un caso como en el otro, y sin embargo solo en el segundo caso, al cruzarse el otro vehículo, es que se produce el resultado típico y antijurídico culposo de la colisión, de aquí que, con razón, se denomine a tal evento como “el componente de azar”.

En síntesis, es evidente la importancia del resultado típico y antijurídico para la existencia del tipo de delito culposo, pero también es evidente, que el mismo se constituye sólo en un ámbito delimitador objetivo más del tipo penal, y que lo fundamental en el análisis del tipo culposo, estriba no en la consideración del proceso causal a partir de la conducta y su resultado que, como observado, constituyen sólo el ámbito delimitador del tipo objetivo, sino en la consideración misma de la conducta típica con la violación al deber de cuidado que supone, la cual es necesario precisar para estar en posibilidad de cerrar y concretar el tipo culposo penal correspondiente, lo cual implica una función del juzgador y no ya del legislador. De aquí la necesidad, también, de precisar en cuanto posible, el alcance del deber de cuidado. En resumen, la acción prohibida en el deliro culposo no se individualiza por el fin en sí mismo, como en el caso del delito doloso, sino que se individualiza por la forma de seleccionar los medios y dirigir la causalidad para la obtención del fin perseguido con la conducta. Por esta razón es siempre necesario conocer la conducta y la voluntad que la dirige.

Por cuanto se refiere a la causalidad en el tipo culposo, al igual que en el caso del delito doloso de resultado material, supone su comprobación previa al examen de la tipicidad, por vía de las disciplinas causal explicativas eficaces al efecto. Si el derecho, es un orden de regulación de la conducta humana, la consideración del resultado siempre tiene que ser recogida a partir de la realización de la conducta, de la cual es efecto, vía, precisamente, el nexo de causalidad que debe existir entre ellos. Por esta razón la causalidad en el delito culposo, sirve para delimitar la conducta y resultado típicas en la medida en que si no hay nexo de relación causal no es posible considerar que un resultado es el

efecto (le la conducta, y consecuentemente no es posible atribuir éstas a la conducta y resultado descritos en el tipo penal.

El nexo causal es tan exigible respecto de la conducta típica como de la que no lo es, precisamente porque es un problema propio de la causalidad fáctica y no es un problema normativo, por esto, sobre la liase de la existencia del hecho típico, el ámbito fundamental y específico del deliro culposo es solo acreditar que la conducta delimitada por la exigencia normativa de un cierto deber de cuidado, al ser cometida, violando el deber de cuidado, ocasiona la lesión a bienes jurídicamente protegidos, con el resultado.

En consecuencia, es indispensable que el resultado producido, para ser típico de un delito culposo, sea precisamente como consecuencia (le la violación al deber de cuidado y no que solo implique una relación de causalidad respecto de la conducta y que la violación al deber de cuidado se refiere a algún aspecto independientemente (Vgr.: si conduciendo un vehículo a alta velocidad con violación al deber de cuidado correspondiente, el manejador “A” con su conducta causa la muerte o lesiones de un sujeto “B”, si en la investigación del caso, se observa, como el deber de cuidado violado la conducción del vehículo sin licencia, sin precisar la violación al deber de manejar con cuidado por razón del manejo imperito, o imprudente a alta velocidad como la causa que originé el resultado, no podría integrarse la conducta típica penal culposa de lesiones u homicidio producido, toda vez que siempre cabe la posibilidad de que la persona aún con la licencia al día, hubiera producido el resultado, es decir, que no guarda relación la violación al deber de cuidado señalado con el resultado típico producido y ante tal situación no podrá ponerse a su cargo el delito culposo. En cambio, si la violación al deber de cuidado se refiere precisamente al hecho de que el individuo manejaba a alta velocidad infringiendo las reglas de tránsito y del límite de velocidad de la zona, al momento de acontecer los hechos, si existirá una relación lógica de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado causado).

Un caso diverso, en cambio, nos parece, que es aquél que resulta asimilado al caso fortuito, en donde la persona que maneja a alta velocidad, con evidente exceso que, incluso puede suponer la violación al deber de cuidado correspondiente, se encuentra en el camino con un suicida que se descuelga desde un puente al momento de pasar el vehículo, originando como consecuencia su muerte. En nuestra opinión, en tal caso debe entenderse que no existe conducta típica, ni siquiera culposa, porque aún cuando el individuo hubiese manejando con todas las precauciones debidas, de todas formas el resultado se habría producido como consecuencia de la conducta suicida de la víctima. Ámbito

que se relaciona con la teoría de la imputación objetiva, en función del principio del alcance de protección de la víctima.

En síntesis, no basta que la conducta sea violatoria del deber de cuidado y que cause un resultado, además es necesario que medie una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado que debe ser determinante del resultado producido. Para evaluar esta relación de determinación vale recurrir al planteamiento de una hipótesis: ¿si en el caso concreto, la conducta hubiera sido cuidadosa, se habría producido el resultado? La respuesta, es la pauta para definir la relación de determinación señalada.

VIII. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE CUIDADO

El deber de cuidado generalmente aparece recogido en la ley, como ocurre en todas las actividades reglamentadas tales como la ley o reglamento de tránsito o los reglamentos relacionados con la suscripción y mantenimiento del servicio de energía eléctrica o de gas, etcétera. Cuando así acontece, la violación al deber de cuidado encuentra un fundamento reglamentario; al respecto, sin embargo, debe tenerse presente que las violaciones a reglamentos administrativos no necesariamente implican la comisión de un delito, salvo cuando las mismas puedan suponer precisamente la violación a un deber de cuidado penalmente exigido, caso en el cual la conducta lesiva de bienes y violatoria del deber, tiene el efecto de exigir la necesidad de cerrar el tipo penal correspondiente, precisamente en lo relativo a la violación al deber de cuidado de los tipos culposos.

Existen otros deberes de cuidado, que no aparecen vinculados con ninguna reglamentación específica, caso en el cual, es necesario recurrir al concepto de las “pautas sociales de cuidado”. El problema de las pautas sociales es que éstas resultan demasiado vagas y, por lo mismo, conceptualmente dificultan su uso como vía para precisar los contenidos penales que por ser abiertos exigen ser precisados y cerrados. Al respecto no son suficientes criterios tales como el utilizado en el derecho anglosajón, del “reasonable man” u “hombre medio”, porque éstos se aprovechan para establecer criterios propuestos como “fórmula general”, en tanto que en el caso del deber de cuidado, lo que se busca es un concepto que sirva para precisarlo no de una manera general, sino al contrario, con un criterio válido para individualizar a la persona en relación con el deber de cuidado que específicamente le incumbe, en relación con el tipo delictivo de que se trate.

Se ha mencionado también, como de utilidad, el “principio de la confianza”, que implica la idea de que el deber de cuidado tiene como

sosten la confianza que los miembros de la comunidad tienen respecto de la forma de comportarse en situaciones similares. Así, a manera de ejemplo, en el caso del conductor de un vehículo en zona urbana poco transitada, donde suelen jugar en la calle los jóvenes de la vecindad, en general los vecinos tienen la “confianza” de que en dichas zonas circulan pocos vehículos y que cuando transitan lo hacen a baja velocidad para no causar accidentes, por lo que aún reconociendo que es indebido jugar en la calle, y que las calles son lugar de tránsito de los vehículos y no zonas de juego, el deber de cuidado surge y queda abarcado en base al principio de la confianza.

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, así como los medios expresamente exigidos por el tipo, son otros de los elementos descriptivos objetivos del mismo. En relación con éstos, la regulación de la conducta típica culposa no difiere de las observaciones formuladas en relación con el análisis del tipo doloso, en la inteligencia de que, naturalmente, los criterios se comportaran siguiendo las reglas específicas del delito culposo.

Las circunstancias atenuantes o agravantes, que en su momento configuran la presencia de los delitos complementados, en forma agravada o calificada, o bien, atenuada o privilegiada, a su vez, relacionados con las circunstancias apuntadas en el párrafo anterior, también siguen la reglas generales descritas respecto de los delitos dolosos, sin que existan más diferencias que las que derivan de las reglas específicas del delito culposo.

IX. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL TIPO DE ACCIÓN CULPOSO

Al igual que en el caso del tipo doloso, el tipo penal culposo, en su conformación, además de los elementos objetivos, observa elementos subjetivos y normativos.

Analizado el elemento objetivo y analizada la violación al deber de cuidado que, en sí, implica un ámbito normativo específico del delito culposo, el cual se une al contenido normativo general de todos los tipos delictivos previstos en la ley penal, consistente en el deber que implica el mandato o prohibición contenido en la norma de la ley, corresponde ocuparse del elemento subjetivo del tipo culposo. Esto plantea la necesidad de referirse a los elementos cognoscitivo o de la representación y de la voluntad o querer, como elemento volitivo del tipo culposo.

En relación con el aspecto cognoscitivo o de la representación del tipo subjetivo culposo, a diferencia de cuanto acontece en el tipo subje-

tivo doloso, en donde se exige un conocimiento efectivo que asimismo debe ser actual; en el tipo culposo, en cambio, se observa la presencia de un conocimiento que es solo potencial, es decir una posibilidad de conocimiento, que, en estricto sentido, en realidad implica, la constatación de un no conocimiento, toda vez que se hace referencia al conocimiento que podría o pudo ser, pero que no fue y el conocimiento que no es, no es conocimiento sino desconocimiento. Este conocimiento potencial, sin embargo, si es relevante en el caso del delito culposo, porque la ley exige precisamente dicha posibilidad de conocimiento potencial que implica la previsibilidad o posibilidad de previsión del resultado, cuando se refiere a la posibilidad de prever un resultado previsible, aspecto, éste, que se vincula precisamente con el deber de cuidado, en la medida en que su violación obedece precisamente al hecho de no haber previsto lo que era previsible y no haber prevenido lo que era prevenible.

A su vez, el aspecto volitivo del tipo culposo, aparece individualizado en la voluntad de realizar una conducta final con los medios que fueron elegidos al efecto, y cuya realización, implica el proceso causal desencadenado que origina el resultado típico precisamente por la violación al deber de cuidado. Dicho esto con otras palabras, el elemento cognoscitivo, intelectual o de la representación, implica la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos, así como la posibilidad de prever el resultado típico; y el elemento volitivo implica el haber querido la realización de la conducta, con la selección de los medios elegidos, los cuales se caracterizan por ser carentes del deber de cuidado que le era exigido respecto de un peligro que era previsible, originando como consecuencia el resultado típico penal.

Naturalmente, la falta de cualquiera de los elementos, cognoscitivos o volitivos señalados, origina la atipicidad de la conducta, por no ser atribuible al elemento subjetivo del tipo culposo descrito en la ley penal.

En relación con el error, si el resultado previsible no fue previsto por ignorancia o error invencible, esencial de prohibición o de tipo, o bien porque el autor no tenía forma de evitarlo, en relación con la primera forma de error, la de prohibición, podrá existir delito en sentido estricto, en tanto que puede existir conducta típica y antijurídica, a partir del resultado previsible que implica el conocimiento potencial, pero no podrá serle reprochado al autor por inculpabilidad, ya que la culpabilidad exige el conocimiento de la antijuridicidad del hecho. En relación con el error esencial de tipo normativo o en el del caso fortuito. ambos serán causas de atipicidad; en tanto que el error de tipo permisivo esencial invencible originará antijuridicidad, toda vez que no puede causar atipicidad porque la misma implica una fase de estudio ya supe-

rada y porque al referirse al tipo permisivo, este necesariamente se refiere a la antijuridicidad.

Resumiendo, lo fundamental en el delito culposo es la consideración del elemento típico “subjetivo-normativo” de la violación al deber de cuidado en la realización de la conducta (que siendo final, no es típica por su finalidad, sino por la selección de los medios, donde se viola el deber de cuidado exigido por la ley). Esto significa que si en el delito culposo, necesariamente existe un elemento subjetivo de la conducta, en tanto que toda conducta para serlo exija de la representación y la voluntad, sin embargo, la normatividad penal y la punibilidad penal sobrevienen no por la finalidad de la voluntad de la conducta, sino precisamente por la violación al deber de cuidado en la selección de los medios para la consecución de la conducta, que tiene por consecuencia la producción del resultado típico penal.

En síntesis, no hay una culpa natural, sino que ésta surge dentro de un sistema de relaciones que exigen un determinado cuidado, lo que da origen al contenido normativo del concepto “deber de cuidado”. La acción que implica la violación al deber de cuidado o la falta de cuidado en el ámbito de relación es, evidentemente, un concepto objetivo, sin embargo, surge necesariamente vinculada al “deber de cuidado” que si tiene contenido normativo. En este sentido, los delitos culposos, al igual que los dolosos, suponen un tipo cuyo contenido tiene un elemento normativo que, sin embargo, a diferencia del delito doloso, se manifiesta y proyecta en un doble ámbito en tanto que se refiere al “deber” (mandato o prohibición) propio de todo el orden normativo penal y al “deber de cuidado” que es específico del delito culposo; en tanto que en los delitos dolosos solo se da la primera exigencia normativa señalada. Así, mientras que en el delito doloso se previene un elemento normativo medular contenido en el deber preceptivo o prohibitivo de la norma penal (Vgr.: se previene la prohibición de la conducta de matar), a la vez se previene también, en necesaria relación con la prohibición conducta (ya que el derecho sólo puede regular conductas y no resultados) la desiderata de que no se produzcan resultados típicos penales (Vgr: al derecho le interesa que no se produzcan los resultados de muerte), que a su vez implican al alcance del respeto al derecho de los demás (el respeto al derecho a la vida) que supone el derecho, en cuanto orden jurídico de la relación social que, en su contenido normativo, previene relaciones que implican deberes y derechos que .son correlativos; es decir, el respeto exigido al deber implícito en el mandato o prohibición de la norma, supone el respeto al derecho de los demás, que la sociedad y el Estado garantizan, a través de ley, para la convivencia.

Esta situación, que en el ámbito del derecho civil y del derecho privado en general supone la posibilidad de los particulares para hacer valer y ejercer sus derechos de una manera directa, en el ámbito del derecho público y, específicamente en el del derecho penal, da lugar a la conformación de la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*), para hacer cumplir, en representación de la sociedad la obligación o deber penal (mandato o prohibición de la norma del tipo penal), y para garantizar e] cumplimiento y respeto al derecho correspondiente de los miembros de la comunidad social (salv guarda y protección de los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad), de aquí la importancia social del derecho, en relación con su eficacia, de dar satisfacción al interés de la víctima u ofendido, que, precisamente, representa el contenido social del derecho ajeno afectado, de cuya satisfacción depende a la vez, que la eficacia, la justificación, misma del orden jurídico, que de otra manera no estaría cumpliendo con sus objetivos.

El tipo culposo, en fin, por cuanto se refiere a la conducta, individualiza conductas en que la prohibición específica de la conducta final en sí, propia de los delitos dolosos, aparece sustituida por la prohibición de actuar sin atender el deber de cuidado que la ley exige en la selección de los medios y ejecución de la misma. Por otra parte, en relación con el resultado, subsiste el segundo ámbito normativo del tipo, en el sentido del interés en que no se produzcan resultados de muerte, que a la vez que implica la concreta lesión el bien jurídico vida de la víctima, concomitantemente implica la violación al derecho a la vida de los demás.

X. LA ATIPICIDAD EN EL DELITO CULPOSO

En general, el análisis de las atipicidades corresponde a los mismos criterios generales señalados en relación con el análisis del delito doloso de acción, sin embargo, vale tener presente que adquiere relevancia, en base a la naturaleza del derecho penal, el principio de la extrema ratio, a partir del principio de la necesidad de intervención del derecho penal, que implica que la gran mayoría de los hechos culposos no se castiguen sino solo los que expresamente refiere ya que si no fuera así, ello implicaría una exigencia excesiva a los miembros de la comunidad, respecto del cuidado exigido en sus respectivas actividades, Esta consideración es la que explica la razón de que el criterio más adecuado a seguir en la regulación del delito culposo, sea precisamente el sistema del *numerus clausus*, que es el sistema hoy incorporado a la ley penal mexicana, en términos de la reforma a la ley penal, de fecha 10 de enero de 1994, que la incorporó en el nuevo texto del artículo 60, pre-

cisando los casos en que específicamente es procedente la figura del delito culposo, y fuera de los cuales, la figura no es admisible. A su vez, en las legislaciones penales que adoptan el sistema del *numerus apertus* es necesario acudir precisamente al principio señalado de necesidad de intervención del derecho penal, a su vez en relación con su naturaleza específica.

Por otra parte, guarda también importancia el criterio de la significación social, a que también se hizo referencia, al ocuparnos de las atipicidades en el delito doloso de acción.

XI. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO CULPOSO

En forma similar a cuanto acontece respecto del delito doloso, en el caso del delito culposo el análisis estratificado de la teoría del delito exige que una vez revisada la tipicidad, se proceda al análisis de la antijuridicidad de la conducta típica.

El esquema estudiado sobre el particular en relación con el delito doloso, es igualmente válido para el caso del delito culposo, razón por la cual, en el ámbito de la antijuridicidad, es necesario considerar las diversas valoraciones que surgen de todo el orden jurídico en general y, a la luz de tal revisión, observar si existen reglas permisivas, derivadas de la existencia de derechos que reconoce la ley y su ejercicio, y que en su momento, pueden plantearse como la base que neutralice la antinormatividad de la conducta típica ante la presencia de tales situaciones, que legitiman y justifican aquélla, con la consecuencia de extinguir el delito. Así, las causas de legitimación o de justificación recogidas en el análisis del tema respecto del delito doloso son igualmente válidas respecto del análisis del delito culposo.

Es necesario observar que en el delito culposo resultan ser más relevantes los elementos normativos específicos de las respectivas causas de justificación, precisamente por razón del alcance del contenido del deber de cuidado. Así, los conceptos de “la necesidad racional de la defensa empleada”, respecto de la legítima defensa; y la “proporcionalidad”, en el estado de necesidad. (Vgr.: En el caso del médico o del manejador de la ambulancia que para salvar al enfermo maneja a alta velocidad en zona urbana, con evidente violación al deber de cuidado correspondiente y que atropella a una persona como resultado de ello. En el caso, lo fundamental es determinar si era necesario el manejar de tal manera para salvaguardar la vida del enfermo, es decir, el criterio de la proporcionalidad, entre la lesión al bien jurídico y la protección del otro, como fundamento del estado de necesidad, etcétera).

La doctrina penal que se ocupa del tema, se refiere, también, a que es necesario que el resultado de lesión o puesta en peligro derivado del delito culposo sea “imputable objetivamente”, al hecho típico. ASÍ, no es suficiente la causalidad, sino que es necesario que el hecho sea objetivamente imputable al tipo,, de delito culposo previsto en la ley penal, lo que significa, que tal resultado debe concretizar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico precisamente en relación con la violación al deber de cuidado, por esta razón, como apuntábamos al ocuparnos de las atipicidades en el delito culposo, si el resultado se hubiese producido de todas maneras, aun cuando el sujeto hubiese actuado con todo el cuidado exigido, deberá entenderse que no existe imputación objetiva, ya que en ese caso, el resultado no estaría concretando la violación al deber de cuidado.

Si bien compartimos la consideración que se señala, sin embargo, nos parece que si el problema en cuestión se presenta en el ámbito de la tipicidad y puede ser resuelto en tal sede debe, entonces, ser revisada como una causa de atipicidad, sin que sea necesario llevar el ámbito hasta el ámbito de la antijuridicidad; en algunas de las líneas doctrinales que así lo hacen, la razón de esto obedece a que analizan el contenido del resultado de la conducta típica, como lesión al bien jurídico, entendido de manera total de la tipicidad y la antijuridicidad.

XII. CULPA CONSCIENTE O CON REPRESENTACIÓN Y CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACIÓN

Se habla de culpa consciente o culpa con representación cuando el sujeto activo se ha representado la posibilidad de producción del resultado, misma que ha rechazado, en la confianza de que, en base a su capacidad, aptitudes personales o habilidades, en su momento podrá evitarlo y que el resultado típico no será producido.

El caso, así, se establece como límite con la figura jurídica del dolo eventual, donde asimismo, en su oportunidad fue examinado al estudiar el análisis de la tipicidad en el delito doloso, existe un resultado que en sentido estricto no es querido, pero en donde el agente sí ha tenido representación del mismo, con la diferencia de que, mientras que en el caso del dolo eventual, dicho resultado típico eventual es aceptado como una consecuencia inevitable, en el caso de la culpa consciente, en cambio, si bien existe representación y conocimiento efectivo del peligro corrido por los bienes jurídicos, sin embargo no se acepta la posibilidad de producción del resultado. Así, tanto en el dolo eventual, como en el indirecto, en el de consecuencias necesarias y en la culpa con representación o culpa consciente, el elemento cognoscitivo es originalmente

el mismo, al menos en un principio, con la diferencia, de que en el caso del dolo eventual, del indirecto y de consecuencias necesarias, el resultado previsible se considera aceptado, en tanto que en la culpa con representación o consciente, el resultado en ningún momento es aceptado. A su vez, el elemento volitivo implica precisamente la realización de la resolución derivada del momento cognoscitivo precedente.

En la culpa inconsciente o culpa sin representación, a diferencia del caso anterior, ni siquiera existe el conocimiento efectivo del peligro a los bienes jurídicos, pero sí se da la posibilidad de que el agente hubiera podido representarse ese resultado y, por esto, la validez del concepto del conocimiento potencial a que anteriormente se hacía referencia. El sujeto tuvo la oportunidad de conocer y representarse el resultado y la ley penal así lo señalaba al exigir la previsibilidad, del resultado, no obstante lo cual el autor no lo hizo. (Vgr.: es el caso del individuo que maneja a alta velocidad en zona urbana en área donde acostumbran jugar niños en la calle y al cruzarla atropella a uno; al respecto, puede darse el caso de que el manejador se hubiera representado el resultado pero concierne de ello y asimismo de sus habilidades como piloto, hubiera llegado a la conclusión de que no existía ningún peligro (culpa con representación) y también puede darse el caso de que la persona que maneja el vehículo en similar circunstancia, ni siquiera se hubiera representado la posibilidad de producir el atropellamiento, no obstante que el caso así lo exigía (culpa sin representación o culpa inconsciente) y siendo dicho resultado previsible).

XIII. LA PRETERINTENCIÓN Y EL DELITO CULPOSO

Como señalado en su oportunidad, al ocuparnos del delito preterintencional, esta figura jurídica se da cuando existe dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido. Existe, pues, una vinculación estrecha entre la figura del delito preterintencional con el delito culposo, en la medida en que en ambos existe culpa en relación con el resultado producido.

Ya señalábamos que en la ley penal mexicana la preterintención era una figura que no aparecía originalmente recogida en la misma, habiendo sido incorporada en su texto con la reforma de 1983 y, después, nuevamente derogada con la reforma de 1994, por estimarse que su problemática lograba ser suficientemente resuelta con la regulación tanto del delito doloso y del delito culposo, entendido, este último, como el mínimo ético penal. Para el análisis de la figura nos referimos a su explicación en el desarrollo del tema en cuestión.

CAPÍTULO VIGÉSIMO OCTAVO EL DELITO DE OMISIÓN

SUMARIO: I. Concepto. II. Evolución histórica, III. Legislación penal mexicana. IV. La tipicidad en los delitos de omisión. 1. El elemento objetivo del tipo omisivo y la conducta omisiva. 2. EL nexo de relación causal en el delito omisivo. V. Los delitos de omisión propia y omisión impropia. VI. El sujeto activo en el delito omisivo. 1. El problema. 2. El elemento subjetivo de la conducta típica omisiva dolosa. 3. La omisión culposa. 1. Cuestionamiento político criminal de la omisión. 5. El elemento normativo de la conducta típica omisiva. 6. La atipicidad en el delito omisivo. VII. La antijuridicidad en el delito omisivo.

I. CONCEPTO

El delito de omisión es una figura jurídica que existe como un concepto “en referencia”. No existe la omisión en sí, sino que siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción. la omisión sólo es concebible como un concepto de relación social. Surge como consecuencia de la vida social: configura un sistema que permite exigir a ciertas personas, bajo determinadas circunstancias, la realización de una acción.

La omisión existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido normativo, haciéndola exigible.

En síntesis, mientras que los tipos activos o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de su descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El estudio de los delitos de omisión, al igual que el relativo a los delitos culposos es relativamente reciente sólo hasta la primera mitad

del siglo XX, cuando se ha pronunciado el interés por esta figura jurídica. Con anterioridad, su estudio seguía las reglas generales del estudio del delito comisivo o delito por acción.

En forma similar a la situación del delito culposo, ha sido la progresiva complejidad de la vida moderna, con la necesidad de dar mejor satisfacción a los conflictos propios de la interrelación humana, lo que ha propiciado el interés en mejorar la regulación jurídica de las nuevas situaciones que plantea la problemática social, naturalmente buscando la mejor solución social del conflicto.

Se reconoce y se desarrolla así el interés en los delitos de omisión. en la inteligencia de que los mismos, a la vez, implicaron la oportunidad para establecer a cargo de los miembros de la sociedad civil ciertos deberes en su actuar, generando a su cargo una específica función garante en relación con la protección de ciertos bienes jurídicos, a la vez, se lograba por esta vía el fortalecimiento de los lazos de la solidaridad social.

La línea doctrinal que planteó el verdadero parteaguas en el estudio del delito de omisión y que doctrinariamente estableció las bases y la necesidad de su estudio como figura jurídica autónoma e independiente. fue la aguda observación de Gustavo Radhbruch, quien al analizar la estructura del delito comisivo y el de omisión, hasta entonces regularmente analizados ambos bajo el concepto de acción *lato sensu*, ya que hasta entonces el estudio de la conducta o hecho, en la teoría del delito (causalismo naturalista y primera etapa del causalismo valorativo) aparecía dividido en dos sub-especies. El estudio de la acción en sentido positivo, haciendo referencia al comportamiento comisivo o acción en sentido estricto y la acción en sentido estricto negativo u omisión. Frente a esta situación, el mencionado autor, observó que así como “ A” no son lo mismo, porque “A” sólo puede ser igual “A” y no A solo será igual a no A , no era posible identificar a ambos comportamientos de la acción y la omisión como subespecies de una unidad conceptual única, de la acción en sentido amplio. Como resultado de esto, se fue favoreciendo el estudio del delito omisivo de una manera independiente respecto del delito comisivo.

Independientemente de esta evolución conceptual, lo cierto es que son diversos los autores que siguen manteniendo la orientación analítica que une e identifica el delito de acción con el delito de omisión bajo un único denominador de la conducta *lato sensu* o hecho, principalmente quienes siguen la línea del modelo del causalismo naturalista, sostenida tanto en América Latina como en Europa. Esto no ha sido obstáculo para que, en términos generales, la evolución que la doctrina penal ha seguido al respecto se muestre favorable a la orientación que afirma el

estudio independiente del delito omisivo, en el orden de ideas que se ha expuesto y que es el adoptado en la sistemática de la obra. Por otra parte, entendemos que ésta es la orientación que ha querido seguir la ley penal mexicana, cuando con posterioridad a las reformas incorporadas en 1983 en el artículo 7, ha procurado precisar el contenido y alcance del delito de omisión, distinguiendo no sólo entre acción y omisión, sino también entre la omisión propia y la omisión impropia. A su vez, el artículo 8, expresamente señala que tanto los delitos de comisión, como los omisivos, pueden ser realizados dolosa o culposamente.

III. LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

El Código penal mexicano, previene en el artículo 7, correspondiente al Capítulo Primero, del Título Primero, sobre responsabilidad penal, del Libro Primero, las bases de regulación del delito omisivo, en los términos siguientes:

delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente...

El artículo 8, a su vez refiere: “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

Además de estas disposiciones, la regulación del delito omisivo aparece recogida en cada uno de los tipos delictivos que la contemplan, incorporados en el Libro Segundo del Código penal y cuya relación general, a continuación se refiere:

Como tipos de omisión simple aparecen en la ley penal mexicana, entre otros:

Artículo 158 fracción 1 “se impondrá... al reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a esta los informes que se pidan sobre su conducta”; artículo 176: “al empleado de un telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje... o de comunicar al designatario el que recibe de otra oficina...”; artículo 178: “al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad...; artículo 179: “el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración...”; artículo 182: “el que debiendo ser examinado en juicio... se niegue a

otorgar la protesta de ley o a declarar...”; artículo 215, fracción III: “comete el delito de abuso de autoridad cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarle o impida la presentación o el curso de una solicitud”; fracción IV: “cuando estando encargado de administrar justicia... se niegue a despachar un negocio pendiente ante él”; fracción V: “cuando encargado de una fuerza pública... se niegue indebidamente a dársela”; artículo 225, fracción 1: “conocer de negocios.. - o abstenerse de conocer de los que le corresponda...”; fracción V: “no cumplir una disposición...”; fracción VII: “ejecutar actos o incurrir en omisiones que...”; fracción VIII: “retardar o entorpecer...”; artículo 229: “el artículo anterior se aplicará a los médicos que... lo abandonen en su tratamiento sin...”; artículo 232 fracción II: “por abandonar la defensa de un cliente o negocio...”; fracción III: “al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que solo se concrete a aceptar el cargo... sin promover más pruebas ni dirigirlas en su defensa”; artículo 233, “los defensores de oficio (lije sin fundamento no promuevan las pruebas...”; artículo 277, fracción III: “a los padres que no presenten... o los presenten ocultando...”; artículo 235: “al que abandone a un niño incapaz de cuidarse asimismo o a una persona enferma...”; artículo 236, “al que sin motivo justificado abandone a sus hijos...”; artículo 340, “al que encuentre abandonado... a un menor incapaz de cuidarse asimismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera... si no diera aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarle el auxilio necesario cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal”; artículo 236 Bis: “al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina...”; artículo 341: “al que habiendo atropellado a una persona culposa o fortuitamente no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiera pudiendo hacerlo...”

En relación con los tipos de omisión impropia o comisión por omisión, entre otros, aparecen recogidos en la ley penal mexicana, los siguientes:

Artículo 176: “al empleado del telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que concientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al designatario, el que recibe de otra oficina si causare daño se le impondrá...”; artículo 225 fracción VII: “son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos..., ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño, concedan a alguien una ventaja indebidas”; artículo 229: “.. a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en

su tratamiento sin causa justificada, sin dar aviso inmediato...”; artículo 340. Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrá de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

IV. TIPICIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

1. *El elemento objetivo del tipo omisivo y la conducta omisiva*

La estructura del delito omisivo, como señalado al inicio del capítulo, tiene como característica fundamental ser un “concepto de referencia”, en tanto que aparece siempre referido a una determinada acción. A diferencia del delito de acción, cuyo contenido implica invariablemente una prohibición (el deber previsto en la norma prohibitiva), el delito omisivo, previene siempre un mandato (el contenido preceptivo de la norma jurídico penal) (Vgr.: en el delito de acción, de homicidio, se prohíbe matar; en el delito (de omisión de auxilio, se ordena auxiliar al enfermo, al atropellado, a no abandonar a la familia, etcétera). El delito de omisión presupone la presencia de un sistema de relación social para que pueda ser exigible a alguien la realización de la acción. Así mismo, por otra parte, supone también un contenido normativo específico que explica e identifica a la omisión como algo exigido en un cierto ámbito situacional de la relación social, indispensable para que el mandato que supone el delito omisivo se explique y justifique. Lo anterior significa que mientras que los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, los tipos omisivos, en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y, consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier otra conducta que sea diferente de la expresamente ordenada. (Vgr.: mientras que en la conducta de acción que previene el delito de homicidio se describe la conducta prohibida, que en sí misma implica el homicidio se prohíbe matar; en el delito de omisión de auxilio, se describe la conducta que se ordena, prestar el auxilio necesario y, como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se está ordenando).

La tipicidad, así conformada, considera como elemento objetivo la existencia de la descripción típica de la conducta que se ordena. El delito omisivo, comportamiento omisivo típico u omisión típica, se conforma con la exteriorización de voluntad en un sentido distinto al previsto y ordenado por la conducta prevista en el tipo que ordena la omisión.

Como delimitación, sólo requiere que la misma sea físicamente posible. para que se de la violación al deber omisivo, que constituye la lesión al bien jurídico protegido que, a su vez, conforma el delito omisivo; en cambio, si la conducta ordenada no existe, es evidente que no es posible cumplimentarla y por lo mismo el delito no se presenta.

2. El nexo de relación causal en el delito omisivo

Otro aspecto que merece atención en relación con el delito omisivo es el vinculado con el nexo de relación causal, en donde evidentemente no puede darse, ya que no puede existir la causación de la nada y, tampoco, la realización de la conducta distinta de la debida, puede ser la causa del resultado omisivo típico. Sólo el delito de omisión impropia puede producir un resultado físicamente perceptible, y esto sólo porque a la omisión se le une una acción (Vgr.: en el caso del delito de omisión impropia derivada de la acción de la madre que no amamanta a sus hijos cuando la ley ordena el cuidado de su alimentación, si el hijo muere, cuando la madre trabaja en la tienda, desde el punto de vista estrictamente causal, el niño no muere porque la madre dejó de darle de comer o porque se encontraba trabajando en la tienda, muere exclusivamente por la falta de alimentos que producen su muerte por inanición, tan es así que si un tercero llega a tiempo y proporciona el alimento que la madre no le dio, el resultado de muerte no se produce). El delito de omisión impropia de homicidio, se comete porque la madre violó el deber de cuidar al hijo que tenía a su cargo y no evitó que se produjera el resultado de muerte, ante la evidente insuficiencia del menor para cuidarse asimismo, violando en consecuencia, el mandato que así se lo ordenaba y con ello favoreció el que se desarrollara un proceso causal que siendo en sí, fácticamente del todo independiente del mandato al deber de cuidado, que no es fáctico sino normativo, a cargo de la madre, aparece, sin embargo, unido por el alcance normativo que penalmente los vincula.

En síntesis, en el tipo omisivo simple, la conducta delictiva en cuanto exteriorización de la voluntad, no existe y, por lo mismo, no se requiere un nexo de causación entre esa conducta prohibida y el resultado, sino que, en todo caso, cuanto se requiere es un “nexo de evitación”, es decir, la no realización voluntaria o involuntariamente, de una conducta que en base a la experiencia implica la interrupción del proceso causal que puede llevar al resultado típico; proceso que presupone una reflexión del agente acerca del contenido de la evitación, que es más o menos similar a la reflexión que se opera respecto del delito comisivo, en relación al nexo de causación, sobre el cual reflexiona el agente en base a su experiencia.

V. LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA Y OMISIÓN IMPROPIA

Son delitos de omisión impropia aquellos en que el autor puede ser cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulado por la norma.

Son delitos de omisión impropia aquellos en que el autor sólo puede ser la persona que en el ámbito situacional de la regulación típica expresamente se le señala como susceptible de ser sujeto activo de dicho delito. Es decir, son casos en los cuales el tipo delictivo correspondiente expresamente señala, que sólo quien se encuentre en una determinada situación o posición podrá ser susceptible de ser autor de la conducta típica, y de aquí surge la así denominada “posición garante”, que la ley penal exige en los tipos de omisión impropia. Ejemplo de esta posición garante es precisamente el caso de la madre que tiene a su cargo la obligación de cuidar a su hijo, obligación que no tiene el resto de la comunidad social, razón por la cual, sólo ella puede responder y ser autora del correspondiente delito de homicidio del hijo por omisión impropia, en tanto que el resto de la población, no tiene tal obligación. Los delitos (de omisión propia u omisión simple no ofrecen dificultad particular para su comprensión, en cambio los delitos de omisión impropia u omisión por comisión suponen una mayor dificultad, como consecuencia de la posición garante señalada que implica una posición especial de relación con el sujeto pasivo, que genera una especial obligación de garantía respecto de la protección del bien jurídico penalmente tutelado.

La posición de garante no implica solamente el cumplimiento de una cierta obligación, sino que genera un especial deber de garantía y, en relación con esto, surge el problema colateral de la necesidad de determinar cuáles pueden ser las fuentes de esa posición de garantía, sobre todo, porque no siempre tal la posición de garantía aparece claramente definida en la ley, razón que da origen a riesgos serios en la interpretación y la aplicación de ese tipo de figuras, sobre todo a la luz de principio de legalidad y constitucionalidad (Vgr.: En el mismo caso del homicidio del hijo por omisión de la madre en su obligación de alimentarlo oportunamente, es cierto que no pocas legislaciones recogen en normas no necesariamente penales, regularmente civiles, la obligación de dar alimento a los hijos y, por otra parte, en el ámbito de la ley penal, se previene el tipo delictivo de homicidio, sin embargo no siempre existe una vinculación jurídico penal expresa, acerca de esa conexidad que permita entender el alcance de la responsabilidad penal a cargo de la madre, por la muerte del hijo, en razón de la ausencia de

una expresa referencia a la omisión o a la obligación alimentaria). Este problema se planteó, también, en la ley penal mexicana, hasta que la figura del delito omisivo fue objeto de la reforma incorporada en el año de 1983 y, nuevamente, aún con más precisión, en el año de 1994, haciendo expresa referencia a la omisión.

En relación con las fuentes de la posición garante, éstas son básicamente tres:

La ley;

El contrato;

La conducta anterior de la persona.

Las situaciones que más frecuentemente dan origen a la posición garante corresponden al caso de la ley y también al contrato. Obviamente, no cualquier deber que deriva de la existencia de la ley o de algunas de las otras fuentes, genera la posición garante, es necesario que el tipo penal respectivo haga referencia a éste. Un caso claro, del deber legal en que es fuente de la posición garante, la ley (en este caso la ley civil), es precisamente la obligación de los padres para atender el cuidado de los hijos, que encuentra apoyo tanto en la expresa disposición que genera la posición garante en la ley penal, como a su vez, de la existencia de la ley civil que obliga a los padres a proporcionar los alimentos de los hijos. Por otra parte, como ejemplo del caso, también frecuente, del contrato, como fuente de la posición garante, vale apuntar la figura frecuentemente enunciando por la doctrina de la enfermera que cuida al enfermo, obligación que a su vez le deriva de la existencia de un contrato privado entre ambos, en donde, mediante el pago de un cierto salario, la enfermera, en ejercicio de la profesión que tiene, se obliga a prestar sus servicios de cuidados médicos al enfermo.

La fuente de la posición garante que genera la mayor dificultad es la que deriva de la conducta anterior del sujeto, la cual a veces resulta clara, pero en otras ocasiones, su misma vaguedad y amplitud, son género de riesgos serios respecto del principio de legalidad y, de la misma. Un ejemplo de esta situación sería el caso de la persona que determina a otro para que atienda una cierta empresa particularmente delicada que genera riesgos y, a fin de convencerla, le da seguridades de que habrá de contar con su apoyo económico y asistencia en todo cuanto pudiera acontecerle y de apoyarlo en la solución de cualquier problema que pudiera presentarse y, como consecuencia de tal ofrecimiento la persona se compromete en la nueva empresa; de tal ofrecimiento deriva una posición garante en que se coloca el sujeto que lo formula.

Respecto del contenido y límite de la posición garante, la que naturalmente solo puede ser considerada desde la perspectiva de la posición

de protección al bien jurídico, es posible distinguir entre que tal posición surja del deber de defensa de determinados bienes jurídicos o bien, del deber de sobrevigilancia de determinadas fuentes de peligro.

Como casos de la posición garante sobre la base del deber de defensa de determinados bienes jurídicos, donde es posible distinguir entre las personas que tienen una cierta posición general o concreta de protección de bienes jurídicos, frente a otras que no la tienen, vale señalar:

1. Deberes de garante en razón de relaciones familiares que originan cuidado.
2. Deberes de garante en razón de la posición que deriva de ser órganos representativos.
3. Deberes de garante en razón de relaciones especialmente estrechas de la solidaridad comunitaria.
4. Deberes de garante en razón de la consentida aceptación de una función de protección.
5. Deberes de garante en razón de la unilateral aceptación y asunción de una función protectora.

En relación con las posiciones de garante derivados de la sobre vigilancia de las fuentes de peligro, vale señalar:

Deberes de garante que surgen en razón de la sobrevigilancia que ha de ejercerse sobre fuentes de peligro que están en el propio ámbito del dominio material.

Deberes de garante que surgen en razón de la sobrevigilancia que ha de ejercerse sobre el actuar de terceros y que implica responsabilidad para el actuar antijurídico de los terceros.

VI. EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO OMISIVO

1. *El problema*

En el orden de ideas expuesto, destaca la importancia que tiene la figura del sujeto activo en el delito omisivo, particularmente en el caso del omisivo impropio. Así, en función de las características con las cuales intervienen el autor en el tipo omisivo, surge la más importante clasificación de tipos omisivos, a su vez vinculada con las características de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y con el alcance de la violación al deber jurídico, que en el delito omisivo implica regularmente un deber jurídico de obrar, pero que en ciertas ocasiones, implica, también, el deber jurídico de obrar unido a un deber jurídico de abstenerse, es decir, la unión de un tipo preceptivo y un tipo prohi-

bitivo. Esta clasificación es la que distingue a los delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia.

2. El elemento subjetivo de la conducta típica omisiva dolosa

Por cuanto se refiere al elemento subjetivo de la conducta típica omisiva, dolosa, entendemos que se presenta también tanto el momento cognoscitivo o intelectual de la representación que, en tratándose del tipo omisivo doloso, reúne las características de la exigencia del efectivo conocimiento, al que se hizo referencia en el análisis del tipo, en la teoría del tipo y, también, en el análisis de la conducta típica por acción, en la tipicidad. En tratándose de la omisión impropia es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de su calidad, derivada de Posición garante, aun cuando no es necesario que tenga plena conciencia de cuales son todas las consecuencias que le derivan de dicha posición garantizadora.

En relación con el aspecto volitivo no debe ofrecer especial diferencia respecto del elemento volitivo de los delitos dolosos, toda proporción guardada de las características de uno y de otro. Nos parece que ubicados aún en el ámbito interno de la conducta, donde todavía no hay exteriorización, la situación psicológica que se plantea en la mente de quien comete un delito doloso de violación por acción, respecto de quien comete un delito igualmente doloso pero en forma omisiva, como pudiera serlo el caso del guardavías que dolosamente no hace el cambio de vía a que está obligado, no existe particular diferencia.

Sobre el aspecto cognoscitivo, es dable que el autor se represente la posibilidad de cometer un delito, independientemente de que el comportamiento resulte ser omisivo; igual acontece con el aspecto volitivo, en donde la persona, sobre la base de la representación de su objetivo, decide realizarlo y atiende lo necesario para llevarlo a efecto y, en este sentido, lo mismo puede concluir, la realización de su conducta a través de una acción, como también concluir, en base a su experiencia, que el mismo proceso causal se ocupe de producir los efectos deseados, sin necesidad de intervenir, evitándolos, como la ley le ordena, para variar el efecto material de procesos causales que la propia comunidad sabe y espera que serán invariablemente evitados para proteger el bien jurídico (Vgr.: en el caso de la madre que decide la muerte de su hijo, desde el punto de vista del elemento subjetivo, el aspecto cognoscitivo, se reconoce en la representación mental que tiene la madre acerca del posible resultado de muerte del hijo y en seguida en base a dicha representación la madre valora las diversas formas en que puede llevar a cabo su objetivo y, así, lo mismo se plantea la posibilidad de asfixiarlo, como también la de alcanzar el mismo resultado de muerte deseado,

simple y sencillamente con no darle de comer y dejarlo morir de hambre. Es evidente que, en el primer caso, el resultado de muerte derivará de la acción homicida que produce la asfixia del menor, en tanto que en el segundo caso, la decisión de la madre es solo en el sentido de no proporcionar el alimento al hijo, que a su vez interacciona con su conocimiento y experiencia acerca del efecto del proceso causal natural de que la falta de alimentos del hijo, sea el que producirá la consecuencia fatal (le la muerte del hijo por inanición).

Por esto, el Estado, interesado en que no se produzcan estos eventos, pone a cargo de los padres la obligación de dar alimento a los hijos y, así el que omite proporcionarlos, viola la obligación prevista en la ley civil de dar alimento al hijo, pero a la vez viola también, la prohibición de no matar, si tal es el resultado.

En síntesis, es evidente que también en el caso del delito doloso omisivo, el autor se propone la finalidad de un resultado típico penal, se representa la posibilidad del resultado y selecciona mentalmente los medios para alcanzarlo, y si para este efecto se percata de que no es necesaria su acción para poner en marcha un cierto curso causal, sino que simplemente es suficiente con dejar que el curso causal ya iniciado continúe y produzca sus consecuencias, ello no altera el contenido subjetivo del tipo omisivo.

3. La omisión culposa

En forma similar a como acontece respecto de los delitos de acción o comisivos, los cuales pueden ser dolosos o culposos, igual situación acontece también respecto de la estructura típica del delito omisivo, la cual puede manifestarse también en forma dolosa o culposa. Naturalmente, en el caso de la culpa, deberán ser consideradas las características específicas tanto de la culpa, respecto de la necesidad de violación al deber del cuidado, como respecto del delito omisivo, sobre todo en el caso de la comisión por omisión, que derivan de la posición garante. En tales condiciones es evidente que sí es susceptible de presentarse la figura del delito omisivo culposo.

Por otra parte, el delito omisivo admite las formas de realización tanto de la culpa consciente como de la culpa inconsciente. Para el análisis de cada una de estas figuras, vale recordar lo apuntado y señalado en su oportunidad respecto del caso del delito culposo por acción. Cabe señalar, sin embargo, que típico de la omisión culposa inconsciente es la realización de los “delitos de olvido”, en donde se produce un resultado típico, que incluso puede llegar a ser de graves proporciones, como consecuencia del olvido del agente (Vgr.: la persona que olvida apagar la estufa del departamento en que vive y ocasiona el incendio

del edificio). El caso naturalmente supone la violación tanto del deber de cuidado, a la base de la culpa, que tiene el autor, como también el especial cuidado que la ley pone a su cargo como posición garante en el delito omisivo.

4. *Cuestionamiento político criminal de la omisión*

La figura jurídica del delito omisivo, ha sido siempre observado con cierta desconfianza por la doctrina, desde la perspectiva político criminal, sobre todo en lo relativo a la figura de la omisión impropia. Esto se debe, a la situación de peligro que introduce para el principio de legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el caso, es frecuente que no exista el tipo escrito de la omisión impropia, según hemos visto, con el evidente riesgo que esto implica. En ejemplo de cuanto se señala, vale tener en cuenta que si bien la ley previene el delito de homicidio por acción, solo en contadas excepciones la legislación penal expresamente se refiere al homicidio por omisión impropia, de aquí. que regularmente, la figura ha sido interpretada como resultado de tener en cuenta tanto la figura del delito de homicidio, a la que se suma la obligación alimentaria que deriva de la legislación civil, pero sin que exista una relación jurídica directa que vincule el resultado de muerte a la posición garante del sujeto activo, salvo en los casos de las legislaciones penales que expresamente así lo prevengan, razón por la cual tal responsabilidad penal se integra, introduciéndola, derivándola sólo de la obligación alimentaria de origen civilista.

En fechas relativamente recientes, en relación con la figura del delito omisivo, algunos autores han hecho notar que en la perspectiva político criminal de esta figura delictiva, en la medida en que la misma genera ciertos deberes de cuidados a cargo de determinados grupos sociales, supone un contenido más profundo de solidaridad social, que, por lo mismo, supone una forma conceptual jurídica de carácter más progresista y dinámica, que la recogida en el derecho en general que es de carácter prohibitivo, el cual en este sentido, se revela con un carácter más conservador en general.

Al respecto, si bien la observación que se formula observa un contenido de verdad que vale reconocer, por otra parte, como también se ha hecho notar, implica un contenido que debe ser manejado con sumo cuidado, porque también es cierto, que si bien la solidaridad tiene un contenido eminentemente democrático, un criterio similar puede también ser sostenido respecto del contenido preceptivo del derecho para afirmar conductas que en lugar de la solidaridad, pudiera fácilmente ser orientadas hacia un derecho autoritarista, basta pensar, al respecto, en

la presencia de una norma preceptiva que obligase a denunciar a sus semejantes. Debe tenerse cuidado, por esto, que las normas preceptivas incorporadas en la ley penal efectivamente tiendan hacia un ámbito de solidaridad, basada en la democracia, y no hacia otro tipo de objetivos sociales.

Por otra parte, debe también procurarse que hasta donde sea posible, para evitar el cuestionamiento fundado y preocupante acerca de la existencia de reglas preceptivas que pudieran resultar cuestionadas a la luz de la legalidad, en criterio de *lege ferenda*, se procure la tipificación de las conductas omisivas, al igual que las Comisivas, por vía de tipificaciones que sean lo suficientemente precisas, para que su contenido resulte ser también suficientemente garantizador y no cuestionador del principio de legalidad.

5. El elemento normativo de la conducta típica omisiva

En relación con el contenido de los elementos normativos del tipo penal del delito omisivo, vale observar que se reconoce su presencia a partir del concepto del especial deber que deriva de la posición garante y la íntima relación que esto guarda con los elementos descriptivos objetivos. En efecto, aún con mayor claridad que en el caso del delito de acción dolosa, destaca, en el tipo omisivo por comisión, la necesidad de su descripción dentro de su ámbito situacional, que es la única forma en que es posible determinar con precisión la acción exigida por la ley. Esto significa que para que sea dable el delito omisivo en la realidad social, han de darse todas las características situacionales relativas tanto a la persona del sujeto activo, como al pasivo y a las circunstancias, sólo así será posible atribuir la omisión al ámbito situacional descrito por el tipo legal penal omisivo.

6. La atipicidad en el delito omisivo

En relación con la atipicidad en el delito omisivo, las mismas características que se apuntan acerca de este último, llevan a observar la importancia que tiene, respecto a éste, la teoría del riesgo. No es posible exigir una acción que aumente el riesgo para el sujeto o para los terceros, es decir, que ponga en peligro otros bienes jurídicos, razón por la cual esto origina una atipicidad por falta de imputación objetiva que, toda proporción guardada, es similar a la que surge en los delitos culposos a partir del concepto del riesgo permitido.

En efecto, significando los mandatos que dan lugar al delito omisivo una exigencia mayor sobre el comportamiento de las personas, condicionada por la significación social de la conducta, es lógico que la teoría del riesgo tenga una mayor amplitud condicionante de los mismos. Aca-

so por las mismas limitaciones y características del lenguaje, no es igual la amplitud conceptual que se plantea en la prohibición que en el mandato y, si bien es cierto que todo deber jurídico de prohibición puede ser planteado a la inversa como un deber jurídico de obrar y viceversa. sin embargo. el alcance conceptual de dichos con tenidos, no resulta ser el mismo (Vgr.: el concreto alcance que deriva de la prohibición de no matar, si se traslada al contenido del correspondiente mandato que se concretaría en el cuidado por la vida del prójimo, es lo cierto que esta última idea alcanza una extensión que es mayor, a la vez que menos concreta y absoluta y más vaga y general que la anterior, razón por la cual el riesgo se pronuncia y destaca como una característica del tipo). Así, el mandato debe darse dentro del ámbito situacional que expresamente previene el tipo penal y debe de implicar la precisa dimensión del riesgo para quien actúa o para los terceros, ya que de no ser así el derecho estaría generando mandatos que resultarían ser contradictorios con su mismo contenido, ya que a la vez que la norma se orienta a la protección de bienes jurídicos, simultáneamente estaría haciendo surgir el riesgo de lesión o peligro para otros bienes jurídicos. Por esto, si la tipicidad es el ámbito de definición de la conducta social deseada, en que se concreta la expresión legislativa de protección a los bienes jurídicos, no es lógico que existan mandatos que ordenen lo contrario generando riesgos propios o ajenos, razón por la cual, cuando tales riesgos surgen, poniendo en peligro otros bienes jurídicos, la misma situación supondrá la presencia de una causa de atipicidad, a la luz de la teoría del riesgo, en la inteligencia, de que el riesgo, para poder generar tal atipicidad, debe quedar claramente definido y especificado, como riesgo a la vida o grave riesgo a la salud.

Adquiere también relevancia, como causa de atipicidad, respecto del delito omisivo, la fuerza física irresistible, tanto la derivada de la naturaleza, como la derivada de la mano del hombre.

VII. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO OMISIVO

En la figura jurídica del tipo de omisión, procede también el estudio de las valoraciones específicas de la antijuridicidad. A este ámbito corresponderá el análisis del resultado, en cuanto definitiva lesión o puesta en peligro a los bienes jurídicos de la conducta típica y antijurídica, a la luz del contenido de las valoraciones propias de la antijuridicidad, en las causas de justificación.

Una vez que se ha concluido que el comportamiento es típico, y. por lo mismo antinormativo, sea que se trate de un delito por acción o un delito por omisión, es necesario observar, a la luz de las valoraciones propias de la antijuridicidad, si tal comportamiento resulta ser o no an

tijurídico, es decir, contrario al orden jurídico general, por lo que es necesario revisar que efectivamente se haya producido la lesión o puesta en peligro a bienes jurídicos, a la luz del orden jurídico general que exige revisar posibles derechos derivados de las reglas de permisión y a la base de las causas legitimantes; es decir, la materialización del principio del *nullum crimen sine injusta*. Si no hay afectación al bien jurídico, no puede haber delito.

A su vez, es necesario revisar el alcance de la imputación objetiva que, en relación con el delito omisivo, significa la necesidad de observar si el resultado producido coincide con la exigencia de evitación recogida en la ley, toda vez que si el resultado se produce por razón de otra circunstancia que no guarda relación con la exigencia de evitación, o bien, que aún estando adentro del ámbito de dicha exigencia de evitación, obedezca a otros procesos de riesgos, no es posible imputar el resultado producido; es decir no será posible que ese determinado comportamiento, pueda ser objetivamente imputado al tipo delictivo de que se trate, sea que se trate de un delito de tipo omisivo o de tipo por acción. (Vgr.: el bombero que trata de salvar a la persona del fuego, sube al edificio y logra apagar el fuego de alrededor, pero la persona muere, porque estando debilitada la construcción, se derrumba una sección, que cae sobre de ella). Es evidente que el resultado de muerte no puede ser puesto a cargo del deber de cuidado del bombero quien hizo lo que pudo para apagar el fuego y cumplir su función, es decir, no existe Imputación Objetiva del resultado derivada de la exigencia de evitación a cargo del autor, que previene la norma y, por lo mismo, no hay imputación objetiva de ese comportamiento al tipo penal, toda vez que para que exista un delito de omisión impropia es indispensable que el resultado concrete la violación al deber garante específico que tiene el sujeto.

Por cuanto se refiere a las causas de justificación, todas ellas, en general, guardan aplicación con el deliro omisivo y, por lo mismo, son susceptibles de legitimar la conducta en los casos en que se presenten (Vgr.: podría darse legítima defensa respecto de la omisión de auxilio, en el caso del policía que al intentar socorrer a la persona que cometió un delito y a quien persigue, al haberse lastimado esta última en una caída durante su huida, y que sin embargo no pueda socorrerlo porque la propia persona tiene una arma y esta dispuesta a disparar en contra del policía si este se acerca; otros casos similares podrían plantearse en relación con el estado de necesidad). Vale agregar, sin embargo que las causas de justificación señaladas, de la legítima defensa y del estado de necesidad, aparecen limitadas en los delitos de omisión, por la amplitud que alcanza en ellos la teoría del riesgo, respecto de los mandatos, que a su vez son causa de atipicidad.

CAPÍTULO VIGÉSIMO NOVENO LA TENTATIVA DEL DELITO Y EL *ITER CRIMINIS*

SUMARIO: 1. Concepto. II. Ubicación sistemática. III. Concepto del *iter criminis*. 1. Fase interna 2. Fase externa, IV. Fundamento de la punición en la tentativa. 1 Teoría objetiva. 2. Teoría subjetiva. V. El dolo la culpa en la tentativa. VI. El momento de determinación de la tentativa punible. 1. Teoría formal objetiva. 2 Teoría subjetiva. (La teoría de la univocidad, dirección e inmediatez de los actos). 3. Teoría material objetiva. 1. Teoría objetiva individual. VII, Consumación. VIII. Desistimiento voluntario y arrepentimiento. IX. legislación penal vigente de la tentativa de delito conforme al texto reformado del Código Penal. X. Tentativa idónea y delito imposible. X 1. Tentativa acabada y tentativa inacabada. XII. Evolución histórica de la tentativa del delito

1. CONCEPTO

La tentativa del delito aparece prevista en el código penal en el Título Primero, denominado “la responsabilidad penal”, Capítulo II, intitulado “Tentativa”, el artículo 12, que expresamente refiere:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, o no impidiendo los que deberían de evitarlos, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto por el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

La punibilidad correspondiente, a su vez, amén de los criterios generales señalados en los párrafos segundo y tercero, aparece recogido en el artículo 63, correspondiente al Capítulo Tercero, intitulado “aplicación en caso de tentativa”, a su vez parte del Título tercero. Denomi-

nado “aplicación de las sanciones”, del Libro Primero, del código penal que expresa: “Al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio de juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando este fuese determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En términos de la definición legal de la tentativa es posible observar que la ley penal no se limita a punir exclusivamente los delitos consumados, es decir, aquellas conductas que se hubiesen realizado totalmente o que a través de las mismas se hubiesen producido resultados típicos, lesivos a bienes jurídico penalmente protegidos; sino que la ley penal previene bases para la punición de las conductas que no logrando llegar a su consumación, integran, sin embargo, elementos típicos suficientes como tentativas de delito punibles y que suponen la realización de actos encaminados a la ejecución de un tipo delictivo que, no llegan a término por causas ajenas a la voluntad del agente.

El concepto de la tentativa aparece estrechamente vinculado con el concepto del *iter criminis*, concepto que explica el proceso de desarrollo del hecho criminoso, desde el momento mismo de la ideación de la idea criminal en la mente del sujeto agente, hasta su total cumplimiento, para algunos concretado en la consumación y para otros, incluso en momento posterior a esa, en el agotamiento delictivo correspondiente.

Si por *iter criminis* se entiende el camino del delito es evidente que la tentativa implica un determinado momento dentro de ese proceso general.

Naturalmente, el concepto mismo de “tentativa” es una noción que excede el campo específico del derecho penal. Así, intentar es tratar de alcanzar un objetivo a través de la conducta realizada. Tal concepto de la realidad social aparece recogido por el derecho, concretamente por el derecho penal, que lo limita en términos del concepto de “tentativa punible”, al relacionarlo con la acción orientada por la voluntad de cometer un delito, ámbito en el que se hace necesario limitar su alcance y precisar su punibilidad.

Si por tentativa se entienden los actos realizados con el fin de cometer un delito que no llegan a su consumación por causas ajenas a la voluntad del agente es evidente que, dentro de esa secuela de actos realizados, no todos implican acciones que se encuentran dentro del marco de la tentativa punible. Así, para considerar dicha tentativa como

punible, en términos de lo dispuesto en la ley penal, es necesario que se reúnan ciertas características que son las que la ley define penalmente.

Fuera de éstas, podrán existir múltiples tentativas, pero las mismas serán tentativas no punibles.

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

En relación con la ubicación sistemática de la tentativa del delito, en nuestro concepto, debe atenderse su examen al concluir el estudio del delito, en sentido estricto o injusto, es decir, después de haber concluido y definido el análisis de la conducta típica y antijurídica. Sólo una vez superado el análisis de la tipicidad con las causas de atipicidad y de la antijuridicidad, con las causas de justificación, es procedente atender el análisis de la tentativa del delito, al igual que la autoría y la participación y también el concurso de delitos, en la medida en que tales figuras suponen formas específicas de incriminación o de extensión de la encaminación típica o bien criterios específicos para determinar el injusto. En tanto que todos estos conceptos aparecen relacionados directamente con la conducta típica y antijurídica cometida y son independientes de las características específicas de la persona del agente, entendemos que encuentran su más precisa ubicación, en el análisis del injusto.

Este orden de ideas encuadra con armonía en la sistemática que procuramos seguir, por estimarla la más consistente y congruente y que es aquella que permite estudiar el injusto, como la conducta típica y antijurídica. Sólo con posterioridad surge la necesidad del análisis de la persona responsable, con lo que, a su vez, en su momento, es posible: determinar el juicio de reproche, como base para la individualización y concreción de la punibilidad y la imposición de la pena.

III. CONCEPTO DEL *ITER CRIMINIS*

En el denominado *iter criminis* o camino del delito, conforme antes señalado, aparece analizado el proceso a través del cual se manifiesta el injusto o delito en sentido estricto. Desde el surgimiento de la idea acerca del hecho criminal en la mente del agente, hasta el agotamiento del delito, existen diversos momentos o etapas que se dan en la realización del mismo y que, en su división más amplia, cronológicamente admite la presencia de un momento o fase interna y otro de fase externa, en las cuales cabe distinguir la concepción, la deliberación, la resolución, la preparación la ejecución y el agotamiento que, obviamente no todas las etapas son punibles.

En primer lugar, cabe distinguir dos fases fundamentales del *iter criminis*.

La fase interna que se da en el fuero interno del individuo: en su psiqué y, por lo mismo, corresponde estrictamente al ámbito psicológico o subjetivo del autor;

La fase externa, que se caracteriza por la exteriorización social de la voluntad y que, naturalmente, se da fuera de la persona misma del autor.

1. Fase interna

En base al principio del *cogitationis poenam nemo patitur* no son punibles los diversos momentos de la fase interna que, sin embargo, presentan especial interés y relevancia, sobre todo en relación con el análisis del dolo, en el estudio del delito.

El momento de la concepción o ideación del delito nace cuando surge la idea criminosa en la mente del individuo. El momento de la deliberación se manifiesta en la coyuntura del encuentro entre la voluntad del individuo y los obstáculos que en el nivel de la psique plantean los restrictores sociales; es el momento que corresponde a cuando la persona “delibera”, sopesa frente a sí mismo, los “pro” y los “contras” y las posibilidades de éxito de su conducta delictiva antes de tomar la decisión correspondiente. El momento de la “decisión” o “resolución”, como tercera etapa de la fase interna, se presenta cuando la persona ha tomado su decisión y ha resuelto su voluntad en un cierto sentido que, en caso de ser la realización del delito, originará el inicio de exteriorización de su voluntad delincencial.

Naturalmente, estos momentos de la fase interna del *iter criminis* suponen un lapso de tiempo que es variable y no tiene un cierto límite. razón por la cual lo mismo puede suponer la reflexión y meditación serena (aun cuando no por ello menos perturbada, como el caso del pranoico) de la persona acerca de un posible hecho punible; o bien puede suponer un proceso que es prácticamente instantáneo (como frecuentemente acontece en los delitos pasionales o en las rencillas callejeras que terminan en hechos de sangre). Para los efectos penales los momentos de la fase interna son siempre impunes.

2. Fase externa

El ámbito de la fase externa implica la exteriorización de la voluntad, es decir, cuando el acto deja de plantearse como un simple acto del pensamiento, aún sin manifestación exterior, para traducirse en el futuro a través de actos que tienen su realización en la realidad social. Un primer momento de la exteriorización de la voluntad se da en los casos de la “resolución manifiesta” que es impune salvo que expresa-

mente aparezca castigada en la ley como un tipo penal específica del Libro Segundo del código penal. En la fase externa son objeto de estudio, los actos preparatorios y los actos ejecutivos. Son actos preparatorios aquéllos a través de los cuales el sujeto agente “prepara” lo necesario para alcanzar el éxito en el objetivo de su conducta criminal (la persona sigue a su futura víctima para conocer sus movimientos y tiempos, compra el arma, prepara su coartada, etcétera). Naturalmente, como en el caso de la resolución manifiesta, los actos preparatorios no son punibles. Son actos ejecutivos aquéllos a través de los cuales el agente inicia la “ejecución” del delito; ciertamente este es el momento más relevante desde la perspectiva penal, en que se hace necesario precisar a partir de que momento puede considerarse el inicio de la tentativa punible. El inicio de la punibilidad del *iter criminis* corresponde al inicio de la tentativa punible, se origina con los “actos ejecutivos” en general recogidos a partir del principio del “comienzo de la ejecución del delito”, a que en su momento se refirió al código penal francés de 1810, fuente de inspiración jurídica de la regulación en la materia penal, en Europa y también en América Latina.

Así, en la fase externa el aspecto y momento que representa el mayor interés, desde el punto de vista jurídico penal es el momento del inicio de la ejecución de la acción típica, momento que determina la tentativa punible, razón por la cual, en su definición se han realizado los mayores esfuerzos, como también se han presentado las mayores dificultades. Otro momento fundamental del *iter criminis* es el de la consumación del delito, que es cuando se produce el resultado típico, que si bien aparece claramente diferenciado en los delitos de resultado material, sin embargo, en los delitos de acción o de sola conducta, implican la realización de todos y cada uno de los elementos típicos exigidos por la ley penal. El agotamiento del hecho delictivo, finalmente, presenta interés jurídico sobre todo en relación con los delitos de tracto sucesivo, como en el caso del delito permanente, que implica ya no el inicio de la consumación, sino el término del estado de consumación del delito. Un alcance diferente del agotamiento en sentido jurídico penal es el que tiene la misma voz en su connotación criminológica, ámbito en el cual se refiere a la consecución efectiva del objetivo propugnado por el autor, con la realización de su conducta delictiva.

IV. FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

En general se reconoce un doble motivo. La voluntad de afectar un bien jurídico protegido por la ley penal y la concreta afectación que la

tentativa de delito genera al orden jurídico y a los bienes jurídicos mismos, por vía de su concreta y real puesta en peligro. Dos teorías se han señalado principalmente por la doctrina: la objetiva y la subjetiva.

1. *Teoría objetiva*

Conforme a la teoría objetiva, la tentativa se castiga porque se pone en peligro concreto a un bien jurídico penalmente protegido. La tesis conduce a la impunidad del deliro imposible y pese a las ventajas que ofrece su objetividad misma, también ha generado cuestionamiento a la penalidad de la tentativa, señalándose que, en concreto, la tentativa no lesionó ni puso en peligro el bien jurídico, pues precisamente se presenta cuando no existe lesión al bien. Con esto se origina el debate acerca del “peligro en abstracto” y el “peligro en concreto”; así como la tesis del “peligro corrido”, además de la tesis “objetivo formal de la lesión jurídica”. En síntesis, la teoría objetiva mayormente sostenida es la que se sustenta en el concepto del “peligro concreto”, según valoración *ex ante*.

2. *Teoría subjetiva*

Para la teoría subjetiva lo fundamental es que la conducta de la tentativa revela una voluntad contraria al derecho. Obviamente, este orden de ideas, si bien responde a una afirmación que es veraz, lleva sin embargo, a extremos en la punición y, así, cae en los excesos autoritarios que lo mismo afirman la penalización del delito imposible, que equipara el desvalor de la conducta de la tentativa, con la del delito consumado, propugnando su similar punición al afirmar que desde el punto de vista subjetivo ambas figuras son iguales. Si, por una parte, la tesis impone un importante avance al poner el acento de interés en la voluntad dolosa del agente, por otra parte, la propia orientación subjetiva genera el riesgo autoritarista que conlleva a ampliar el ámbito de lo punible a grados que resultan contradictorios con el principio de legalidad y que pueden resultar ser en extremo lesivos de la libertad individual y de la seguridad jurídica. Se ha dicho, por esto, que la tesis conduce a disminución del injusto, en el sentido que su fin relativo a la salvaguarda del bien jurídico, respecto de un incremento del desvalor de lo “contrario al deber”.

Entre ambas posiciones extremas, la doctrina ha planteado diversas posiciones intermedias, orientadas sobre todo a delimitar la amplitud del criterio subjetivo con criterios objetivos o bien, dentro del ámbito del criterio objetivo, para ampliar su portada con matices subjetivos.

En algún momento llegó a ser sostenida también la “teoría de la

peligrosidad del autor”, hoy, en buena hora superada de manera tal que, en general, se entiende que la legislación penal mexicana vigente, reconoce que el individuo es responsable de sus actos en el límite de su culpabilidad.

V. EL DOLO Y LA CULPA EN LA TENTATIVA

La tentativa se caracteriza precisamente por el deseo de cometer un delito determinado, que es lo que constituye precisamente el dolo de la conducta. Por esto no existe diferencia en el ámbito subjetivo entre el delito tentado y el delito consumado. Como consecuencia, es evidente que no puede existir la tentativa culposa, lo que supone una contradicción en términos. Si el tipo delictivo tiene elementos subjetivos distintos del dolo, éstos también son requeridos para la tentativa.

VI. EL MOMENTO DE DETERMINACIÓN DE LA TENTATIVA PUNIBLE

El problema central de la tentativa está en determinar el momento de su punibilidad.

En general, la doctrina se refiere a la tentativa punible a partir de los actos ejecutivos y, en este sentido, se refiere al comienzo de ejecución, afirmando, como consecuencia, que los actos preparatorios son impunes.

En la medida en que no existe una tentativa en sí, sino que se da la “tentativa de delito” respecto de cada uno de los tipos penales previstos en la parte especial de la ley, se hace necesario, en consecuencia, determinar cuál es el momento del comienzo de ejecución en cada uno de ellos.

Para determinar esta situación, la doctrina se ha apoyado en las teorías siguientes:

1. *Teoría formal objetiva*

Esta teoría refirió el “comienzo de la ejecución típica”, a partir del momento en que se penetra el núcleo del tipo. Si bien la teoría ofrece la sólida ventaja del principio de legalidad, resulta excesivamente estrecha para dar respuesta al sin número de casos que plantea la realidad social. El criterio del comienzo de ejecución, a partir de la penetración del tipo, conceptualmente no parece ofrecer problemas en los tipos que permiten determinar con facilidad y objetividad cuando se ha comenzado a ejecutar la acción típica (Vgr.: el que hiere; el que mata, etcétera). Tal criterio, sin embargo, resulta ser demasiado estrecho para abarcar a la tentativa punible que debe tener la posibilidad de referirse a su mo-

mento inmediato anterior que el que en sí implica el inicio de la ejecución del delito mismo, lo que prácticamente lleva a su necesaria consumación y no a la posible punibilidad de la puesta en peligro de los bienes jurídicos que es el sentido de la tentativa, como forma de extensión de la punibilidad penal que implique una esfera más amplia de protección a los bienes jurídicos penalmente tutelados.

En síntesis, el criterio formal objetivo plantea un serio problema en relación con los actos que si bien no implican en sí mismos un inicio del tipo, son actos que también deben ser considerados como parte de la acción ejecutiva punible de la tentativa, como pudiera ser el caso de apuntar el arma o, incluso, dispararla en contra de la víctima, que no necesariamente implica dar en el blanco y que, evidentemente, no implica aún el comenzar a matar. Estas acciones con mayor precisión corresponden a una “zona neutral inmediata anterior al tipo” debe formar parte de la tentativa punible y que, por lo mismo, se hace necesario individualizar con precisión suficiente.

2. Teoría subjetiva. (La teoría de la univocidad, dirección e inmediatez de los actos)

En su momento, para superar las dificultades que planteaba el principio o comienzo de ejecución algunas leyes acudieron al criterio de la “univocidad de los actos”, señalando que en tanto que los actos preparatorios son “equivocos” ya que externamente no revelan la finalidad delictiva, en cambio los actos “unívocos”, sí revelan dicha finalidad y por tanto son los que deben conformar la tentativa punible. Esta tesis, originada con Carrara, resultó ser aún más inconveniente porque además de que la univocidad implica la subjetividad del individuo, desplaza el problema al ámbito procesal probatorio. En un intento de procurar una mayor delimitación de este criterio, fue utilizado también el criterio de la “dirección de los actos” y el de la “inmediatez” que implicaba una referencia delimitadora temporal.

Este fue el orden de ideas que, en México, el código penal Martínez de Castro en 1871, aprovechó en la configuración del “conato” y que después recogió el código penal de 1931, vigente hasta su reforma al artículo 12, en el año de 1983. La insuficiencia de dicho criterio adoptado por la ley fue motivo de que incluso la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como también la doctrina, siguieran refiriéndose, para precisar la tentativa punible al criterio de la bipartición clásica entre actos preparatorios y actos ejecutivos, acudiendo al criterio del comienzo de la ejecución, no obstante el texto expreso pero insuficiente de la ley.

3. *Teoría material objetiva*

En su momento, la teoría material objetiva procuró complementar a la anterior teoría formal objetiva, con dos nuevos elementos; uno, procurando incluir, como parir de la tentativa, a las acciones que por su vinculación necesaria con la acción típica, en una natural concepción aparecen como parte integrante de ella; y, un segundo punto, referido a la delimitación derivada del peligro para el bien jurídico.

4. *Teoría objetiva individual*

Actualmente la orientación más favorecida por la doctrina para dar respuesta al problema de la tentativa punible es la referida como teoría objetiva-individual, relacionada con el principio del comienzo de ejecución que, sin embargo, reconoce a la tentativa punible a partir del criterio del “plan del autor”, introduciendo este concepto como el elemento individualizador subjetivo, el cual unido al principio de la ejecución permite una más fácil valoración por parte de los terceros.

VII. COSUMACION

La tentativa requiere que el hecho delictivo no se haya consumado por causas ajenas a la voluntad del agente.

VIII. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO Y ARREPENTIMIENTO

La impunidad que se plantea en relación con el desistimiento voluntario y con el arrepentimiento, implican una causa personal de exclusión de pena que se da porque se pierde la finalidad que persigue la pena.

Se habla de desistimiento de la tentativa inacabada cuando el autor interrumpe voluntariamente la ejecución de su acción típica ejecutiva; se habla de desistimiento de tentativa acabada y con mayor propiedad de arrepentimiento, cuando la acción ejecutiva se cumple en su totalidad y no sobreviene el resultado, por la actividad ulterior del propio agente que impide que se produzca el resultado típico.

La razón por la cual opera la exclusión de la pena en el desistimiento voluntario deriva de la finalidad misma de la imposición de la pena, toda vez que esta tiene una función eminentemente preventiva que, en el caso, no tiene sentido y no se hace necesaria y si, en cambio, el efecto preventivo mismo de carácter político criminal, derivado de la existencia misma de la no punición del desistimiento es favorable y positivo. La misma situación acontece respecto del arrepentimiento. Ya hemos explicarlo, a su vez, la razón de que no estimemos que en el caso se dé una causa de atipicidad, por estimar que el delito ya fue cometido.

Finalmente debe tenerse presente, asimismo, que el desistimiento debe de ser espontáneo, lo que significa que, en caso de ser consecuencia de alguna coacción motivada por una causa externa, tal situación eliminaría la característica de espontaneidad que exige la ley y, por lo mismo, no podría dar lugar al desistimiento como forma de excusa absoluta.

IX. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE DE EA TENTATIVA DE DELITO. CONFORME AL TEXTO REFORMADO DEL CÓDIGO PENAL

El código penal de 1931 contemplaba la regulación de la tentativa punible. en el artículo 12, bajo la expresión: "...cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito...,,, texto, que como antes fue comentado, responde a los criterios de la "univocidad", "dirección" e "inmediatez", de los actos, utilizados por dicha fórmula legal de la tentativa. La insuficiencia de estos criterios llevó a que los mismos fueran sustituidos en la interpretación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia de la Nación, para interpretar la ley, en forma similar a la generalidad de otras legislaciones del mundo que reglamentan el instituto de la tentativa, de acuerdo al principio del "comienzo de ejecución" de la conducta típica, si bien complementando el "criterio objetivo" con la expresión "resolución de cometer un delito", que evidentemente pone el acento en el carácter doloso, subjetivo, de la conducta injusta típica de la tentativa y facilita, por esta vía, el permitir una concepción de la conducta final que permite su más clara interpretación por vía de la "teoría objetiva individual" conforme al plan del autor. En el año de 1983 fue reformado el artículo, en el mismo sentido que ya había señalado la jurisprudencia, sustituyendo el criterio de la univocidad mencionada, por el del principio del comienzo de ejecución.

Posteriormente el referido artículo 12 fue nuevamente reformado para quedar como sigue:

Existe tentativa punible citando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Con la última reforma se incorporó con mayor claridad la expresa posibilidad de la tentativa tanto acabada como inacabada y. asimismo, expresamente se hizo referencia a la tentativa en los delitos de omisión, evitando la necesidad de interpretar extensivamente el texto o aún de integrar la ley, ante la falta del tipo respectivo, con lo que se alcanzó un importante avance en el respeto al principio de legalidad.

El párrafo segundo reformado modifica la anterior dicción, sujetando la imposición de la pena a dos factores: a) Los criterios generales derivados de los artículos 12 y 52; y, b) el grado de ejecución del delito, quedando derogada la expresa referencia que aquí se hacía a la temibilidad del autor. La supeditación de la imposición al grado de la ejecución, permite reconocer nuevamente la influencia de la teoría objetiva y la supresión de la referencia a la temibilidad del autor, que recuerda a las instituciones del positivismo y en particular al peligrosismo, pone en clara evidencia la fundamental reorientación político criminal operada en el código penal que afirman los principios de culpabilidad y de tipicidad y reconocen para la individualización penal a los principios de la prevención general y especial, procurando superar la influencia del peligrosismo Positivista.

Desde de la misma reforma de 1984 se incorpora un tercer párrafo que introduce la eximente penal derivada del desistimiento voluntario, como también del arrepentimiento. El párrafo en cuestión expresó así: “Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que Constituyen por sí mismos delitos”.

El criterio para la aplicación de la pena, aparece previsto en el artículo 63 que, en términos de la reforma incorporada, Previene que “al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario. Tal disposición debe ser interpretada conforme a lo dispuesto en el párrafo II del artículo 51, que expresamente refiere:

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y cualesquiera otro en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión la pena mínima nunca será menor de tres días.

Interpretando tales dispositivos, es de entenderse que la aplicación de la pena en el caso de la tentativa, deberá ser hasta las dos terceras partes de la pena prevista para el delito consumado, tomando como base mínima, el mínimo de punibilidad previsto para el delito de que se trate y sólo en aquellos delitos en donde no exista un mínimo de

pena en el intervalo de punibilidad previsto, deberá entenderse que nunca será menor de tres días.

Finalmente, el párrafo II del artículo 63, al hacer referencia a la punibilidad de la tentativa agrega: “en los casos de tentativa en que no fuese posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando este fuere determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior”. La interpretación del contenido de este dispositivo resulta confuso, toda vez que señala que cuando no sea posible determinar el daño que se pretendió causar, siendo ello relevante para la integración típica, deberá aclopase el criterio de imponer la mitad de la sanción relativa a las dos terceras partes previstas en el párrafo anterior respecto de la sanción del delito consumado. El problema, sin embargo subsiste, toda vez que si no es posible determinar el daño que se pretendía causar y, por lo mismo, no es posible precisar la conducta típica tampoco será factible precisar la punihilidad de las dos terceras partes, respecto del delito consumado naturalmente tampoco resuelve el problema, con el señalamiento de que deberá aplicarse la mitad de ella, toda vez que no existe base para poder establecer la precisión y determinación del monto de dicha punibilidad. En consecuencia el criterio que se sostiene no es claro.

X. TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO IMPOSIBLE

Algunas legislaciones del mundo castigan las figuras del “delito imposible” y “tentativa inidónea”, entendiendo por tales, aquellos casos en donde aún realizados actos encaminados a la comisión de un delito, la realización de este es imposible por la inidoneidad de los medios o por la inexistencia del objeto.

El caso de la tentativa imposible opera cuando los medios empleados por el autor resultan ser notoriamente inidóneos para causar un resultado (Vgr.: el caso de la persona que pretendiendo causar la muerte de su víctima, confunde los frascos y le hace ingerir azúcar, creyendo que es el mismo arsénico que adquirió para dicho fin). Es evidente que en el caso existe una absoluta incapacidad del medio utilizado en la conducta para producir el resultado típico. Naturalmente, el criterio para valorar las características de la tentativa inidónea tiene que ser apreciado *ex ante* y nunca *ex post facto*. Parte de la doctrina penal se refiere, también a la figura del delito imposible, en relación al caso de la inexistencia del objeto, tal orden de ideas, sin embargo, es de estimarse, con mayor razón, como lo ha apuntado también parte importante de la doctrina, que se trata en realidad de casos de verdadera atipicidad, va que en realidad no existe el bien jurídico protegido (Vgr.: la

persona que intentando dar muerte a su víctima, le hace varios disparos que habrían podido ser mortales, pero que son ineficaces al fin propugnado porque la persona estaba ya muerta por un ataque al corazón).

En estos casos es evidente que la razón de la punición, obedece fundamentalmente a un concepto vinculado con la peligrosidad revelada por el sujeto agente. Por las razones señaladas al hacer referencia al fundamento de la punición de la tentativa es evidente que en las legislaciones de contenido liberal este tipo de criterios aparecen en general regularmente rechazados. Es este el caso de México.

XI. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA

Se denomina tentativa inacabada cuando el sujeto activo no lleva a cabo todos los actos necesarios para la consumación del delito como por causas ajenas a su voluntad (la persona que no logra llevar a término su cometido de homicidio por ejemplo, cuando trata de matar al jefe de la empresa en que trabaja, porque los miembros de seguridad de la empresa lo capturan y lo detienen en el momento anterior al evento, impidiéndole disparar).

Se denomina tentativa acabada o delito frustrado cuando el sujeto agente ha realizado todas las acciones orientadas a la consumación del delito, mismo que no se produce por causa ajenas a la voluntad del agente. Es el caso de la persona que en su interés de matar a su víctima, efectivamente lo sigue, apunta su arma en contra de ella y dispara, pero por su mal tino no acierta en su blanco.

XII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TENTATIVA DE DELITO

Cuerpos legales que presentan valor histórico jurídico en la evolución de la institución de la tentativa de delito en México.

En el Libro XLVIII, Título 19, ley 18, del Digesto, expresa Ulpiano, libro *testio ad edictum: Cogitationis poenam nemo Palitur* (nadie sufre pena por el solo pensamiento).

Ya en el derecho romano, conforme a la aseveración de Ulpiano, aparece reconocida la impunidad del simple pensamiento criminoso.

La ley de las Siete Partidas (ley 2, título 31, p. VII) señala:

...Los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los omes. Mas si después que lo ouisise pensado, se trabajasse de lo fazer e de lo cumplir comencandolo de meter en la obra, maguer non lo cumpliesse de todo, entonce seria en culpa, e mereceria escarmiento, según el yerro que fijo...

La conformación de la tentativa punible aparece en base a un crite-

rio que se expresa como: “...comenzar a meter en obra”. El concepto “comenzar a meter en obra el delito”, utiliza una idea que identifica el futuro concepto del “comienzo de la ejecución” del delito.

El código penal francés de 1810 regula la institución en el artículo 2, que reza:

Toda tentativa de crimen que haya sido manifestada por un comienzo de la ejecución, si no ha sido suspendida o si sólo ha fallado su efecto por circunstancias independientes de su autor es considerada como el delito mismo.

El código penal español de 1822 establece (artículo 5):

La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare.

Y en su artículo 9 señala:

El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna; salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.

El código penal español de 1848 (con las reformas de 1850) señala en su artículo 3:

Son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto esta de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Artículo 5: Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

Artículo 61: A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito.

Artículo 62: A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito.

La tentativa para los efectos del derecho penal viene configurada en base al criterio de la bipartición clásica de los actos (preparatorios y ejecutivos) sujetos al principio del inicio de la ejecución.

Se establece distinción entre el delito tentado y el delito frustrado. La punición de la tentativa y del delito frustrado se establece como una disminución en dos grados y un grado, respectivamente, respecto del delito consumado.

El código penal español de 1870 en su artículo 3 señala:

Son punibles no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo produce por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

Artículo 66: A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará respecto a los autores de faltas frustradas contra las personas o la propiedad.

Artículo 67: A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado.

Artículo 70: A los cómplices de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito frustrado.

Artículo 71: A los encubridores de un delito frustrado se impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito frustrado.

Artículo 72: A los cómplices de tentativa de delito se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para la tentativa de delito.

Se establece la distinción entre el delito tentado y el delito frustrado y ambos, para los efectos de la aplicación de la pena, observan una disminución de uno y dos grados respectivamente, respecto del delito consumado.

El código penal del Estado de Veracruz-Llave de 1835 señala en su artículo 93:

La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que de principio a la ejecución del delito o lo prepare.

En los artículos siguientes se regula la punibilidad de la tentativa y el delito frustrado. Se sigue el criterio del código penal español de 1822.

El código penal del Estado de Veracruz-Llave de 1868 señala en su artículo 8:

La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare.

El código penal de 1871 regula de la manera siguiente la institución:

Artículo 18: En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados: I. Conato. II. delito intentado. III. delito frustrado. IV. delito consumado.

Artículo 19: El conato de delito consiste: ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.

Artículo 20: El conato es punible, solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente.

Artículo 21: En el caso del artículo anterior son requisitos necesario para el castigo: I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar; II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa.

Artículo 22: En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario. se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito.

Artículo 23: Los actos que no reúnan todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible y se consideran puramente preparatorios del delito.

Artículo 24: Los actos puramente preparatorios son punibles solamente cuando por sí mismos constituyen un delito determinado que tiene pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario.

Artículo 25: Delito intentado es el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o por que son evidentemente inadecuados los medios que emplean.

Artículo 26: Delito frustrado es el que llega hasta el último acto que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente.

Artículo 202: El conato se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría si se hubiese consumado el delito.

Artículo 203: El delito intentado se castigará conforme a las tres reglas siguientes: I. Cuando se intente contra persona o bienes determinados y se consumare involuntariamente en persona o bienes diversos, se impondrá la pena del delito que resulte consumado; II. Cuando la consumación

no se verifique por imposibilidad sólo presente, pero se pudiere consumar después el delito con otros medios o en circunstancias diversas; la pena será de un tercio a dos quintos de la que se impondría si el delito se hubiera consumado; III. Cuando se deje de consumir por imposibilidad absoluta, se impondrá una multa de diez a mil pesos.

Artículo 204: Para castigar el delito frustrado se observarán estas dos prevenciones: I. Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustrare, pero se consume en la persona o bienes de otro, se pondrá la pena del delito que resulte consumado; II. Fuera del caso de la fracción anterior, se impondrán de dos quintos a dos tercios de la pena que se aplicaría si se hubiera consumado el delito.

Artículo 205: Además de lo prevenido en los tres artículos anteriores, se tendrá presente: I. Lo que disponen los artículos 195, 196, y 557, los que en estos casos se citan: II. Que cuando la ley señala una pena sin expresar si es del conato, del delito intentado, del frustrado o del consumado, se entiende que habla del último.

La tentativa de delito viene denominada como conato y al lado de ella vienen previstos como delito intentado y como delito frustrado la tentativa acabada y el delito imposible.

La figura del conato, que regula la figura de la tentativa de delito, adopta como criterio básico los conceptos de “dirección” e “inmediatez”.

El código penal de 1929, a su vez, establece:

Artículo 20: En los delitos intencionales se distinguen: I. El delito consumado, y II. La tentativa o conato.

Artículo 21: Delito consumado es el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el libro tercero de este Código.

Artículo 22: Hay tentativa punible, cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y realiza todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.

Artículo 23: En el caso del artículo anterior, son requisitos necesarios para aplicar la sanción.

I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos, o acompañados de algún indicio, cuál era el delito que el reo quería perpetrar.

II. Que la sanción que debiera imponerse por él si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o multa de cinco días de utilidad.

Artículo 24: El desistimiento del delito, en la tentativa o conato, exime de toda sanción: si no fue impuesto por circunstancias diversas y si nació

de un arrepentimiento en él, más bien que de apreciado error en el cálculo.

Artículo 25: El arrepentimiento a que se refiere el artículo anterior, se probará.

I. Por autodelación del agente, antes del descubrimiento de la tentativa.

II. Por haber destruido él mismo los instrumentos del delito,

III. Por prevenir, en casos de complicidad, a la víctima y autoridades.

Artículo 26. No obstante lo dispuesto en el artículo que precede, el juez podrá exigir del agente la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o a confinamiento, cuando se trata de sujetos de máxima temibilidad.

Artículo 27: Si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento. incurriere posteriormente en un plazo (le cinco años en nueva tentativa de igual delito o de otro, o sea desistida, suspendida, fallida o consumada, se le aplicarán las sanciones de ésta y las que hubieren correspondido a la primera.

Artículo 28: Siempre que los actos ejecutados en una tentativa constituyan por sí mismos un delito de los especificados en el libro Tercero de este código, se aplicarán las sanciones correspondientes.

El código penal vigente regula la institución de la siguiente manera:

Artículo 12: La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Artículo 63: A los responsables de tentativa punible se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59. hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

El proyecto de código penal tipo de 1963 establece:

Artículo 15: La tentativa será punible, cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Artículo 16: Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delitos.

Artículo 17: El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

Artículo 66: Al responsable de tentativa o de delito imposible, se le deberá aplicar de tres días hasta las tres cuartas partes del máximo de la sanción señalada en la ley al delito que el agente quiso realizar.

El proyecto de código penal tipo para Latinoamérica de 1965 señala:

I. El delito se considera:

A) Consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de su definición legal;

B) Tentado, cuando iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

II. Salvo disposición en contrario, la tentativa debe ser castigada con la pena correspondiente al delito consumado, disminuida de uno a dos tercios.

III. El agente que, voluntariamente, desiste de proseguir con la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responde por los actos ya ejecutados.

IV. No es aplicable pena alguna cuando, por ineficacia absoluta del medio empleado o por absoluta impropiedad del objeto era imposible que se consumara el delito (en la disposición que mejor corresponda comunicará la ley la medida de seguridad al autor de tentativa imposible que presente peligrosidad).

El texto del código penal de 1931 con la reforma de 1984 y 1985 dispone:

Artículo 12. Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Artículo 63. A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les deberá imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Las reformas de 1994 señalan:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecuti-

vos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consunta por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa, el juez tornará en denta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito .

Artículo 63. Al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario. En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO
PERSONAS RESPONSABLES EN LA COMISIÓN DE UN DELITO
(LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN)

SUMARIO: I. Concepto. II. Ubicación sistemática. III. El concepto de autor. 1. Teoría objetiva del autor. 2. Teoría subjetiva del autor. 3. Teoría final objetiva del dominio del hecho. IV. El autor mediato. V. La coautoría. VI. La participación. VII. La instigación. VIII. la complicidad. IX. El encubrimiento. X. La legislación penal mexicana vigente sobre la autoría y participación. XI. El delito emergente. XII. La evolución legislativa en México sobre autoría y participación.

I. CONCEPTO

Bajo la denominación general de “personas relacionadas con la comisión de un delito” o “curso de personas en la comisión de un delito” o de “autoría y participación”, el derecho penal procura hacer referencia al problema derivado de la intervención de diversas personas en la comisión de uno o varios delitos, estableciendo las características de la responsabilidad que a cada uno corresponde y la punibilidad que por ello les deriva.

El problema de la participación no es un ámbito exclusivo de la regulación jurídica; implica, por el contrario, un fenómeno propio de las relaciones en que se manifiesta la vida social y a partir de esto es que aparece reconocido y regulado por la ley penal. En efecto, en todas las actividades en que interviene el hombre es fácilmente observable que, con frecuencia, actividades diversas que se dan en el desarrollo social, no son derivadas de la conducta individual de una persona, sino que encuentran su manifestación como una expresión en que participan grupos. Es, así, la conducta no de uno, sino de un grupo de individuos que se manifiestan de consuno, a la consecución de un objetivo común. (Vgr.: un grupo de amigos se reúnen para acudir a una fiesta o para participar en un juego de fútbol o para intervenir en la construcción de un objetivo específico, sea en el ámbito familiar, laboral, social o cultural, corno también en la comisión de un delito).

La complejidad de la realidad social permite observar, así, que son múltiples las actividades que realiza el hombre, de manera conjunta, coordinada, acordada o convenida con uno o varios de sus semejantes. Este ámbito de la realidad social, es recogida por la norma jurídica y es así, como surge la regulación del tema que nos ocupa. Es necesario precisar las características que distinguen al autor de un delito con otras personas que si bien intervienen, no reúnen sus características y que en general aparecen comprendidas bajo la expresión de “partícipes”. En resumen, en relación con la participación de varias personas en la comisión de un delito es necesario aclarar su fundamento y precisar las bases de la responsabilidad que a uno y a otros corresponden.

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Como en el raso de la tentativa, la autoría y la participación, que 121 ley penal mexicana recoge bajo la denominación de “personas responsables de los delitos”, en nuestra opinión debe ahondarse una vez que ha sido superado el estudio del injusto, conformado con la tipicidad y la antijuridicidad. Una vez afirmada la presencia de la conducta típica y antijurídica y ante la inexistencia de causas de atipicidad y de justificación es procedente analizar los criterios que el legislador ha incorporado para precisar el grado del injusto, en la medida en que implican situaciones vinculadas con el injusto y no suponen un nivel de análisis diferente como el que corresponde a la persona del sujeto agente. La culpabilidad, como juicio de reproche, por el injusto cometido, aparece como un ámbito vinculado con las características de la persona del responsable, cuyo estudio resulta procedente y justificado como etapa última del análisis estratificado de la teoría del delito (entendida ésta como el estudio de los presupuestos de la punibilidad) o bien, como algunos autores observan, no sin razón, como el contenido de la siguiente etapa de estudio, referente a la teoría de la persona del sujeto responsable, también referida como teoría de la culpabilidad.

III. EL CONCEPTO DE AUTOR

“Autoría” es producción del acto propio; en tanto que “participación” es intervención en la producción del acto ajeno.

1. *Teoría objetiva del autor*

En el marco de la teoría objetiva del autor tradicionalmente la doctrina ha manejado dos conceptos acerca de la figura del autor, una restrictiva y otra extensiva. El concepto extensivo de autor considera como tal a quien causa el resultado típico. El concepto restrictivo del autor se

refiere a quien realiza la acción típica. Las consecuencias de esta diferencia, se centran en la teoría jurídico penal de la acción, de cuya interpretación deriva el alcance de la autoría.

El concepto extensivo de autor al considerar la autoría desde el resultado y refiriéndose a la acción en su concepción causal, como causación del resultado típico, ante la equivalencia de las condiciones en la causalidad hace difícil diferenciar la autoría de la participación.

2. Teoría subjetiva del autor

Ante la dificultad que plantea la teoría objetiva del autor fue necesario acudir a la orientación marcada por la teoría subjetiva del autor, como punto de diferenciación. Se consideró, así, que la distinción entre autor y partícipe depende exclusivamente de la actitud personal frente al hecho. Si el sujeto quiere el hecho como autor, es decir como hecho propio, debe ser considerado autor, cualquiera que sea la especie y la extensión de su aportación. Por el contrario, “si quiere el hecho como hecho ajeno”, debe ser tratado como partícipe. Las consecuencias de la llueva interpretación se hicieron pronto evidentes, frente al exceso en que se podía incurrir.

La vaguedad de la posición subjetiva genera un concepto extensivo de autor, toda vez que no reconoce la fundamental función garantizadora de la ley penal y permite una interpretación que prescindiendo del tipo legal, lleva la “teoría del autor fuera del tipo” o “tipo de autor”, hoy afortunadamente rechazada.

3. Teoría final objetiva del dominio del hecho

Ante la insuficiencia de las posiciones señaladas y el riesgo de la última, para determinar la figura del autor ha resultado decisivo tener en cuenta el criterio objetivo de la producción del hecho típico, que respeta la legalidad, pero asimismo, atendiendo al concepto de la acción en un sentido final. Es decir, para definir quién es el autor es indispensable tener presente la real aportación al hecho de quién interviene en la comisión y, en este sentido, reconocer que autor es quien tiene el dominio del acto.

Así, se ha observado, con razón, que autor es quien tiene el dominio final del hecho; es quien manifiesta tener el “señorío sobre el acto”, con lo que se superan las inconveniencias que plantea el conceptuar al autor a partir de la causalidad. Si autor es únicamente quien causa un ilícito, conforme a la equivalencia de las condiciones, naturalmente la participación implica una forma de autoría, por lo que no hay armonía cuando de acuerdo con la ley se previene una disminución en la penalidad, para la participación; en cambio, cuando, con más precisión, se

observa que el autor de un injusto doloso, más que ser el que causa el resultado, es quien tiene el dominio del hecho, se superan las dificultades.

En el injusto doloso la autoría se limita por la finalidad que da el dominio del hecho, en tanto que en la autoría culposa se determina por la causalidad, a su vez limitada por las normas que individualizan el deber de cuidado. Esta orientación aparece reconocida como teoría final objetiva.

IV. EL AUTOR MEDIATO

Salvo el caso del autor que debe cumplir la conducta “de propia mano” cuando expresamente lo requiere la ley, situación que ocurre excepcionalmente, el autor puede valerse de un tercero para la comisión de su conducta o hecho injusto. Así es “autor mediato”, el que se vale de otro.

En los casos de autoría mediata se plantean también, como posibilidades:

La determinación de quien actúa sin dolo, pero actúa culposamente o en error de tipo vencible;

La autoría mediata por determinación de quien actúa inculpablemente sea en el caso del inimputable. o bien;

De quien actúa por invencible error de prohibición.

La autoría en la omisión.

V. LA COAUTORÍA

Hay coautoría cuando dos o más personas llevan a cabo conjuntamente la realización típica, de manera que cada uno de ellas, realiza la acción típica en su totalidad.

Coautoría Sucesiva:

Si bien la coautoría así contemplada no parece plantear mayor problema, si presenta mayor dificultad el supuesto de la “coautoría sucesiva”, donde se establece una cierta división del trabajo que lleva a la comisión del injusto y en donde quienes intervienen no realizan el acto completo por si mismos, sino que cada uno realiza una parte, de tal manera que entre todos se ejecuta en su conjunto el delito.

Si se considera que la coautoría tiene como característica fundamental la decisión común acerca del hecho y su ejecución, es decir que el dominio del hecho es común y no individual, se supera la confusión referida, dejando en claro que se trata invariablemente de coautores, es decir, autores que operan conjuntamente en la ejecución del injusto típico.

La coautoría sucesiva es dable hasta la ejecución en los delitos permanentes, siempre que el delito no se haya agotado.

La coautoría con la omisión es factible, sea que todos se encuentren en posición garante o que alguno actúe y otros omitan.

VI. LA PARTICIPACIÓN

La participación es la libre y dolosa participación en el delito doloso de otro.

La participación implica invariablemente un concepto de referencia que aparece ligada a un hecho ajeno, por lo que invariablemente tiene un carácter accesorio. Por esto, la complicidad como la instigación son forma de la participación.

Se habla de la “participación necesaria” cuando desde el punto de vista conceptual es insuperable, por aparecer exigida en el propio tipo legal (delitos de encuentro, delitos de convergencia). La participación necesaria, por esto, es en realidad una forma de coautoría.

El problema fundamental de la participación aparece en su aspecto interno: ¿cuáles son las características del hecho de otro que deben existir para la punibilidad de la participación? Obviamente, estas características dependen de lo que al respecto la ley prevea. La punibilidad, en la participación, depende de que el hecho del otro constituya un delito o lo que es lo mismo, nadie puede ser penado por participar en un hecho lícito de otro.

El criterio que se estima más claro para resolver el problema de la participación, es por vía de la “teoría de la accesoriedad limitada de la participación”, que se funda en que el partícipe contribuye no sólo causalmente, sino, también finalmente, a la ejecución de una acción típica y antijurídica.

En su aspecto externo, la participación en un hecho sólo es punible cuando la acción empieza a ser típica y antijurídica con la tentativa. La participación en etapas preparatorias de un hecho que no llega a tentativa no constituye participación, salvo que expresamente se prevean tales actos como delito.

No puede haber participación culposa en un hecho doloso. La participación es siempre dolosa.

Es posible la participación en la tentativa, siendo necesario, para su punición, que se trate de tentativa punible.

Los diversos problemas que se refieren a este tema, es decir las relaciones, circunstancias y calidades personales que prevé el tipo y que no sean problemas de culpabilidad encuentran su solución aplicando el

principio de la accesoriedad limitada: el partícipe contribuye no sólo casualmente sino finalmente.

VII. LA INSTIGACIÓN

Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso, es decir, interviene determinando el hecho delictivo de otro. La instigación es referida frecuentemente “como autoría intelectual”.

VIII. LA COMPLICIDAD

La doctrina ha observado al cómplice como la persona que presta dolosamente auxilio o cooperación en el injusto doloso de otro.

La propia doctrina en la materia se ha referido a los cómplices primarios y secundarios, naturalmente en relación con lo dispuesto en las respectivas leyes de los países.

Se dice que es “cómplice primario” el que presta auxilio o cooperación materialmente necesario para la comisión del hecho lo que genera confusión entre la complicidad primaria y la coautoría. En la “complicidad secundaria”, que sólo puede consistir en cooperación, se puede dar en dos formas: la cooperación a la ejecución y la cooperación posterior a la ejecución, por acuerdo anteriormente prometido. El auxilio es una prestación de ayuda en tanto que la cooperación es la prestación de ayuda tácita o expresamente aceptada.

IX. EL ENCUBRIMIENTO

Otro tema relacionado con la autoría y la participación es el vinculado con la persona del encubridor. En términos de la ley penal mexicana, el encubrimiento aparece recogido en el artículo 400, como un delito autónomo e independiente respecto de la responsabilidad de quienes intervienen en la comisión de un delito, en la medida en que el encubridor ya no interviene en la comisión del delito, como ocurre con el partícipe o el autor, sino que su conducta es posterior, si bien relacionada con el delito cometido, sin que exista acuerdo previo. Así, con razón, la ley lo prevé como delito independiente, denominado “encubrimiento”, que si bien puede aparecer relacionado con aquél, dentro de una concepción amplia de la secuela del *iter criminis* en una perspectiva criminológica, sin embargo, desde la perspectiva penal, implica la comisión de un delito ajeno e independiente.

El delito de encubrimiento aparece previsto en dos formas básicas de regulación: a) el encubrimiento por receptación (artículo 400, fracción I); y b) el encubrimiento por ocultamiento o cooperación (artículo

400, fracción II, III y IV). El primero se refiere a la conducta de quien, con ánimo de lucro y con posterioridad a la ejecución del delito, sin haber participado en aquél, adquiera o reciba el producto a sabiendas de la circunstancia de ser un objeto robado; el segundo caso, es relativo a quien oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito, le preste auxilio o cooperación de cualquier especie o requerido por las autoridades no preste el auxilio para la investigación de tales delitos y la persecución de los responsables. También abarca el caso de quien oculta los objetos robados.

Como se observa la característica fundamental del encubrimiento deriva de que la conducta prohibida implica una conducta realizada con posterioridad a la comisión del delito y conforme a un proceso causal y final del todo independiente, que es totalmente ajena al delito con el cual se relaciona, en la inteligencia de que si tienen conocimiento de ella, no se estaría en el caso del encubrimiento, sino precisamente en el caso del participe previsto en términos de la fracción VII del artículo 13. El propio artículo previene, en un segundo párrafo, una excusa absoluta para el caso de los ascendientes, descendientes, consanguíneos o afines, para el cónyuge, concubina, concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo y también para los que están ligados con el delincuente, por vínculos de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivadas de “motivos nobles”.

La fracción y del propio artículo 400 previene, en su primer párrafo, la figura de un delito de omisión impropia o de comisión por omisión que pone a cargo de todos los miembros de la sociedad una obligación abierta, cuyo fundamento parece ser un objetivo de solidaridad social.

Tal dispositivo expresa:

Quien no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

En su momento se ha hablado también de los encubridores. En México, el Código Martínez de Castro recogió las figuras de encubridores primario, secundario y terciario.

X. LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA VIGENTE SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Frente a la complejidad que plantea el tema de la responsabilidad de las personas relacionadas con la comisión de un delito y que, según

observado, de lo anteriormente expuesto y siguiente numeral relativo a la evolución legislativa de la autoría y la participación en México, ha llevado a un amplio desarrollo doctrinal sobre el particular. La ley penal mexicana en sus reformas de 1983 y 1994 procuró incorporar una regulación bastante específica de la materia, a través de la expresa conceptualización de las personas responsables de la comisión de un delito, en ocho fracciones diferentes del artículo 13, del código penal y estableciendo las bases de una diferente punibilidad para ellas, atento a lo dispuesto en el artículo 64 bis del propio ordenamiento penal. A su vez, ciertas características específicas aparecen también recogidas en el artículo 14 siguiente.

Así, el código penal de 1931, fije reformado en el año de 1984, en su artículo 13, por cuya vía se incorporó la regulación notablemente más clara acerca de la autoría y la participación, que modificó a la preexistente, que aparecía desarrollada en la línea de la doctrina tradicional que habían recogido las anteriores leyes penales mexicanas, según se relata en el numeral siguiente:

El artículo 13 del Código penal expresa:

Fracción I. Los que acuerden o preparen su realización;

Fracción II. Los que lo realicen por sí;

Fracción III. Los que lo realicen conjuntamente;

Fracción IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

Fracción V. Los que determinen dolosamente a otro cometerlo

Fracción VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

Fracción VII. Los que posteriormente a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

Fracción VIII. Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

En síntesis, el concepto de autor aparece previsto en el artículo 13, fracción II, con la expresión: “Los que lo realizan por sí”. Esta fórmula supera la del texto derogado donde sólo se expresaba que responsables de los delitos, los que intervienen en la concepción, preparación y ejecución de ellos”, lo que generó no pocas confusiones y cuestionamientos. En efecto, no es posible “intervenir” en la mente de los demás, cuestión que el nuevo texto ya no discute.

El código penal en la fracción I reformada centra su atención en el entendimiento de que la autoría y la participación sólo son dables a partir del injusto típico, cuyo límite mínimo de punibilidad es el que

deriva de la tentativa. Así, expresa: la fracción 1, “acuerdan o preparan la realización del delito”, necesariamente se refieren al delito cometido. La fracción III del artículo 13 expresa: “los que lo realizan conjuntamente”. Regula el caso de la coautoría. Al respecto cabría observar si con esta fórmula es necesario que cada uno de los coautores realice por sí el hecho típico o bien, si es factible la división del trabajo en esa realización del delito (coautoría sucesiva). Estimamos que con apoyo en la teoría a objetiva final, a partir del concepto del dominio del hecho, no existe dificultad en entender que el delito aparece cometido en todo su conjunto y, así, son responsables como autores, quienes intervienen en la realización, que no necesariamente ha de ser completa de cada uno, sino que permite la división. Con anterioridad la coautoría aparecía derivada de la misma fracción 1 mencionada.

La fracción IV del artículo 13 expresa: “Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”.

Claramente se refiere a la figura del autor mediato, sin dejar dudas acerca de su concepción y alcance, como la persona que utiliza a otra como instrumento, para realizar el injusto típico. Es la figura de la *lunga manus* de que se ocupó la doctrina clásica. Quien actúa como instrumento puede ser un imputable o inimputable y sólo se requiere su obvio desconocimiento acerca del fin delictivo en que interviene. La fracción y del artículo 13 expresa: “Los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo”. Hace referencia a la figura del instigador (autor intelectual) que con claridad queda identificado en esta fórmula. Esta forma de participación sustituye a la del texto reformado que hablaba de “inducir o compeler a otro”, con lo que confusamente parecía ocuparse de los casos del partícipe instigador y del autor mediato. La fracción VI del artículo 13 con la fórmula “Los que intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión”, hace referencia al cómplice como forma de participación en la comisión del delito. Son los cómplices y los auxiliadores que dolosamente participan en el hecho ajeno, observándolo precisamente como el acto de otro y no la ejecución de un acto propio. Son personas que no tienen el dominio del acto, pero sí intervienen para su realización.

La fracción VII del artículo 13 se refiere a una forma particular de la complicidad caracterizada por su manifestación de auxilio posterior a la ejecución del hecho típico, si bien en cumplimiento de una promesa anterior, con lo que obviamente queda en claro su conocimiento, desde un inicio, acerca del hecho delictivo. Naturalmente el auxilio posterior, sin conocimiento previo, origina no la participación sino el encubrimiento. Finalmente la fracción VIII del artículo 13 del reformado incluye la figura de la “complicidad correspectiva” o autoría indeterminada, con

la expresión “cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito, sin estar precisado el daño producido por cada uno de ellos.”

En la reforma a la ley penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 quedó incorporada la adición del artículo 64 bis del código penal, por virtud de la cual se establece una diferencia en la punibilidad de las personas que aparecen mencionadas como responsables en la comisión de un delito en las primeras seis fracciones, respecto de la que sufren quienes intervienen en los términos (le las fracciones VI, VII y VIII y que concretamente hacen referencia, respectivamente, a las figuras del autor y del partícipe. Así, en México, los autores que intervienen en la comisión de un delito, individual o conjuntamente sea con las características que permiten reconocerlos como autores directos o mediatos o bien como autores intelectuales, independientemente de que doctrinalmente se les reconozca o no como autores, por ajustarse o no a la concepción que se tenga acerca de éstas, lo cierto es que, atento al texto expreso de la ley penal mexicana, por corresponder a una de las primeras seis fracciones, sufrirán la pena correspondiente a la prevista en el intervalo de punibilidad recogido por el delito doloso de que se trata, debiendo entenderse que se trata de “autores” y no de “partícipes” (la teoría que al respecto resulta más armoniosa es, precisamente la final objetiva a que se hizo mención). En cambio, quienes reúnen las características recogidas en las tres últimas fracciones, en los términos del artículo 64 bis, serán castigados con una pena cuyo máximo es de hasta las tres cuartas partes de la pena del delito correspondiente.

Tal regulación aparece también completada, en términos de lo dispuesto en el artículo 51, párrafo segundo, del código penal, que entre las bases de las reglas para la individualización de la pena, señala: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimos y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

En consecuencia, el límite de la punibilidad prevista para los partícipes, en términos de lo dispuesto por el artículo 64 bis, deberá ser entendido a partir de los límites mínimo y máximo, previsto para el delito de que se trate. (Vgr.: en el homicidio simple, con una penalidad de ocho a veinte años de prisión, conforme al artículo 307 del ordenamiento penal, deberá entenderse que el partícipe, tendrá una pena cuyo

intervalo corresponda desde las tres cuartas partes del mínimo, hasta las tres cuartas partes de la punibilidad señalada, es decir, de 6 a 15 años).

XI. EL DELITO EMERGENTE

Una última figura que merece ser comentada en relación el estudio de las personas responsables de los delitos es el “delito emergente”, previsto en el artículo 14 del Código penal, que expresa:

Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

Fracción I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria natural de este, o de los medios concertados.

III. Que no haya sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito.

IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

En términos del artículo 14 señalado, delito emergente es el nuevo delito que se comete durante la realización de otro delito, conforme a un proceso causal del todo independiente y diferente y siempre que concurran las características señaladas en las fracciones siguientes del mismo dispositivo penal.

Independientemente de la pobre técnica que utiliza el legislador en el referido artículo, el cual incluso aparece redactado en forma confusamente negativa, en realidad las referidas fracciones son una consecuencia lógica de la figura jurídica en cuestión, ya que si el referido delito “emerge” o nace durante el proceso de realización de otro delito es natural que para responsabilizar a los partícipes en el mismo delito emergente, el punto de partida debe ser su posible previo acuerdo, o bien su aceptación acerca de la posibilidad de realización del nuevo delito, unido al hecho de que el nuevo delito hubiese podido ser medio para la comisión del principal o bien su consecuencia necesaria o natural o de los medios concertados y, de aquí, también, la relevancia que puede tener el haber estado presente o no en la ejecución del nuevo delito y, en su caso, siendo así, de que se hubiese hecho lo posible por evitarlo o impedirlo o bien, se hubiese admitido expresa o tácitamente su realización.

XII. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MÉXICO SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La evolución legislativa de la autoría y la participación en México, observa el perfil general siguiente:

El código penal de 1871.

Artículo 48. Tienen responsabilidad criminal:

- I. Los autores del delito.
- II. Los cómplices.
- III. Los encubridores.

Artículo 49. Son responsables como autores de un delito:

1. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquellos de su autoridad o poder, o valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, o culpables maquinaciones o artificios.

II. Los que son la causa determinante del delito aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros lo cometan.

III. Los que con carteles dirigidos al pueblo, o haciendo circular entre este manuscritos o impresos, o por medio de discursos, ni público, estimulan a la multitud a cometer un delito determinado; si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas.

IV. Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado.

V. Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encamina inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse.

VI. Los que ejecutan hechos que, aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente.

VII. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbar que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

Artículo 50. Son responsables como cómplices:

I. Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas u otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquiera otro modo la preparación o la ejecución; si saben el uso que va hacerse de las y de los otros.

II. Los que, sin valerse de los medios de que habla el párrafo I del ar

título anterior, emplean la persuasión, o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito; si esa provocación, es una de las causas determinantes de éste, pero no la única.

III. Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria.

IV. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga. o protegen de cualquier manera la impunidad; si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito.

V. Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, y debiendo por su empleo o cargo impedir un delito o castigarlo, no cumplen empeñosamente con ese deber.

Artículo 51. Si varios concurren a ejecutar un delito determinado, y alguno de los delincuentes comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros; éstos quedarán enteramente libres de responsabilidad por el delito no concertado, si se llenan los cuatro requisitos siguientes:

I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados.

III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito.

IV. Que estando presentes a la ejecución de éste, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, si lo podían hacer sin riesgo grave e inmediato de sus personas.

Artículo 52. En el caso del artículo anterior, serán castigados como autores del delito no concertado, los que no lo ejecuten materialmente, si faltare cualquiera de los dos primeros requisitos que dicho artículo exige, pero cuando falte el tercero o el cuarto, serán castigos como cómplices.

Artículo 53. El que, empleando los medios de que hablan los párrafos lo., 2o y 3o. del artículo 49 y párrafo 2o. del 50, compela o induzca a otro a cometer un delito; será responsable de los demás delitos que cometa su coautor o su cómplice solamente en estos dos casos:

I. Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal;

II. Cuando sea consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

Pero ni aun en estos dos casos tendrá responsabilidad por los nuevos delitos, si éstos dejaran de serlo si él los ejecutara.

Artículo 54. El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos lo, 2o. y 3o. del artículo 49 y párrafo 2o. del 50, provoque o induzca a otro a cometer un delito; quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consuma.

Si no lo consigue, pero acredita haber empleado con oportunidad medios

notoriamente capaces de impedir la consumación se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecería sin esa circunstancia.
En cualquiera otro caso se le castigará como autor o como cómplice, según el carácter que tenga en el delito concertado.

Artículo 55. Los encubridores son de tres clases.

Artículo 56. Son encubridores de primera clase:

Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

- I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose de los unos o de los otros los encubridores:
- II. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito, o que se descubra a los responsables de él;
- III. Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida.

Artículo 57. Son encubridores de segunda clase:
1o. Los que adquieren alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de ésta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I. Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella;

II. Que habitualmente compren cosas robadas.

2o. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 58. Son encubridores de tercera clase:

Los que teniendo por su empleo o cargo, el deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones 1 o. y 2o. del artículo 56, u ocultando a los culpables.

Artículo 59. No se castigará como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuge o parientes colaterales del delincuente, ni a los que le deban respeto, gratitud o estrecha amistad, aunque oculten al culpable o impidan que se averigüe el delito, si no lo hicieren por interés, ni emplearen algún medio que por sí sea delito.

El Código penal de 1929.

Artículo 36. Tienen responsabilidad penal:

- I. Los autores del delito;
- II. Los cómplices, y
- III. Los encubridores.

Artículo 37. Son responsables como coautores de un delito:

- I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan por sí mismos;
- II. Los que conciben un delito, resuelven cometerlo, lo preparan o ejecutan por sí o por medio de otros, compeliendo o induciendo a éstos a delinquir por abuso de autoridad o por poder, o por medio de la violencia física o moral, o culpables de maquinaciones o artificios;
- III. Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución. y se valgan de otros medios, diversos de los enumerados en las fracciones anteriores, para que otros lo cometan;
- IV. Los que por discursos, escritos o por cualquier otro medio, estimulan a la multitud a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen vagamente las víctimas.
- V. Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado.
- VI. Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no pueda consumarse.
- VII. Los que ejecutan hechos que aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente; y
- VIII. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o sancionar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbar que lo cometa, o a procurarle impunidad en el caso de ser acusado.

Artículo 88. Son responsables como cómplices:

- I. Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas, u otros medios adecuados para cometerlo o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o la ejecución, si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros;
- II. Los que, sin valerse de los medios de que hablan las fracciones I y II del artículo anterior, emplean la persuasión, o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de ésta, pero no la única;
- III. Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria;
- IV. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la higa o protegen de cualquiera manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito, y
- Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que se va a cometer el delito, y debiendo por su empleo o cargo impedirlo, no cumplen con ese deber.

Artículo 39. Si varios concurren a ejecutar un delito determinado y alguno de los delincuentes comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, éstos quedarán enteramente libres de responsabilidad por el delito no concertado, si se llenan los cuatro requisitos siguientes:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes de que se iba a cometer el nuevo delito, y
- IV. Que estando presentes a la ejecución de éste, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, si lo podían hacer sin riesgo grave e inmediato de sus personas.

Artículo 40. En el caso del artículo anterior, también serán considerados como autores del delito concertado; los que no lo ejecuten materialmente, si faltare cualquiera de los dos primeros requisitos que dicho artículo exige. Pero cuando falte el tercero o el cuarto serán considerados como cómplices.

Artículo 41. El que empleando alguno de los medios de que hablan las fracciones II a IV del artículo 37 y II del artículo 38, compela o induce a otro a cometer un delito, será responsable de los demás delitos que cometa su coautor o su cómplice, solamente en estos dos casos:

- I. Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal, y
- II. Cuando sea consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

Pero ni aún en estos dos casos tendrá responsabilidad por los nuevos delitos, si éstos dejaren de serlo si él los ejecutara.

Artículo 42. El que, por alguno de los medios de que hablan las fracciones II a IV del artículo 37 y II del 38, provoque o induzca a otro a cometer un delito, quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consume.

Si no lo consigue, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumación, se le impondrá de un décimo a un cuarto de la sanción que merecería sin esa circunstancia, según las modalidades del caso y la temibilidad revelada. En cualquier otro caso se le impondrá la sanción que le corresponda como autor o cómplice.

Artículo 43. Se consideran encubridores:

1. Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

Primero. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose ellos mismos de los unos o de las otras.

Segundo. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o que se descubra a los responsables de él.

Tercero. Ocultando a éstos, si anteriormente han hecho dos o más ocultaciones, aunque de ellas no haya tenido conocimiento la autoridad o si obran por retribución dada o prometida;

- II. Los que adquieren para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esa circunstancia, si concurren las dos siguientes;

Primera. Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella.

Segunda. Que habitualmente compren cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas, al que efectúe dichas compras tres o más veces distintas;

- III. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir un delito o de aplicarle una sanción, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en la fracción I de este artículo.

- IV. Todos aquellos que, con propósito de especulación mercantil, adquieren o reciben en prenda alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque prueben que ignoraban esta circunstancia, si no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella; debiendo consistir dichas precauciones en dar aviso previo a la autoridad o en exigir fianza de persona abonada y de arraigo que se constituya responsable del valor de la cosa, si ésta resultare objeto o efecto de un delito, siempre que por las circunstancias del poseedor o por el valor o naturaleza de la cosa sea de presumirse una asociación delictuosa, y

- V. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir la comisión de un delito o aplicarle una sanción, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en los incisos Primero y Segundo de la fracción I de este artículo, u ocultando a los responsables.

Artículo 44. No se considerarán como encubridores, aunque oculten al delincuente o impidan que se averigüe el delito, siempre que no lo hicieren por interés bastardo ni emplearen algún medio que por sí sea delito:

- I. A los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- II. Al cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- III. A los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

El código penal de 1931. (Título Primero: Capítulo III).
Personas responsables de los delitos.

Artículo 13. Son responsables de los delitos:

- I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.
- II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.
- III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera su ejecución, y ,
- IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxiliien a los una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.

El código penal (le 1931 reformado. (Reformas de 1983 y 1994) (artículo 13).

Fracción I. Los que acuerden o preparen su realización;

Fracción II. Los que lo realicen por sí;

Fracción III. Los que lo realicen conjuntamente;

Fracción IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

Fracción V. los que determinen dolosamente a otro cometerlo

Fracción VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxiliien a otro para su comisión;

Fracción VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

Fracción VII 1. Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los efectos a que se refiere las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.

El artículo 64 bis, expresa:

En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

El artículo 14, también relacionado haciendo referencia al “delito emergente”, expresa:

si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo de los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

Fracción 1. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

Fracción II. Que aquél no sea tilia consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

Fracción III. Que no hayan sabido antes de que se iba a cometer el nuevo delito; y

Fracción IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

CAPITULO TRIGÉSIMO Y PRIMERO

EL CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO: I. Concepto. II. Delito continuado. III. Concurso real. 1. el problema. 2. criterios de imposición de la pena en el concurso de delitos. IV. Concurso ideal.

I. CONCEPTO

Concurso significa diversidad, pluralidad. Concurrir significa convergencia o intervención de varios.

En el derecho penal se habla así, de "concurso de personas" en el delito, cuando más una persona interviene su comisión; de "concurso de normas", cuando un mismo hecho aparece en principio regulado por diversas normas, siendo necesario determinar cuál de entre ellas es aplicable; y se habla también de "concurso de delitos", ante la realización de diversos delitos. En resumen, por concurso delitos se entiende la pluralidad de conductas resultados delictivos, cometidos por una persona (o varios, en cuyo caso habrá también un concurso de personas).

En la comisión del delito, en general, son susceptibles de plantearse las siguientes hipótesis, algunas de las cuales generan la problemática jurídico penal del concurso delitos:

- a) hipótesis del delito simple:
Unidad de conductas y de resultados delictivos;
- b) hipótesis del delito continuado:
Pluralidad de conductas y unida de resultados delictivos;
- c) hipótesis de concurso ideal informarle delitos:
Unidad de conducta y pluralidad de resultados delictivos; y
- d) hipótesis de concurso real o material de delitos:
Pluralidad de conductas y de resultados delictivos.
- e) unida de conducta y resultado típico. Es el caso del delito Singular y simple que se presenta cuando, con una sola acción, una persona comete un solo delito.

Se plantea así, sin embargo, la necesidad de dejar precisa el concepto del acción y su alcance, lo que naturalmente exige aclarar la problemática derivada de la pluralidad de "actos", que integran una sola "acción", situación que la realidad social representa el caso más frecuente irregular y que, naturalmente, es ese timbre de plantearse tanto en el caso del delito simple comando de los concursos.

Si por "Asia", "conducta" o "comportamiento" se tiene la voluntad exteriorizada finalísticamente determinada, este significa que lo que en cada conducta es precisamente la finalidad de la voluntad que se traduce en el movimiento serio realizado, la exteriorización de la voluntad puede estar conformado por no varios actos, entendidos como la serie de movimientos fisiológicos y musculares realizados para la consecución del fin que implica la acción como concepto unitario, (vgr.: si una persona pretende regresar a su domicilio -- acción de regresar a casa -- en el contexto del acción, se incluirán todos los actos realizados a dicho fin, ni nos implican desde salir de la oficina en que se encuentra laborando, cerrarla, subirá su vehículo, arrancar el motor, ponerle movimiento y transitar por las calles con destinos domicilio, llegará este, bajas del vehículo y serrano, abrir la puerta de la casa e introducirse en ella, etcétera; toda esta diversidad de movimientos literatos quedan comprendidos dentro de un único contexto conceptual de lo que es la "conducta" o "acción" de la persona que regrese su domicilio).

En realidad, cuando acontece que en el concepto mismo de la "acción", "comportamiento" o "conducta" es ambivalentes: lo mismo puede implicar su contenido la referencia a un solo a "actos", que referir, o una concatenación de hechos que identifican la conducta finalísticamente determinada de la persona.

El contenido del concepto de la conducta o acción, por otra parte, en su ambivalencia es susceptible de presentarse, abarcando lapsos de tiempos que son variables; así, a manera de ejemplo, lo mismo se puede hablar del acción de un gobernante, para hacer referencia a sujeción como gobernante dentro del periodo en que fungió como tal, lo que naturalmente puede significar algunos de varios años; cómo referirse con la misma expresión al comportamiento o conducta completa de la vida de un hombre; o bien, igualmente puede ser utilizada la expresión para referirse a un acción concreta que impone la manifestación de voluntad, finalmente determinada, conforman la definición inicialmente señalada y lo que lo mismo puede implicar, la realización un acto o bien, como ocurre habitualmente, la realización de varios actos. Así, cuando el caso del delito de homicidio es esa referencia la "ac-

ción homicida", lo mismo puede implicar tal conducta, la exteriorización instantánea e inmediata de una persona, que sin más saca un arma y dispara en contra de otra, como también puede hacerse referencia, al acción más reflexionar o premeditado de una persona que desean a privar de la vida otra, primero se informa acerca de las características es unida, posteriormente lo sigue por las zonas a las que regularmente acude, aquí del alma para cumplir sus fines homicidas y finalmente, en cierto día, la espera y comete la homicida. Tanto en un caso no en el otro, se habla de una conducta de homicidio, independientemente de las características de la singularidad o pluralidad de actos que implican el concepto unitario de acción, naturalmente, en forma independiente de la relevancia penal que pueden guardar en relación con el ámbito situacional en que se desarrolló comportamiento y que se traduce en el estudio de las circunstancias.

Á la vez, la persona que desean matar a otra, a base de golpes de puñal, lo mismo comete un solo homicidio con un golpe mortal del puñal, que se alcanza su objetivo descargar diversos golpes de puñal, hasta producir resultado de muerte.

Esta situación que en principio no pares original mayor confusión, puede la práctica plantea dificultades, sobre toda relación con la figura del delito continuado y también con el concurso de delitos, especialmente en el concurso real.

La ley penal mexicana regula el caso en cuestión al conceptual el delito y ocuparse de sus diferentes formas de comisión

Establece el artículo siete del código penal: "delito es el acto comisión que sancionará leyes penales".

En los delitos de resultado material también será atribuible al resultado típico producido altamente impedirlo, si éste tenía el deber jurídico evitarlo. En estos casos se considerará que al resultado es consecuencia la conducta homicida, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber vector para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su protector presidente. Dentro de ese orden de ideas el delito es:

I: *instantáneo*, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se ha realizado todos sus elementos constitutivos.

II. *Permanente o continuo*, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, aquí

III. *Continuado*, cuando comunica el propósito delictivo y pluralidad de conducta se viola el mismo precepto legal.

II. DELITO CONTINUADO

Un caso especial de la figura que se comenta ese delito permanente o continuo, también revisen artículo siete, fracción segunda, en donde si bien será una sola conducta que produce un solo resultado típico, se observa, como característica específica, a diferencia del delito instantáneo, que es el que se produce consuma en el momento mismo de la realización de la conducta típica que causa resultado típico, en el cual se presenta las oriente de instantáneo simple e instantánea de efectos permanentes; en el delito permanente o continuo, en cambio, la conducta típica, al ser realizada y producir resultado típico, da inicio, aún estado de antijuridicidad ese continúa y prolonga en el tiempo, durante un lapso es variable, hasta que el propio sujeto activo o un tercero, realiza una nueva conducta queda por concluido el estado de antijuridicidad y de consumación permanente del delito explicaba (vgr.: el delito de secuestro, donde la conducta típica se realizan el momento de perpetrar el secuestro, pero tal delito se prolonga en el tiempo, es decir se sigue cometiendo de manera ininterrumpida, en un "tracto sucesivo" hasta que la persona es nuevamente puesta en libertad, sea por el misma gente o bien por un tercero).

El código penal de 1871, formuló en su artículo 28, la definición del delito continuo: "llame se delito continuado aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, relacionó la omisión que constituye el delito".

El código penal de 1929, en su oportunidad, transcribió en su artículo 31 el concepto del delito continuo hace ese referencia código penal en el sin 71, es artículo 28, antes mencionado, al cual, sin embargo, agregó un nuevo elemento que modifica el sentido anterior "para apreciar la continuidad se deben tener en cuenta no sólo las acciones materiales, sino la intención del delincuente", ese último elemento introducía un elemento intencional o psicológico que modificó el criterio anterior.

La figura del delito continuado al parecer no fue conocida por el derecho romano. Fue con posterioridad, en la época de los prácticos italianos, particularmente farinaccio, cuando surge, cuando lo queja de disminuir la dureza de la finalidad existente en la época sobre todo para aminorar la aplicación de la pena de muerte al autor del tercer hurto según preveía la legislación del tiempo de la época; en ese orden de ideas, se sostuvo como la comisión de un solo delito, cuando se ubicaba en un mismo lugar, aún cuando en tiempos distintos, pero de una manera "continuada". No obstante lo anterior, éstas partícipes del siglo 19, cuando se desarrolló la polémica orientada la definición de

Este concepto, época en la cual en la definición del mismo se aprovecharon criterios que oscilaron entre una concepción "objetiva" y otra "objetiva", para explicar el concepto de la "unidad" de las diversas acciones que no configuran.

El criterio subjetivo relacionó el concepto del delito continuado con la "intención", "propuesta" o "designios", como fundamento que la caracteriza y distingue. Por concepto de la unidad de propósito no prescinde de otros elementos objetivos para estructurar la nación del delito continuado, sin embargo, si afirma que éstos carecen de significación sin el criterio subjetivo. Así, entre otros, Mittermaier y Pessina hacen referencia la figura refiriendo que la pluralidad de los actos ejecutados en tiempos diversos constituyan la exteriorización de unidad de propósito.

El criterio efectivo, en sentido diverso del anterior, se orientó a intentar la explicación de la unidad de las diversas conductas, con apoyo en el concepto del interés protegido en el del la anualmente erigida. Así, se firmó la unidad del delito en el concepto del unidad el bien jurídico o en la identidad del tipo violado.

En síntesis, como elementos del delito continuado, aparecen: primero: una pluralidad de conductas, la que naturalmente, debe distinguir ser el concepto de la pluralidad de actos que integran una sola acción y que no tienen autonomía entre sí, como expresión de la voluntad, razón por la cual conforma la nación de una sola acción, concepto que si se menciona en el apartado anterior. Acaso, una de las expresiones más convenientes que se han dado para precisar esa situación deriva de razonamiento que entiende al acción a partir el concepto de la "actuación completa": la conducta es la actuación completa de la voluntad del autor, en relación con el delito, razón por la cual el concepto de acto se constituyen una parte o momento del acción. Respecto del lapso de tiempo que debe transcurrir entre cada uno de los actos para que sean constitutivos en acción, no existe periodo límite, siendo importante, que las acciones constituyan la expresión misma de la resolución delictiva.

Segundo: la unidad de propósito. Independientemente de su denominación, toda vez que la refiere también como la unidad de plan, unidad de resolución, unidad de designio, desierto que se presenta, segundo elemento diferenciador delito continuado. La unidad de propósito sirve como conexión entre las diversas acciones, para dar a éstas, el tratamiento de un delito único.

Tercero: identidad de lesión al bien jurídico. Se discute cerca de la necesidad de la unidad de la lesión al bien jurídico, o si el delito conti-

nuado puede plantearse si la presencia electrónica. En general la opinión mayoritaria es la de la idea de que existe exigible la unidad de la lesión al bien, aún en tipos distintos como puede ser los básicos que los complementados (vgr.: robo y robo con violencia).

Cuarto: unidades sujeto pasivo: se disiente acerca de la pertinencia (para cerrar la amplitud el concepto), de delimitar la figura del delito continuado, con la exigencia en la unidad del pasivo.

Por cuanto se refiera la consumación, se observa que el delito continuado se consuma cuando se integran todos sus elementos constitutivos y, específicamente su momento consultivo será partir del momento en que aparecen dadas la pluralidad de conductas típicas que integran, en la inteligencia de que entre otras no existen un lapso fijo de tiempo, sino que éste es discontinua, por lo que no puede hablarse de un "tracto sucesivo" a diferencia del delito continuo o permanente en donde el período consuma activo si es continuo y se da una sola conducta en una pluralidad de ellas. En realidad, lo cierto es que resulta difícilmente concretizable cual esta última conducta, pues ésta se rige sólo por la consecución de propósito.

La explicación acerca del delito continuado aparece informado fundamentalmente por vía de dos criterios: la teoría de la ficción; y la teoría de la unidad real.

Teoría de la ficción: considerar que se conjunto de acciones integrantes del delito continuado constituyen en realidad una suma de acciones que se considerará de manera independiente, integran, cada una, la lesión aún bien jurídico y la violación completa de la respectiva norma penal junto la unidad, en relación con ellos, se integran vía el elementos objetivos, identificando básicamente por la unidad en el propósito criminal, oriente de evitar una innecesaria como nación de sanciones, concluyendo así una fórmula más benévola en la atenuación de la pena, la cual de otra manera resultaría extremadamente elevado. Esto obedece, sin embargo, a una ficción jurídica, toda vez que la ley da el tratamiento del delito único, aún conjunto de acciones que en el orden material integrarían una pluralidad de delitos autónomos.

Teoría de la unidad real: en oposición a la presente afirma que nos delito continuado sí responde aún unidad verdadera en la realización de la conductas. Así, observa, prueba de ello es que no pocos países del mundo aún cuando no la recogen expresamente sus leyes, sino en la doctrina y en la jurisprudencia, hacen referencia la misa de ese al silencio de la ley, en manera tal que en lugar de aplicar una pena acumulada se procura la aplicación de una pena única. Resulta bastante clara la unidad de propósito que podría avalar al concepto de la uni-

dad real, como son los casos de las personas que se proponen a robar el collar de perlas, para lo cual sustraer cada semana una perla; o bien extranjero que se propone sustraer la cantidad de \$20,000 para pagar el costo de intervención quirúrgica de la madre, para lo cual sustraer diariamente una pequeña cantidad que puede resultar desapercibida; es lo cierto, sin embargo, no se existe ser interpretado con especial cuidado, atiende no caer en interpretaciones izquierdas que se traduzcan en una puerta falsa a la impunidad, procurando fuerzas aplicación a situaciones que exigen ser resueltas a la luz el concurso.

En esa opinión, resulta más apropiada la teoría de la ficción, cuyo fundamento se explica en atención al objetivo de unidad punitiva que permite evitar la aplicación de penas que puedan resultar excesivas, en ocasiones incluso mucho más prolongadas que la vida natural del ser humano, y teniendo en cuenta que precisamente el principio de humanidad del derecho general exige tener presente en el rigor de la imposición penal no puede ser medido sólo un sentido matemático, teniendo en cuenta que se trata de la imposición de penas a seres humanos, por lo que este considerarse el objetivo de la eficacia de los fines del derecho y de la justicia penal, para la convivencia, en función de la seguridad jurídica, a la vez que, debe tomarse en cuenta que el rigor de la pena se incrementa con el paso del tiempo y por este, no puede ser calculada sólo en sentido matemático. La sección de la realidad el contenido de la teoría de la ficción, por otra parte, a nuestro parecer no demerita el reconocimiento de que el encuadramiento de la figura del delito continuado, desde su perspectiva conceptual, se entienden razón de la unidad de propósito.

En síntesis, nos parece que vale atender la interpretación del delito continuado de manera restrictiva, de manera tal, que, por una parte, se reconozca que no debe de ópera respecto del delito son de los fines jurídicos protegidos son personalísimos y, en el mismo en ideas, acaso también la conveniencia de la limitante en la unidad del pasivo. (vgr.: si bien no parece haber ninguna dificultad de considerar como delito continuado, en el caso de la pluralidad de conductas cometidas por el autor, que suponen el robo de pequeñas cantidades de dinero hasta reunir la cantidad buscada para cubrir el importe de la operación de la madre gravemente enferma, en la inteligencia de que no le es posible probar el dinero con una sola conducta, a riesgo de ser fácilmente descubierto, por otra parte, resulta muy delicado que nos parece cuestionable, interpretación amplia de éste concepto, como podría serlo la supuesta unidad de propósito criminoso, en el caso del delincuente que como resultado de una molestia y altercado tenida con sus vecinos, decidiera privarlos a todos de la vida, ocasionando así, cinco homicidios distintos

En momentos históricos diferentes que supuestamente se pretendía hacer valer como sólo homicidios por razón de la unidad en el propósito del delito son; aquí, aparece claro el riesgo que se señala). O bien, en el caso de un robo, similar al primero mencionado, con la diferencia de que aquí el propósito del autor, en lugar del interés ser ni dinero para la operación de la madre, cifra su propósito en el deseo de adquirir una mansión de lujo y, así, contar objetivo, comenté cinco o diez robos distintos, afectando sea al mismo sujeto pasivo o bienes sujetos pasivos diferentes; no parece lógico, en estos casos, habla del delito continuado y si reconocer, como ayer precisión, que se trata de un concurso de real de delitos. La diferencia, se observa, es más cuantitativa que cualitativa. En

Finalmente, en relación con interpretación del texto de la ley penal, hacen sólo después el artículo séptimo, antes señalado, mismo que corresponda la reforma de 1983, debe entenderse que los tres elementos que actualmente exige la conducta del delito continuado son: a) una pluralidad de conductas; b) una unidad de propósito delictivo; y c) una unidad en la violación de la norma penal correspondiente, lo que naturalmente implica unidad de lesión al bien jurídico penalmente protegido.

III. CONCURSO REAL

1. *El problema*

El artículo 18 del código penal, conforme con su texto reformado en el año de 1983 expresamente señala: "existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". Como se observa, es en la segunda parte del artículo señalado donde aparece previsto el artículo del concurso real.

Atenta su texto, sus elementos son:

Pluralidad de conductas;

Realización de las conductas en tiempos diversos;

Producción de diversos resultados delictivos.

El texto derogado del código penal, establecía en el mismo artículo 18: "hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, sino sea pronunciado ante sentencia revocable y la acción para perseguir los no está escrita". Esta anterior regulación, observaba un contenido eminentemente procesal, el cual desde la perspectiva sustantiva, corresponda la figura del concurso real de delitos.

El artículo 64, relativo a la punibilidad del concurso, refiere en su párrafo segundo:

En caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellos son de diversa especie. Si son de la misma especie, se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más.

En relación con las características del concurso de delitos, en todo cuanto se refiere el contenido de la pluralidad que conductas el contenido conceptual de la conducta misma, que puede estar conformada por una pluralidad de actos, así, relación con las razones explican la adopción de criterios que suponen la disminución de la pena, en obvio de repeticiones no remitimos a los señalado en dos apartados anteriores de este mismo capítulo, relativos al delito simple delito continuado.

El concurso de delitos es una figura jurídica que tiene por objeto dar un tratamiento especial, en ordenada penalidad, a la comisión de un número plural de delitos cometidos por mis autor, se ha que tal pluralidad de delitos de dividir la sola conducta, o bien que sea consecuencia de la pluralidad de éstas. Así, es el criterio del imposición punitiva, la nota más característica en el concurso de delitos.

2. Criterios imposición de la pena en el concurso de delitos

Estos criterios son los siguientes:

Sistema de cúmulo material a la pena. Este sistema tan conocido como del acumulación material de las penas, consiste en la aplicación de todas las penas que corresponden por cada uno de los delitos cometidos, mismas que deberán ser compurgada simultáneamente, si la naturaleza de las penas lo permite, o bien de manera se siga, cuando las penas sean de la misma especie o su naturaleza sino exija.

Sistema de la absorción de las penas. Este sistema de imposición propone la aplicación de la pena del delito más grave, entre el cual Jesús asume todos los demás delitos, mismas que operan a manera de circunstancias agravante es (*poena maior absorvet minoren*), la pena mayor absorbe la pena menor. Como la señalado algunos autores, en el inconveniente de la misma es que resulte insuficiente, toda vez que establece como límite el máximo de la escala penal del delito más grave, con lo cual deja sin comisión a todos los demás hechos delictivos cometidos.

Sistema de cúmulo jurídico de la pena. Este sistema, también conocido como el del acumulación jurídica de las penas, consiste en aplicación de la suma total de las penas correspondientes a los de los delitos cometidos, siguen estableciendo una cierta reducción proporcional, de

Manera tal que, de acuerdo con el sistema más frecuentemente aplicado, implica la aplicación de la pena por el delito más grave, la cual es incrementada hasta cierto límite o bien dentro del parámetro del límite máximo señalado para la pena de esa naturaleza.

Es importante señalar que en términos de lo dispuesto en el artículo 64, se recoge el criterio del cúmulo material de las penas, si éstas son de diversa especie (primera parte del párrafo segundo), es decir, se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si es que tales penas son de diversa especie. Por otra parte, si las penas son de la misma especie (que es el caso en verdad se da en la realidad social, toda vez que la gran mayoría de los tipos penales previenen penas de prisión o bien, a la prisión y la multa), deberá aplicarse el criterio del cúmulo jurídico (segunda parte, del segundo párrafo), si bien, a la vez, partiendo como base aplicable mínima el criterio del absorción, al cual se abre la puerta en el texto reformado la ley penal, al ser tal *cuaumtun* penal el mínimo fijado para el árbitro judicial que se recoge, de manera tal, que deberá aplicarse la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá ser aumentada hacen una mitad más, siempre que no exceda los máximos señalados en el código para la pena de que se trate (*poena mayor quam exasperatione*).

Es pregunta de la reforma penal en relación con el concurso real de delitos, cuya reversión resulta particularmente confuso, en realidad, incorporó un texto que resultó ser mucho más benigno, hasta el exceso.

Naturalmente existe una clara diferencia entre preveer "el máximo de la pena para el delito de que se trate" que obviamente se refiere al máximo de pena prevista en el intervalo de punibilidad para el delito en cuestión, regulado en el libro segundo del código penal, en todos y cada uno de los tipos delictivos que describe la ley, que la previsión del "máximo de la pena prevista del por el código", la cual aparece señalada, en relación con la pena de que se trate, en el libro primero, título segundo del ordenamiento penal, relativo a las penas y medidas de seguridad.

IV. CONCURSO IDEAL

Es el mismo artículo 18, del código penal, en el que se establece la base de regulación del concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen los delitos".

A su vez, el artículo 64 del código penal, en su primer párrafo hace referencia a la punibilidad está figura, señalando:

En caso del concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más

Del máximo de duración, sin que puede exceder de las máximos señalados en el título segundo de libro primero.

El concurso ideal a diferencia de concurso real se presenta, cuando con una sola conducta se producen varios delitos. Esta definición, es posible derivar los elementos siguientes:

Una conducta única (por acción comisión). Producción de una pluralidad de delitos (pluralidad de resultados típicos). Carácter compatible de las almacenadas. (Elemento lógico toda vez que si se trata de normas incompatibles entre sí, se estará en el caso del concurso aparente de normas, donde diversas normas aparecen ser aplicables a una misma y única conducta típica que causó resultados típicos penal, por lo que en realidad sólo una de ellas está jurídicamente aplicable, ya que existe una sola adhesión al bien jurídico tutelado y, por tanto, la aplicación de más de una de las armas sería violatorio al principio del *non bis in idem*).

La diferencia respecto de concurso real, obedece, precisamente al hecho de que en el caso del concurso ideal performance ocasionó la pluralidad de delitos con una sola conducta típica, en tanto que en aquella deriva de una pluralidad de conductas.

En relación con la punibilidad, como se observa del texto del artículo 64, en el caso del concurso ideal de delitos, la ley penal mexicana recoge criterio del cúmulo jurídico, si bien, a partir del mínimo punible del principio de absorción, que también recoge al igual que en el caso del concurso real, a los que se refiere sin el rodeo, en la práctica casi inútil, de la alusión a la diferencia de la naturaleza de las penas, que sin embargo, en la medida en que encuentren aplicación la diferencia cualitativa de las penas también guardar indudable utilidad. Naturalmente el criterio de comisión merece la misma consideración crítica señalada en relación con el concurso real.

En nuestra opinión, tanto en el caso del concurso real como en el caso del concurso ideal, son susceptibles de presentarse, como clases del mismo, por razón de la forma de adhesión al bien jurídico, el concurso homogéneo y el heterogéneo, que lo mismo pueden afectar al mismo cual diferente pasivo.

El concurso homogénea se refiere al caso en que la pluralidad de delitos ocasionados implica la violación al mismo tipo delictivo, lo que significa la lesión a los mismos bienes jurídicos que el tipo protege (vgr.: la persona que roben varias ocasiones -- concurso real --; o que con el explosivo que arroja, causan daño en propiedad ajena de diversos pasivos -- concurso ideal -- o el daño plural en un solo acto).

El concurso heterogéneo, en cambio, se presenta cuando los delitos cometidos suponen la violación a diversos tipos penales diferentes. Vgr.: el autor en acciones perpetradas en tiempos diversos, en ocasiones roba en otras ocasiones lesiona o mata -- concurso real --; o bien el que con la misma sesión del explosivo que hace estallar, causan lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena -- concurso ideal --.

TERCERA PARTE

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

Y EL SUJETO RESPONSABLE

CAPÍTULO TRIGÉSIMO SEGUNDO

LA CULPABILIDAD

SUMARIO: I. Concepto II. El reproche. III. El contenido de la culpabilidad. IV. Teoría sobre la culpabilidad. 1. Teoría psicológica. 2 teoría normativa. 3. Ferias mixtas. V. el principio de la culpabilidad. VI. Otras concepciones de la culpabilidad. 1. Las tendencia sintomática de la culpabilidad. 2. Culpabilidad por la condición de vida. 3. La culpabilidad del autor de la escuela de Kiel. 4. La co- culpabilidad. VII. El contenido del culpabilidad normativa. VIII. El conocimiento y la comprensión de la antijuridicidad. IX síntesis del concepto de la culpabilidad. X posiciones críticas de la culpabilidad. 1. El problema. 2. Posición doctrinal que niega el concepto de la culpabilidad de procura sustituirlo por otro criterio. 3. Posición que se tala culpabilidad a partir de los fines de la pena. 4. Posición crítica de la culpabilidad implica su aceptación revisada.

I. CONCEPTO

Culpabilidad esos reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica. Este concepto de culpabilidad corresponde a la concepción normativa de la misma.

II. EL REPROCHE

Reproche y reprobación. A reserva de explicar y precisar conceptos, cabe señalar, expresa Zaffaroni, en el sentido reproche de culpabilidad en la idea siguiente: ¿que es reprocha? Porque la persona no se motivó en la normas, habiendo podido hacerlo.

Este es, en síntesis, el sentido de la culpabilidad como reproche (vgr.: una persona se sube un taxi y estando a bordo del mismo, con un cuchillo amenazante exista para que le entrega dinero ganado durante el día y una vez alcanzado ese fin, un che). Evidentemente, estamos en el caso de un delitos de robo grabado. Al respecto y sobre la base de contar con elementos de prueba para ello, después del análisis estratificado del delito, estaremos en posibilidad de afirmar que la per-

sona ha cometido una conducta que típica y antijurídica, típica porque la conducta encuadra en el tipo penal; antijurídica, porque antinormatividad de la conducta típica, no aparece neutralizada por ninguna de las reglas permisivas, derivadas de las valoraciones específicas propios de la antijuridicidad; sólo así, estaremos en posibilidad de afirmar de que se ha cometido un justo o conducta típica antijurídica o delito en sentido estricto.

Como consecuencia de esto, el autor de dicha conducta del IVA, se debe prevenir un reproche de culpabilidad por su acto, que la fórmula del estado, en cuanto supera jurídico política definida y aceptada voluntariamente por la sociedad y que se manifiesta por vía del juicio de culpabilidad que dicta el juez, después de haber conocido el hecho y las circunstancias en que el mismo aconteció y, sólo como resultado de procedimiento de verificación (proceso) seguido para ver si esa conducta corresponde o no a los elementos exigidos por un determinado tipo penal, naturalmente no en base a un análisis estrictamente exegético sino reinterpretación lógica y teleológica del sentido la ley, lo obliga a valorarlas a la luz y significación del derecho penal mismo, en términos de la definición política del *ius puniendi*, recogido en la constitución, en que se analice también la posible existencia de reglas permisivas, reconozcan al ejercicio de los derechos neutralizadores en antijuridicidad, se estará en la posibilidad de considerar integrado en injusto o delito, en sentido estricto, que es la materia sobre la cual el juez deberá declarar el reproche de la culpabilidad. Para esto, sin embargo, previamente, el juzgador, deberá examinar asimismo, si las características personales del autor y la forma que se dieron los hechos permiten afirmar la responsabilidad penal del autor, elemento, éste, sin el cual no es posible hacer la declaración de culpabilidad.

En su caso, el reproche de la culpabilidad de haber sido dictado por la autoridad judicial del estado, por no haberse motivado en la norma, siendo que le era exigible hacerlo así, toda vez que la norma implicaba la expresión de la conducta social deseada, emanada también del estado, en cuanto representación legítima de la sociedad, recogida en una ley que precisamente significa la expresión de la voluntad social, y que, en términos generales, significa la presencia en estado de derecho democrático, republicano y federal que reconoce al individuo en su dimensión individual y social.

En esas condiciones, siendo la ley de expresión de la voluntad socialmente deseada para la convivencia y, por tanto, exigida para la consecución de su contenido ético social, es natural que quien se aparta de la misma, se hace acreedor a una determinada respuesta social denominada "sanción" (penas y medidas), que precisamente implica la coercibi

lidad características de la norma jurídica, y quien el contenido de la semántica específicas del derecho penal aparece recogida bajo la expresión de la punibilidad y la pena. Por lo mismo la persona que comete un justo, habiendo podido motivar será norma, cuando podía hacerlo y le era exigible que así lo era, al manifestar su decisión y disposición de actuar en sentido diverso, contrario al derecho, se hace acreedor al reproche de la culpabilidad señalado.

El reproche de la culpabilidad puede tener diversas gradaciones, derivadas del así denominado "grado de la culpabilidad" o "grado de la culpa", atendiendo las circunstancias del caso, que encuentran aplicación en relación con él "grado del injusto", que se refiere a las características que diferencia específica entre los diversos delitos (vgr.: no es igual a gravedad del delito de homicidio que protege la vida, que el delito de robo que protege el patrimonio). El grado de la culpabilidad, en cambio, se refiere a motivaciones y características subjetivas en la persona que, a su vez, se concretan en las restricciones de la libertad individual que determinan dicho grado de la culpabilidad.

III. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

Como no señalado los capítulos precedentes, una conducta aparentemente típica, será en realidad atípica, cuando revisada con cuidado, se concluye que falta alguno de los elementos descriptivos objetivos, normativos o objetivos del mismo, o bien, cuando por razón de la naturaleza misma del derecho penal, la conducta de que se trata no puede ser considerada como típica penal, como lo es el caso del alcance y contenido del principio de la última *ratio*, oportunamente analizado o bien, cuando serán cualesquiera de las causas generales o específicas de no atribución. Naturalmente, la conducta cuando esa típica no será constitutiva del delito, precisamente porque no es atribuible a la conducta que el legislador ha previsto como constitutiva de un tipo penal.

A su vez, una conducta se estima justificada o legitimada, cuando el derecho le reconoce al autor el "derecho" que tiene para actuar en la forma que lo hizo y, por tal razón, le "permite" actual así, aún frente a conductas que son en principio antinormativas por ser típicas, la cual, entre circunstancias resultan legítimas, es decir, no contrarias al legal correspondiente. Este permiso, a su vez, no significa que la ley penal fomenta y menos aún que ordene tal forma de comportamiento, sino sólo que reconoce el derecho que la persona tiene para actuar en la forma que lo hizo y por esto lo admitir permite, ante la necesidad y fatalidad de situaciones de conflicto a la que se enfrenta la perso-

Na que actúa y en donde el estado no tiene forma de evitarlo de otra manera razón por la cual el derecho, reconociendo esta situación y reconociendo también la necesidad que tiene de procurar la mayor protección y salvaguarda de los genes jurídicos que tutela, reconoce el derecho de la persona para defender los tiene una especie de resignación jurídica los admitir, en el entendimiento de que forman parte del ámbito de las relaciones de la realidad social que el estado debe reconocer irregular a través precisamente del derecho, como base del orden social para la convivencia.

Para el injusto ser punible es necesario que se considerada culpable la persona que lo cometió y esto sólo establecida persona es responsable o es susceptible de ser responsabilizado. Éste situaciones son las que son objeto de estudio como causas de inculpabilidad, las cuales plantean otra situación que también el estado debe reconocer que impiden que pueda ser responsabilizado y, por tanto, impiden que se reprochada a través de la declaración de su culpabilidad, sea por razón de su capacidad personal, de su personal desconocimiento del artículo y sida que su conducta o bien porque en las circunstancias en que se dieron los hechos, el autor se vio precisado a actuar en la forma que lo hizo sin que el derecho el estado puede exigible haber atado de manera distinta.

En síntesis, en la inculpabilidad, la conducta continua siendo delictiva; haber una conducta que no podrá ser reprochada penalmente al autor, sino que, en su caso, podrá ser el origen del imposición de una medida de seguridad, es fundada no la culpabilidad personal sino la función de su responsabilidad social, apoyará sólo por la peligrosidad social de su conducta y una concesión estrictamente defensa de la sociedad.

En resumen, la conducta culpable excluye el reproche jurídico de la culpabilidad penal al autor por su conducta. Como consecuencia, la cónyuge de quien muere en un caso de legítima defensa, no puede reclamar al autor indemnización alguna en mis reparaciones civiles relacionadas con un delito porque el delito no existe; en cambio la cónyuge viuda de quien resultó muerto por Asia-enfermo mental para lo hueco que creía estar siendo perseguido para acusar normal, si tiene derecho de indemnización y puede perseguirla en contra del autor de mente o de sus familiares que tienen las cargo la patria potestad o la tutela del enajenado.

La justificante significa la presencia de una situación de conflicto social que el propio derecho está obligado a regular a través de reglas de permiso. En las causas de inculpabilidad, en cambio, lo que ocurre es que el autor no puede ser penalmente reprochado; no se le puede

Exigir que haya todo de manera diferente como lo hizo y, por tanto, no sólo por imponer una pena por ello, pero socialmente si se sigue reconociendo que la conducta por el revisada implicó la comisión-injusto penal (conducta típica y antijurídica) o delito en sentido estricto y, por lo mismo, afectó el orden jurídico establecido.

La culpabilidad, por otra parte, al igual que los anteriores ámbitos de estudio del delito, en términos de la teoría es certificada del delito, implica un principio garantista fundamental en el sentido de que, para que pueda aplicarse una pena una persona es indispensable que previamente haya sido dictado un reproche de culpabilidad. No puede una situación de peligro trató, salvo que aparezca específicamente previsto como delito, sino que es indispensable que tal culpabilidad se refiera invariablemente a un injusto o conducta típica y antijurídica.

La culpabilidad que siempre un juicio de valoración concretó que no puede referirse a la persona en abstracto, desligada de su realidad. Por esta razón la conducta típica y antijurídica, con su contenido objetivo, subjetivo y normativo, resulta ser la materia del juicio de reproche de culpabilidad.

En resumen, como consecuencia del expuesto, es necesario que el reproche de culpabilidad, haga referencia la conducta de una persona (el autor), que haya podido actuar con capacidad de autodeterminación.

IV. TEORÍA SOBRE LA CULPABILIDAD

1. Teoría psicológica

La culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado; este del delito; tener resultado delictivo. Contrasta este concepto con la relación de causalidad, a la vez que, en cierta forma, se relaciona con ella.

En efecto, el concepto de culpabilidad psicológica es la consecuencia natural de la bipartición, de la escuela clásica. Así, se estudiaron los elementos objetivo y subjetivo del delito. El primero, integrado por el concepto del injusto objetivo, conformado por el concepto de la conducta típica y antijurídica y el segundo, recogió en la culpabilidad, entendida como el componente subjetivo del delito, representado por la disposición psíquica del querer cometer el delito, es decir, la voluntad de producir el resultado, en la inteligencia de que siendo la voluntad precisamente el elemento psicológico de la conducta, fue necesario, para sostener la teoría, acudieron contenido mecánica o fisiológico (enervación muscular), para explicar el contenido interno de la conducta, en cuanto elemento objetivo del delito, dejando salvo el estudio de la vo-

luntad, como contenido del estudio posterior del elementos objetivo del (vgr.: se produjo explicar así, el elemento interno de la conducta en el delito homicidio por arma de fuego, era "... la voluntad de querer apretar el gatillo para disparar el proyectil que al ser expulsado produce la lesión que causó la muerte de la persona").

Otras orientaciones doctrinales encargarían de cuestionar seriamente la afirmación, haciendo notar que la voluntad de las conducta de matar es lisa y llanamente, querer matar.

Éste fue pensamiento de los autores del escuela "escuela clásica" del delito.

En síntesis, para latería psicológica la culpabilidad es entendida como la relación psicológica, sin ningún contenido de carácter normativo. Ya hemos señalado, en su oportunidad, al ocupar más de la metodología y de la parte introductoria a la teoría del delito, de las dificultades y vicitudes de técnica jurídico penal y con el tiempo planteó latería psicológica, sobre todo en relación con el concepto de la culpa y, muy especialmente, con la culpa inconsciente, en donde la falta de esta relación psicológica se hacía más evidente, lo que llevó incluso algún autor (Kolrouch) a observar que tal figura de la culpa inconsciente niera constitutiva del delito y no debería ser considerada como problema del derecho penal, conclusión a la que llegaban después de observar que si bien el dolo implica la forma que por excelencia integraba la relación psicológica entre la conducta y el resultado (vgr.: querer matar, querer probar, querer violar), en el caso de la culpa, existe también una cierta forma de voluntad sobre la base de la representación y la previsibilidad de un resultado previsible; es decir, que habiendo representación del peligro que significa el resultado típico, si bien no había que debe en sentido estricto, si había la voluntad de realización de una conducta era violatoria de la ley penal que producía resultado típico penal y que, en este sentido, implicaba una cierta forma de voluntad que te emitía afirmara relación psicológica de la culpabilidad. Por esto el caso de la culpa inconsciente quedaba solo, como el caso extremo, en donde no había ni siquiera representación, siendo el ejemplo más claro el de los "delito de olvido" de la comisión culposa.

Para el esquema causó la cronista de latería del delito, la tv psicológica fusionó suficientemente satisfizo subjetivo, en la medida en que, en aquélla, el elemento objetivo del delito era lo que vinculaba con el ámbito de la causalidad, en tanto que la elementos objetivo quedaba enmarcado en lo psicológico.

El avance del estudio del derecho penal, sin embargo, llevó a observar que, en realidad tanto el ámbito de llamado elemento objeti-

vo del delito aparecen aspectos que resultaba ser objeto de valoración lo que dio paso a la orientación de la doctrina penal de "causalismo valorativo", que representó el momento en el cual se produjo el cambio del contenido de latería de la culpabilidad psicológico, haciendo la teoría de la culpabilidad normativa.

Finalmente, vale agregar que latería psicológica, por razón de concepto mismo de la culpabilidad como nexo psicológico de querer el delito, no hacía referencia a ningún aspecto vinculado con la necesidad de autodeterminación de la persona y su capacidad para conducirse conforme con ella, por esto, necesariamente tenía que estudiar el ámbito de la imputabilidad sólo como un presupuesto de la culpabilidad y no como causa de inculpabilidad misma.

2. *Teoría normativa*

La teoría normativa de la culpabilidad entienden la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor de un injusto (conducta típica y antijurídica), por haber actuado de esa manera, cuando en base de su capacidad de su a autodeterminación y para conducirse conforme ella debía y podría haberse motivado la norma. En la evolución de latería del delito llevó al reconocimiento del contenido normativo de la culpabilidad encuentra apoyo tanto en el ámbito mismo de la culpabilidad, sobre la base principalmente del pensamiento de Frank en 1970, como también de Goldsmith y Nadler y, en general en la evolución que sufre el análisis de la estructura general del delito.

Frank reconoció en la culpabilidad un contenido normativo, entendiéndola cómo la reprochabilidad por el injusto; entendía que el dolo funcionaba como un presupuesto de la culpabilidad en cuanto dato psicológico. Nadler, posteriormente, admitiría el concepto de la culpabilidad normativa, pero manteniendo los conceptos del dolo y de la culpa como forma de aquélla, dentro del ámbito de la culpabilidad. A partir de éstos, se desarrollaron nuevas observaciones sobre particular que implicaban variaciones en los cuestionamientos y que aparecían perfilando uno o modelo sistemático acerca de la teoría del delito y que, en general, sin guardar uniformidad entre sus diversos sostenedores, fue acogida, la corriente del causalismo valorativo. (En realidad ninguno de las orientaciones doctrinales mencionadas, la bipartición clásica, el causalismo naturalista, el causalismo valorativo, el finalismo, por orientación político criminal funcionalista, ha sido uniforme en el pensamiento de sus seguidores, sino que ha supuesto diferentes pensamientos).

Los cuestionamientos el causalismo valorativo lograron encontrar la respuesta sistemática más completa y acabada, color en terciario finalista propuesta por Welsel.

Se observó, así, en síntesis, que el dolo, en cuanto querer el delito, constituía, en realidad, el ámbito interno de la conducta, es decir, la voluntad de la conducta y, por lo mismo, se constituya en su elementos objetivo, razón por la cual debía pasar a formar parte, junto con la culpa, elementos objetivo del tipo y, por lo mismo, exigían su análisis en el ámbito de la tipicidad, como los elementos efectivos de la conducta típica en el campo de la culpabilidad, la cual debería quedar libre, como un ámbito exclusivo de valoración o juicio de reproche a la persona del autor, por haber cometido en injusto (conducta típica y antijurídica).

A su vez, en relación con el dolo en la culpa, como elementos del tipo y por lo mismo revisables en la tipicidad, dentro de la conducta típica, se consideró que implicaban un elementos objetivo no valorado o neutro, en tanto que él abarcaba el conocimiento de la antijuridicidad, a diferencia del dolo de la culpabilidad que naturalmente era observado siempre como un "dolo ya valorado, en tanto que suponía el conocimiento del arte judicial. En un comentario sobre este particular, en mi opinión me parece que, con mayor precisión, el verdadero dolo haber "no valorado" es el dolo como contenido de la voluntad de la conducta, el cual, sin embargo, no es penalmente relevante, mientras que, ya como elementos del tipo, el dolo implica una específica valoración derivada precisamente de su inclusión como tipo penal, si bien tal valoración, en efecto implica sólo su presencia como elementos objetivo de la norma; en tanto que el dolo denominado por la doctrina como "dolo valorado" o "dolo malo" implica el conocimiento de la antijuridicidad y naturalmente corresponde ser valorado hasta el ámbito de la culpabilidad, precisamente por vía del juicio de reproche correspondiente. En síntesis, para la teoría normativa de la culpabilidad, ésta es exclusivamente reprobabilidad.

3. *Teorías mixtas*

Durante el proceso de evolución de la teoría general del delito se desarrolló también la teoría mixta o teoría compleja de la culpabilidad, que derivó de una interpretación ecléctica entre las anteriores (psicológica y normativa) en donde a la vez que se reconoce contenido normativo de reproche de la culpabilidad, se mantiene también, los conceptos del dolo y la culpa, como las formas de culpabilidad, generando, como consecuencia, un concepto complejo de culpabilidad.

La evolución hacia la concepción normativa de la culpabilidad, llevó a que algunos autores consideran que dicho orientación implica dejar vacía y sin contenido la culpabilidad. La crítica, sin embargo, e estimamos que es infundada, toda vez que la culpabilidad, como reproche,

Sólo implica la depuración de su propio contenido, relativo precisamente al estudio de todo lo relativo a la persona del autor, en manera que para entender su contenido, la base de la responsabilidad necesaria para poder de querer reproche o juicio de culpabilidad.

Así, la culpabilidad, entendida como el estudio de la responsabilidad del autor, para estar en posibilidad de criterios reproche, debe partir de estar en función de la capacidad de autodeterminación así como de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta y de su libertad para conducirse, ámbitos, éstos, que son la base del contenido, mismo de la responsabilidad como base de la culpabilidad y que por lo mismo, exigen de su análisis para precisar los, toda vez que para que sea posible imponer reproche de culpabilidad a una persona es indispensable que esta, en base a su capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya podido actuar dentro de un cierto ámbito de libertad que permite hacerme exigirle su conducta lo que precisamente implica la culpabilidad en sentido normativo, entendiendo que está en un concepto graduado permite diversos grados en el reproche atento al parámetro de su autodeterminación, en relación con los reductores de la libertad.

Así, cuando la capacidad de autodeterminación se halla tan reducida de sólo resta la posibilidad física, la consecuencia en que tal autodeterminación es tan baja que no permite valorarla para los efectos de la exigirle vida penal pesa conducta y, por lo mismo, estaremos frente a un caso de sin culpabilidad. Por esto, la inexigibilidad de otra conducta más de ser una causa específica de culpabilidad, como frecuentemente se la refiere y explica, es la esencia misma de la inculpabilidad toda vez que, en efecto, siempre y hay sin culpabilidad, ello obedece a que no es posible exigirá la persona que actuar de manera diversa a la forma en que lo hizo, sea porque no tenga capacidad de autodeterminación o bien por qué, por alguna razón, no pudo conocer la antijuridicidad que su acto (error de prohibición) o bien por qué simple y sencillamente su libertad para autodeterminarse este buen patada de manera tal que no es posible exigirá la persona tuviera actuado de manera distinta. La din exigirle vida de otro conducta, así, es el común denominador de todas las causas de sin culpabilidad en general.

En síntesis, en la tipicidad, a la característica que la fundamenta es el cumplimiento del deber, lo que explica que sea la base de la antinormatividad y que la atipicidad será cuando no hay incumplimiento del deber impuesto por la ley. La antijuridicidad, a su vez, se caracteriza por implicar el ejercicio de un derecho; es decir, es el ámbito en el cual el orden jurídico general, en tanto que orden conformado por "de-

beres" y "derecho", reconoce los derechos que asisten a la persona, razón por la cual su ejercicio neutraliza la antinormatividad propio de la tipicidad, que, a su vez, alguna de vez está protegiendo derechos y la culpabilidad aparece caracterizada por la posibilidad exigir al autor la conducta prevista por la ley, en la medida en que ésta es el reflejo de la voluntad social deseada y su cumplimiento aparece coerciblemente ha firmado por vía de la pena, susceptible de ser impuesta a quienes a cuando consentido y significación y con conocimiento de la antijuridicidad deserción y con la libertad suficiente para conducirse conforme a su capacidad de autodeterminación, realicen conductas decisivas de bienes jurídicos penalmente protegidos violando el mandato o prohibición previsto la ley penal. Por esto, la característica general de la inculpabilidad, deriva de la no exigirá que otro conducta. Son éstos, en resumen los contenidos específicos de los respectivos ámbitos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

V. EL PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD

El principio de la culpabilidad es uno de los principios frecuentemente aducido como característico y definitorio en derecho pena liberal. Su alcance aparece recogido en dos aspectos.

Por una parte, su afirmación implica que no puede existir delito si éste no ha sido cometido con dolo o cuando menos por culpa o, lo que es lo mismo, que el mínimo de la responsabilidad penal está determinado por la culpa. Este mismo principio implica que la culpabilidad sólo puede estar referida a la caución de la conducta de la persona (que debe ser cuando menos culposas) y que, por tanto está prohibido hacer declaraciones de "culpabilidad del autor", basada sólo en criterios de peligrosidad.

El contenido de este aspecto del principio de culpabilidad, aparece recogido por la tipicidad en la medida en que dolo y la culpa, siendo elementos del tipo, son igualmente elementos que deben integrar la conducta típica, por lo que su falta implica una causa de atipicidad, precisamente por falta del elemento subjetivo de tipo, Antonio posibilidad de encuadrar sea el dolo o la culpa.

A su vez, en la sistemática causal naturalista y en las posiciones causal valorativas, el tema parecer ha planteado y analizado en el ámbito de la culpabilidad y no en la tipicidad, con la incongruencia e inconsistencia de analizar la conducta vacía de su contenido esencial, subjetiva y psicológica es precisamente, la voluntad de actuar conforme sentido y significación y, consecuentemente, debe ser necesario revisar cada ám-

bito hasta el final del análisis estratificado del delito, después de haber afirmado que si existe el injusto penal.

Por esto mismo, para el causalismo naturalista, la culpabilidad tiene que ser considerada como un elemento del delito, ya que refiere a que la voluntad de la conducta que aún no ha sido analizada, pues el estudio de la conducta aparece realizado bajo un marco estrictamente causal, de origen mecanista. No por igual en la orientación al activista, donde parte de la doctrina entiende a la culpabilidad como elementos del delito, en tanto que otra parte, en opinión que compartimos, la culpabilidad, con mayor precisión, ese presupuesto de la pena junto con el injusto o delito entendido en sentido estricto (conducta típica y antijurídica) que es, precisamente, el hecho derivado de la conducta y el resultado típico, que causa la lesión había jurídico tutelado que, en sí, no es separable del concepto de la persona que lo cometió (vgr.: el robo de joyas; la conducta homicida que producen resultado de muerte, etc.) a diferencia de la culpabilidad que se refiere al ámbito que se ocupa de estudiar lo relativo al autor y su responsabilidad.

Por otra parte, un segundo aspecto del alcance del principio de culpabilidad, aparece afirmado en relación con la idea de que no se puede responsabilizar penalmente a persona alguna, si la conducta de que se trata no ha sido objeto de un reproche de culpabilidad en contra del sujeto agente. El contenido de este aspecto, que tienen contenido que se refleja de manera fundamental en el ámbito del derecho procesal penal, aparece sintetizado en la idea de que no hay pena si la conducta no es reprochable o lo que es lo mismo, no hay pena si la declaración de culpabilidad en contra del agente.

Naturalmente este principio aparece relacionado con el principio de la libertad es el pilar fundamental del derecho pena liberal, protección estado de derecho en sentido moderno. Solamente la persona que expresa su libertad, es decir, que con libertad expresa su voluntad contraria al orden jurídico, se hace acreedor a la imposición de una pena. El referido principio es, asimismo, opuesto a la posibilidad de imponer una pena cuando falta el dolo o la culpa, lo que significa que no necesariamente tiene que hacer referencias imposición a la comisión del delito y no a la peligrosidad del autor.

La pena, a su vez, se funden idea de que el hombre puede determinar su propia conducta y, por tanto, habiendo podido tomar conforme a lo ordenado por el derecho se le reprocha el que, siendo miembro de la comunidad social, hubiera actuado lesionando bienes jurídicamente protegidos de otros miembros de la norma comunidad social, violando la norma, que los protege razón por la cual se le impone la pena, atento a lo dispuesto en las respectivas legislaciones penales de

los países, sea en base principio de prevención especial o en el de la prevención general o en ambos. Todo esto, sostenido en la base a que atento a la misma capacidad de autodeterminación del autor, que permite responsabilizar lo declaran dolo culpable, en la misma capacidad necesaria para que entienda el sentido correctivo o retributivo de la pena. Por esta razón, en la ley penal mexicana, rige principio de culpabilidad, impide imponer penas a menos que sea en base del reproche por la culpabilidad.

Por esta razón, en la ley penal mexicana, rige principio de la culpabilidad, impide imponer penas a menos que sea en base al reproche por la culpabilidad. En Italia, bajo el impulso del nuevo código penal de Hugo Rocco, de 1930, perfilo la respuesta social del sistema del *doppio binnario* frente a la comisión del delito, por vía del cual se reconoce la aplicación de las penas (en sentido estricto), frente las conductas que son objeto del reproche de la culpabilidad y, asimismo, la aplicación de las medidas de seguridad, por ser aplicadas a las persona respecto de quienes no había base para imponer al reproche de culpabilidad, ante su falta de capacidad para autodeterminación, lo que impedía la posibilidad de responsabilizarlos en sentido personal ético social, pero no impedía la posibilidad de responsabilizarlos en el sentido de la "responsabilidad social" por su conducta "peligrosa". Se previó, así, la posibilidad de aplicar unas u otras. La influencia de esto, naturalmente se dejó sentir en otros países. Bases similares de este sistema y llegó a París incorporado en el código penal mexicana de 1971, bajo común denominador de "sanciones", el doble concepto de las penas y medidas de seguridad y procedió, a continuación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 24, al en lanzamiento de todas ellas un, sin hacer una distinción entre unas y otras. Así, el entendimiento de que las medidas de seguridad son objetos aplicación, en función de la peligrosidad, deriva de la lógica misma de su presencia en el código que previene la base punitiva de la pena, a la cual, filosóficamente se modela desde la constitución hacia fines de prevención especial, de carácter correctivo o orientados a la readaptación social de la persona según refiere el artículo 18 con situacional, lo que aparece confirmado por lo señalado en el documento de qué manera de exposición de motivos del propio código de 1931, expresará, con posterioridad, Teja Zabre, miembro de la comisión redactor del mismo, quien, sin embargo, no hace consideración al fundamento constitucional señalado.

VI. OTRAS CONCEPCIONES DE LA CULPABILIDAD

1. La tendencia sintomática de la culpabilidad

Otra de las orientaciones atravesar la cual se intenta fundamentar el contenido de la culpabilidad o latería sintomática, sostenida sobre

Todo por Horst Kolman, en el sentido de entender que la conducta típica y antijurídica, reveló cierto estado psíquico, en donde, el dolo implica una falta de sentimiento y la culpa una falta de secesión en la representación y, concretamente para el autor citado, significa el entendimiento de la culpabilidad y culata no a la conducta en sí, sino tire la mente en relación con el autor, por su personalidad manifestada a través de su acto. En síntesis, tales conceptos llevan a una idea de "culpabilidad del autor", sea, por su personalidad y carácter, o bien por su falta de interés social en ajustarse a las trabas jurídicas. Evidentemente este criterio es opuesto al principio de culpabilidad por la conducta.

2. culpabilidad por la condición de vida

Otra posición bastante cercana al anterior es la que intenta entender el contenido de la culpabilidad como un reproche a la personalidad del individuo por su "condición de vida", para que por el defecto psíquico que pudiera explicarla. En fin, esta posición estima que la culpabilidad, aún siendo individual, supone su origen en estructura defectuosa de la personalidad y del carácter que son el origen del reproche lo que, naturalmente, implica ya una culpabilidad por el hecho, sino una culpabilidad del autor. Así la recoge Exner. El propio Welsel, conforme a punta Jesneck, aún cuando evidentemente reconoce la culpabilidad es reprochabilidad, en un cierto momento, al ocuparse del delito culposo, reflexiona que la culpabilidad, como falta de autodeterminación conforme sentido, parece suponer un fracaso del centro del yo responsable de la persona, con lo que parece vincular el concepto de culpabilidad con estructura de la personalidad, común ámbito complementario de la culpabilidad por el hecho, originando un incremento de la penalidad por la reincidencia.

3. La culpabilidad del autor de la escuela de Kiel

Otras manifestaciones oportuno una concepción diversa de la culpabilidad fue la sostenida por la escuela de Kiel, sustentada por schafstein y por Danm. El primero sostenía que delito es adhesión de los deberes sociales del pueblo, con lo que intentó nulificar el concepto de bien jurídico penalmente protegidos como parte fundamental derecho pena liberal, para sostener, en cambio, el concepto de "deber" de la persona frente al seno sentimiento del pueblo y el concepto del delito, como la lesión a tal deber humano que fue un importante sustento para la escuela de Kiel, que de manera importante reflejó el pensamiento del nacional socialismo. Así, el autor de un delito es delincuente, no porque había lesionado bienes protegidos por el orden jurídico penal, sin

Porque, con su conducta, se manifiesta como traidor a los deberes del sentimiento del pueblo alemán.

En síntesis las anteriores tres formas de entender la culpabilidad, tienen como común denominador, el constituirse como formas de la culpabilidad de autor, presupone la contradicción al concepto de la culpabilidad por el hato, que sea sostenido por el principio de la culpabilidad, como reproche la persona por haber actuado con dolo o con cuando menos por culpa, respecto de un hecho previsto la ley penal como delito. Por tanto, todas formas implica la culpabilidad del autor, por la conducción de vida o por la personalidad, implica la negación de principio de la culpabilidad por el hato y supone, todas, la violación al alcance de los principios de la legalidad penal y de esa la aplicación de la ley penal que son de entre los principios fundamentales del derecho pena liberal y democrático para la convivencia.

4. La co-culpabilidad

otro de los conceptos que guardan relación con la reproche de culpabilidad es la “co-culpabilidad”, idea que tomen cuenta que todo sujeto, cuando Cuba, lo hace dentro de la circunstancia que cierto ámbito situacional y, por lo mismo, hay personas que tienen un menor ámbito de autodeterminación que otras, condicionado, esto, por causas biopsicosociales, mismas que debe ser puestas a cargo cual favor del autor al momento de fijar el reproche y, de aquí, que se hable de la culpabilidad que tienen la sociedad misma en tal conducta. Es el caso en que la ley recoge situaciones de miseria o condiciones específicas derivadas de las etnias, para ser tomadas en consideración al momento de concretar el juicio de reproche; es el caso que en México la ley penal recoge en lo dispuesto en el artículo 69 bis, en relación con lo dispuesto en la fracción octava, el artículo 15, del mismo ordenamiento establece las bases para considerar la imputabilidad disminuirá y semi-imputabilidad.

VII. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD NORMATIVA

los requisitos de la culpabilidad en sentido normativo; como reproche son:

Que a la persona se desea exigible la posibilidad de comprender la que judiciales conducta; y
que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de determinación por debajo de un umbral mínimo. Es decir, que la persona quien se mueve el reproche de culpaba-

lidad haya tenido la posibilidad de motines en la norma, en un ámbito superior al umbral mínimo de exigibilidad.

En consecuencia, excluyen la culpabilidad el no alcanzar dicho umbral mínimo de exigibilidad ya no exigibilidad de la comprensión del antijuridicidad de su acto, por las razones siguientes:

Porque carece de la suficiente capacidad psíquica para comprender e introyectar la antijuridicidad de su acto (imputabilidad);

Por encontrarse en un estado de error acerca de la antijuridicidad de su conducta (terror de prohibición);

Porque se da algunos de los supuestos de latín exigibilidad que una conducta derivada de las restricciones de la libertad de la persona abajo del umbral mínimo exigido por la ley, recogidos en la parte general buena parte especial del código penal.

En ley penal mexicana la exigibilidad del autor acerca de su posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, que debe estar sobre el umbral mínimo, como también el ámbito de su autodeterminación, en función de las circunstancias en que actuó y las cuales deben asimismo, estar sobre el umbral mínimo de la exigibilidad, como contenido de la culpabilidad normativa, aparecen recogidos en términos de lo dispuesto en el artículo 15, fracciones séptima, octava y también novena, interpretado a *contrario sensu*, del capítulo sexto (intitulado causas de exclusión del delito), del título primero (sobre la responsabilidad penal), el libro primero del código penal, unido a los artículo 69 bis y 66, como tarea los artículo 67 y 68 relativos a las medidas de seguridad, de los capítulos cuarto y quinto, del título tercero (sobre la aplicación de las sanciones). Tales dispositivos expresan:

Artículo 15. "El delito se excluye cuando...

Fracción VII. Al momento de realizar el hecho típico en la gente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a nacer que la gente hubiera tarea ordenado su trastorno mental doloso o culposo mente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida se estará lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código".

Fracción VIII. "Se realiza la acción con la misión bajo un error invencible;

A) sobre algunos de los elementos que integran el tipo penal; o

B) respecto de la ilícito de la conducta, ya sea porque el sujeto desco-

nozca la existencia de la ley pueda alcance de la misma, o porque crean que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son deducibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste código".

Fracción IX. "Atenta las circunstancias que concurran en la realización de una conducta ilícita no será razonablemente exigible a la gente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar acto al conforme a derecho; o..."

Artículo 66. "En caso de que derrota que se refiere el inciso a de la fracción octava de artículo 15 sea visible, se impondrá la punibilidad del delito culposos y el hecho de que se trate admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso de derecha fracción la pena será de hasta una tercera parte del delito del que se trate".

El artículo 69 bis establece: "si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinación de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por causas señaladas en la fracción séptima del artículo 15 de este código, a juicio del buscador, según proceda, se impondrá hasta 2/3 partes de la pena que correspondería a delito cometido, o a la media de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de imputabilidad del autor".

En síntesis, el contenido de la culpabilidad, entendida como reproche deriva de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Por cuanto se refiera contenido de la culpabilidad normativa, se observa de que la culpabilidad exige o requiere, es la posibilidad exigible del conocimiento de la antijuridicidad poco más esa mente refiere la ley, "el carácter ilícito de aquél (el hecho)... o de conducirse de acuerdo con esa comprensión". En resumen lo que requiere la culpabilidad es la posibilidad exigible del conocimiento del antijuridicidad, más más que la de su comprensión.

Para la parte de la doctrina que afirma el esquema causas vista, la conciencia del antijuridicidad aparece entendida como una parte el contenido del dolo, que su vez es analizado con un dolo valorado lo que explica que su ubicación necesariamente sea como parte de la culpabilidad.

Ante las deficiencias que plantear el esquema causas vista, que no logra explica suficientemente el problema derivado del dolo del loco, surgieron otras posiciones doctrinales, dentro del mismo esquema causas vista, que aún ubicando al dolo en la culpabilidad, entendieron la presencia de la conciencia del antijuridicidad como un ámbito específico de la culpabilidad, pero no como parte del contenido del dolo sino que,

Como un verdadero "conocimiento potencial". En esta perspectiva, aún retirándose de dolo pero manteniéndose en el campo de culpabilidad, permanece dentro de la misma la problemática relativa al conocimiento de la antijuridicidad, y esto es precisamente lo que llevó al desarrollo del finalismo.

Una tercera posición, derivada del anterior, si bien hacia la más complicada, fuera así denominada "teoría limitada de la culpabilidad", es una consecuencia de la cancha del atrio de los elementos negativos el tipo, para la cual, las causas de justificación son observadas como causas de tipicidad, como elementos negativos de la misma de la conducta típica (vgr.: en el robo, si el aspecto objetivo de la conducta típica aparece conformado no sólo con los elementos requeridos por el tipo legal, sino asimismo con las que determina las causas de justificación, como podían serlo el caso del robo famélico, es decir de quien roba por hambre, en estado de necesidad, naturalmente, al aspecto objetivo del tipo, corresponde no sólo el conocimiento de la voluntad de realización de la conducta típica, sino también el conocimiento acerca de la ausencia de causas de justificación, dando como resultado éste concluye que la comprensión de la que judicial que proviene del conocimiento de que falta una causa justificante, si forma parte de la conducta típica en tanto que la parte restante de la comprensión del antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, razón por la cual se denomina como teoría "limitada de la culpabilidad"). La inconveniencia de esta, salta la vista si se tienen cuenta, que se volvió ubicar la comprensión del antijuridicidad dentro del dolo, si bien ahora en el ámbito de la tipicidad, en tanto que dolo es el elemento o testigo de la conducta típica y que aparece sustituida la antijuridicidad, por los elementos negativos de la tipicidad, razón por la cual parecería resultar que actúa sin dolo la persona que creyendo parte legítima defensa mata una persona.

VIII. EL CONOCIMIENTO EN LA COMPRENSIÓN DEL ANTIJURIDICIDAD

En relación con el conocimiento y la comprensión del antijuridicidad, debe precisarse, que, más que exigirle efectiva comprensión del antijuridicidad, en realidad lo que la ley penal exige es sólo la posibilidad esa comprensión. Esto lleva la necesidad criticar el contenido de la comprensión y el de la posibilidad de la comprensión.

No es lo mismo "comprender" que "conocer". El conocimiento implica una etapa previa a la comprensión. Se puede conocer algo, pero esto no implica necesariamente su comprensión. Podemos observar un cuadro de Picasso y, por lo mismo podemos afirmar que lo conocemos,

Pero esto no necesariamente significa que comprendamos su sentido; un antropólogo, puede vivir durante siete tiempos dentro de la comunidad de una herna indígena de la región maya y, por lo mismo, conocer y acercarse sus pautas de conducta social, de aquí que puede afirmar que ha conocido tales pautas sociales, pero eso no necesariamente significa que las haya comprendido. Para comprender algo es necesario que, además de conocerlo, también se interna o proyecte su contenido. Es decir, es necesario que el contenido social pase a formar parte de nuestro propio acervo psicológico e interactivo, independientemente de que comparta o no. Así, comprender, implica necesariamente el conocimiento y también algo más que significa ese proceso de introyección.

Lo que la ley exige no es tanto la comprensión de la antijuridicidad, sino la posibilidad de esa comprensión. La media exigencia de tal posibilidad de comprensión de la antijuridicidad no es siempre la misma, hay casos en los que se exige una posibilidad de comprensión mayor, atento a las circunstancias personales y sociales, que revelan el grado de esfuerzo del sujeto para lograrla, por lo que, a su vez, dicha posibilidad de comprensión de la antijuridicidad está en relación inversa con el grado de reproche, es decir: a mayor esfuerzo por internalizar o introyectar el contenido de la norma, será menor el reproche por la conducta realizada.

En fin, lo que la ley exige en relación con la comprensión de la antijuridicidad, es el conocimiento y posibilidad de comprensión, caracterizado por la valoración paralela en espera del profano, que significa la posibilidad del conocimiento análogo de las personas en general y no desde una persona particularmente especializada o profesional en el ámbito.

IX. SÍNTESIS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La doctrina formada por los autores clásicos, anteriores al positivismo italiano coincidió con la culpabilidad como un concepto vinculado con la voluntad; era culpabilidad de voluntad. Es la culpabilidad entendida como los elementos objetivos del delito; su contenido abarca todo el aspecto psicológico de la voluntad.

El fundamento filosófico de la culpabilidad fue entendido a partir de libre albedrío. Ya Carrara recordaba que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella. El concepto de culpabilidad es aquel que ha trascendido mayormente, Welzel señala que libre albedrío es la capacidad para terminar se conforma sentido; era libertad del hombre; lo que le permite

Su autodeterminación conforma sentido, frente a la causalidad es ciega, indiferente y sin sentido respecto de la conducta humana, ya que sólo responde a las leyes de la naturaleza.

El libre albedrío entendido como libertad del hombre que le permite escoger entre el bien y el mal, posteriormente fue impugnado por la escuela positiva italiana que negó tal posibilidad y cuestionó severamente tal como libertad de elección observando que no podía ser científicamente demostrada. Negado libre albedrío por ius filósofos y científicos, se afirmó que la ley y la justicia no podían quedar condicionadas a las creencias de libertad en el que desde el individuo, era una afirmación indemostrable y, sobre la base de tal crítica, positivismo afirmó el "determinismo", al que entendió, a partir de su concepción del hombre como un ente determinado por su circunstancia psicosocial. Así, el individuo delincuente resultaba ser socialmente una normal y, en consecuencia, el estado estaba en la obligación de actuar en defensa de la sociedad por lo cual esta en la necesidad de instituir las medidas preventivas y represivas necesarias para defenderse de quienes eran observados como anormales sociales representaban un peligro social, lo que su vez originaba la necesidad de reconocer el lobo concepto de la responsabilidad social, el sentido criminológico y jurídico.

A partir el calor de ideas, lo mismo se firmaron medidas orientadas a la readaptación social, en el caso de los corregibles, y la eliminación, en caso de ser incorregibles. Por esto la sanción penal, en cuanto respuesta social del estado frente conducta delincencial, podía ser impuesta en independientemente de las características interactivas de la persona, que precisamente había sido sostén más firme del sistema de imposición penal. En el lobo permitiese la orientación positivista, el hombre apareció como ser socialmente siempre responsable, en tanto que miembro de la sociedad que vive en ella y que, por tanto, debe responder frente a ella por los hechos por el cometidos que causaron lesiones a los bienes penalmente tutelados, independientemente de sus características de capacidad personal.

En síntesis, la justicia penal no se apoyan la culpabilidad, se basó entonces, sobre la defensa social, entendida como respuesta de la sociedad y del estado frente la responsabilidad social de la persona, moviendo se sobre obligación, en razón de la peligrosidad, es decir su capacidad de delinquir, que mira sólo hacia el futuro, con la pena indeterminada y no en razón de su culpabilidad por el delito ocasionado, que como reproche, origina una pena que naturalmente mira hacia el pasado, en función sólo del delito cometido y su individualización, en razón de agrado del injusto y el grado de la culpabilidad, independientemente de que contenido mismo de la pena, según los crite-

rios de prevención general y prevención especial, con la corrección y tratamiento, se orientan hacia la readaptación social.

X. POSICIONES CRÍTICAS DE LA CULPABILIDAD

1. *El problema*

Cuestionó la culpabilidad el positivismo determinista. Sobre la base de similares argumentos y otros más, cuestionó la culpabilidad por considerarla insuficiente respecto de los criterios que la sustentan, entre otras posiciones, las de Hassemer y también de Gimbernat Ordeig. Recuerdan, esos autores, que hay consenso en la dogmática penal, de que la culpabilidad sólo es posible si existe libertad; era libertad, no es un contenido respecto del cual el juez pueda llegar a constataciones comprobables. Por el contrario, parecería que la acumulación de factores y cadenas causales en el comportamiento interior y exterior del autor, excluye la suposición de libertad en ese comportamiento. Otros autores, dirán que aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que cualquier caso es imposible demostrar, sino persona concreta en una situación concreta a cometido libremente o no un determinado delito, la conducta depende de tal multitud elementos que caen fuera de las posibilidades humanas que abarcar los y averiguar cómo han actuado en el caso concreto, para concluir que, en tales condiciones, un hombre no puedes ganar otro hombre; y así, Gimbernat Ordeig se preguntará ¿tiene futuro la dogmática jurídico penal? No la tiene si se argumenta decir: la dogmática jurídico penal presupone al derecho penal; el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad; la culpabilidad presupone el libre albedrío; el libre albedrío no existe.

Roxin, por su parte, cuestionó a la concepción de la culpabilidad afirmara todo Welzel, cuando señala que aquélla se basa en la aceptación de una libertad de voluntad o libre albedrío, escapa a la comprobación empírica y, en consecuencia, sostiene la necesidad de apearse en otros criterios que, en su línea de pensamiento, lo llevan a observar a la culpabilidad fundamentalmente como límite de la pena.

Córdoba Roda, ha precisado que la concepción normativa de la culpabilidad conforma la cual es entendida como reproche que se dirige al sujeto porque no obstante puede cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva del delito, ha sido objeto de críticas que se centran en dos aspectos: a) la práctica imposibilidad de que los tribunales bien efectiva constancia de libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la que cometió el delito sometido a juicio; y b) en la dificultad de concebir la culpabilidad como reproche, cuando lo cierto es que la formulación de este no presupone la existencia de

Un autoreproche de la gente. Así, al caracterizar a la culpabilidad como un juicio que no aparece condicionado a la positiva constatación de una libertad de actuar de modo distinto en el sujeto, era de un sentimiento de reproche en este, José Tello serio obstáculo para concebir la esencia de la pena, como un castigo por una determinada conducta.

Bustos Ramírez, por su parte, recuerda que esta contraposición en la concepción de la culpabilidad, entre la posición tradicional y su concepción revisada, aparece claramente reflejada en las propuestas que sobre el particular plantearon, respectivamente, el proyecto oficial de código penal alemán de 1982, y proyecto alternativo de 1986. Así, el primero se declaraba favor del derecho penal de culpabilidad en; esto significa, que la pena contiene un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano, por lo que sólo puede ser impuesto cuando el delincuente se le puede reprochar moralmente su actuación. Querer castigar sin reproche de culpabilidad, sería falsificar el sentido de la pena y hacer de ella una medida moralmente incolora, de la que se podría usar para fines políticos. El derecho penal de la culpabilidad presupone existe culpabilidad humana y que está puede ser comprobada y calibrada. A su vez el proyecto alternativo señalaba que imponer penas no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres interfectos, como lo son los hombres, con lo cual también se dice, que no en pocos casos el trasgresor del derecho tiene que soportar una intervención estatal en sus bienes jurídicos, únicamente en razón de la integridad del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es asegurado mejor cuando el trasgresor del derecho se le conduce a no contravenirlo nuevamente. A que conformar las sanciones de tal manera que, cuando es necesario posible, actúen en la reintegración del condenado en la libre comunidad jurídica o por lo menos promuevan el menor daño posible. Así, el propio proyecto alternativo de 1966, en su párrafo segundo, inciso primero, señalaba: "las penas y medidas sirven para la protección de los genes jurídicos y a la reinserción del autor en la comunidad jurídica", y a continuación, en el inciso segundo, agregaba: "la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad por el hecho".

2. Posición doctrinal que niega el concepto de culpabilidad y procura sustituirlo por otro criterio

Gimbernat Ordeig acude al concepto de "necesidad de la pena" para sustituir al de la culpabilidad, mismo que no acepta por las razones antes señaladas.

La propuesta de sustituir la culpabilidad por la necesidad de la pena plantear sin embargo, nuevos problemas y cuestionamientos, sobre

Todo porque, como consecuencia, dificultad análisis de la imputabilidad, del error y de la no exigibilidad de otra conducta.

3. Posición que acepta la culpabilidad a partir de los fines de la pena

La culpabilidad analizada desde los fines de la pena, es el planteamiento medular del pensamiento de Günter Jacobs, quien parte de la base de que el fin de la pena cubre la culpabilidad; el fin de la prevención general es el que determina la culpabilidad, entendiendo como prevención general, no la intimidación a terceros cual autor, sino el ejercicio del derecho del estado para garantizar las expectativas punitivas del propio estado y que el ordenamiento exige para su conversación, o lo que es lo mismo, el entendimiento de la culpabilidad acredita la infidelidad o falta de cumplimiento al ordenado por el derecho y, por esto, su contenido debe aparecer terminados desde el fin de la pena ya que el fin de esta última es el cumplimiento, fidelidad y respeto al derecho se convierta en la conciencia y fin del individuo. Ese contenido pasase del contenido mismo de la culpabilidad, lo que, a la vez que permite ratificar que la culpabilidad es determinada por el fin de la pena, también permiten ser más que la culpabilidad ése fundamento de la pena y que su imposición al individuo. Implica esto, por otra parte, el ámbito de funcionalidad social del derecho, en tanto que la persona que comete delito, o su conducta hace nacer las expectativas punitivas del estado y el cumplimiento de las ocho punitivas del propio estado, a cargo irresponsable del cumplimiento que esta expectativa, en una relación que precisamente apunta la característica dialéctica y de comunicación del orden jurídico.

4. Posición crítica de la culpabilidad que implica su aceptación revisada

A partir de la misma crítica a libre albedrío como base de la culpabilidad y del reproche ético personal que implica, Córdoba Roda observar que la sustitución del requisito de culpabilidad plantea graves inconvenientes, fundamentalmente en el sentido del aparecer un espacio conceptual que permiten explicar las materias del imputabilidad, del error de previsión y, por lo mismo, cae en el riesgo de afectar en tal sentido garantías de la persona. De aquí que, afirma, debe mantenerse el concepto de culpabilidad, pero modificando su alcance, de manera tal que, por una parte, en relación con su función garantizadora, debe mantenerse el principio de política legislativa de que la pena no debe rebasar el marco de desvalor de la acción afectada; en segundo lugar, y asimismo como criterio garantizadora y del indicador de la culpabilidad, se debe mantener también el principio del poder actuar de

Modo distinto, este, en el que no se trata de determinar si era posible actuar a la persona de modo distinto o ceguera real y afectivamente imposible actuar conforme a derecho, sino simplemente de tomar en cuenta todas las circunstancias que en el caso concreto recayeron sobre la persona del autor, determinando su actuar o influyéndolo en mayor o menor medida y, por esto, la necesidad de entender la pena, no con un criterio que intenta sustituir la culpabilidad, sino de complementarla con una nueva forma garantizadora y de delimitación de su contenido, de tal manera que la penal deje de ser impuesta en todos aquellos casos en que resulte necesaria. El contenido de la culpabilidad, así, como en su oportunidad señalaba también Roberto Bergalli, en lugar de condicionar la función de la pena al objetivo de aplicar un tratamiento condenado, es preferible entenderla sobre la base del concepto de la necesidad de la pena y, así, proponer que los tribunales dispensen la ejecución si existe constancia de que la misma pena no es necesaria.

Moños Conde, por su parte, observa, respecto al contenido de la culpabilidad, a la que también mantiene, esa declaración de frustración del estado acerca de la expectativa jurídica penal de la conducta de un miembro de la comunidad, quien al violar la ley posibilita la imposición de la pena. Agrega, que considera falsa la disyuntiva entre el criterio del poder de actuar de otra manera o la necesidad de negar la posibilidad de observar que, en su concepto, el contenido material de la culpabilidad encuentra sustento en tres aspectos: a) la motivación individual, a su vez vinculada con la protección de los bienes jurídicos; b) la participación en la lesión a los bienes jurídicos, en el sentido de que no es posible reprochar a una persona del escenario jurídico, sino que intervino en ello; y c) el papel social del individuo, en el sentido de que la expectativa de un comportamiento está en relación con los roles que se espera del individuo suman la sociedad. Este criterio, como se observa, aparece cercano al sostenido por Jacobs, relativo a la necesidad derivada del incumplimiento al orden jurídico penal y la consecuente necesidad del propio estado para asumir la correspondiente expectativa, a cargo de imponer la pena.

Stratowerth, a su vez, afirma el concepto de la culpabilidad, refiriéndose a aspectos que se orientan a su mayor precisión. Observa, así, que el concepto tradicional de la culpabilidad se tiene en consideración de prevención, particularmente de prevención general, toda vez que el juicio de culpabilidad implica siempre un momento de generalización al que se subordina el poder de actuar de otra manera del sujeto a quien se le aplica, y, por otra parte, reconoce, también, aspectos de carácter pre-

ventivo general y preventivo especial que influyen las exigencias de la culpabilidad, como reconocimiento de aspectos relacionados con la conducción de la vida, con la culpa, con el error de la previsión y con otros aspectos circunscritos con los hechos nacionales, todos los cuales, llevan a concluir que es necesario examinar qué es lo que sucede realmente cuales se trata a un hombre como contraventor al derecho, considerando que ello aconteciendo por un interés de conocimiento abstracto, buen virtud de la perfección de los procesos de derecho social, sino en razón de que el estado y todos los miembros de la comunidad social, debemos responder frente al ofendido por una sanción jurídico penal que le hemos interrogado.

Santiago Mir, por su parte en su concepción acerca del ario del delito, desarrollará en función del concepto de la prevención general, al ocuparse de la culpabilidad, recoge su contenido garantista y procura concepto a su contenido material sobre la base de la "motivabilidad" del sujeto a gente, es decir, el sujeto a detener capacidad de motivación, pues en caso contrario el fin del aprecio general de la pena no es asequible, con lo cual une el contenido garantista del derecho penal con su planteamiento preventivo general, a partir y en función de capacidad de motivación. Si te consideraciones hecha en abstracto, se cae nuevamente la problemática de libre albedrío, razón por lo cual el autor habla de anormalidad motivacional, quien se enfoque concreto plantea relación con un determinismo que, naturalmente no es en el sentido del positivismo sociológico.

Roxin propone inicialmente un concepto de culpabilidad sólo como límite de la pena; en el sentido de que la pena no puede sobre pasar la medida de la culpabilidad. Consideración que formula sólo después de haber objetado la propia culpabilidad por estimar inadecuada para fundamentar la protesta punitiva del estado ante las objeciones a libre albedrío, por lo que no resulta claro que la misma parezca después como concepto válido para limitarla.

Posteriormente, el propio Roxin señalará que la culpabilidad nuestra determinada por los genes de la pena, sino que tienen contenido propio y que la misma, junto con los criterios preventivos generales y especiales, conforman el contenido de la responsabilidad. Roxin diga que la capacidad de culpabilidad es la capacidad de auto conducción de los incluso psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de una persona; actuar probablemente, quien dolosa o culposamente realiza un injusto jurídico penal, pese a que la concreta situación de su decisión, era normativamente dirigible, lo que implica un concepto que es bastante cercana criterio de la motivalidad. Observa, también, por otra parte, aquí, aún dada la culpabilidad, pudieran hacer necesaria la san

cion penal, por razones preventivas y, así, observa que el legislador sólo hace responsable la persona por la comisión injusto penal, cuando, en primer lugar, ha actuado culpablemente y, en segundo lugar, cuando existe la necesidad preventiva de la sanción penal a esa persona por su comportamiento culpable. Y aquí, la interacción recíproca entre culpabilidad y prevención.

Como resultado de esta segunda reflexión acerca del contenido de culpabilidad, concluye que no es posible sustituir o eliminar la culpabilidad, pues no serán alternativas plausibles y el sólo criterio preventivo general no logra explicar todos los fenómenos que se engloban bajo el concepto de culpabilidad, por lo que no es suficiente garantía para la persona frente a la estado.

Así, el criterio preventivo no logra fundamentar el castigo más severo del delito doloso frente al culposo, pues desde la estricta perspectiva de criterio preventivo podría incluso llevarse la conclusión de que es más peligroso quien constantemente actuar de manera descuidada; y en otros ámbitos de la responsabilidad también ocurre lo mismo, así, en el error de previsión, podría alguno sostener que se deriven dar validez al principio del aquí relevancia del error del derecho, por considerar que así los ciudadanos tendieron más cuidado en informarse acerca del contenido de la ley penal.

En síntesis, roxin, sostiene, el criterio preventivo básico del injusto es el que la norma motiva y, por esto, el injusto deriva de que el sujeto no se motivó, lo cual llevará necesidad de averiguar si tenía una capacidad de motivación para poder imponer el castigo, lo que se asemeja al criterio sostenido por Santiago Mir sobre el la motivalidad. Al criterio de la motivalidad, según hemos señalado, parece guardar similitud con el criterio de la dirigibilidad normativa que refiere Roxin, ya que entre capacidad de motivarse por la norma y capacidad de dirigirse por la norma no existe gran diferencia.

Por su parte, el planteamiento tradicional relacionado con el libre albedrío, parece caer invariablemente en la trampa designar al individuo una maldad intrínseca, ya que teniendo este es la capacidad para escoger entre bienes mal, se decide por este último; tenía la capacidad de dirigirse motivarse en la norma y no quiso hacerlo, por lo que ni se motivó ni se dirigió por la norma, cuando el problema que interesa es diferente. El sistema (estado) estén situación de poder exigir algo, a esta persona concreta, pues en caso contrario, se cae en el planteamiento moralista del reproche de las maldades del sujeto o peor aún, en el planteamiento positivista antropológico y sociológico del defecto biopsicosocial de la persona, es decir, se estigmatiza a la persona al asignar de determinadas características de perversidad o de maldad,

Lo cual, evidentemente, está en contra de los principios constitucionales de la igualdad y dignidad de la persona.

Bustos Ramírez, congruente con la sistemática que sigue en el análisis del delito, al ocuparse de la culpabilidad, señala que libre albedrío se ocupa de un hombre de cualidades absolutas, concebido fuera del tiempo y del espacio y, por ello irreal, metafísico y fuera del ámbito científico; en tanto que determinismo, piensa o en un hombre atado a una causalidad ciega, concebido, también, fuera del tiempo y del espacio, con afirmaciones que lo convierten en una figura irreal. Si con el libre albedrío, todo hombre está previsto de una cualidad inmutable y el determinismo divide a los hombres en normales y anormales, entonces el libre albedrío al reprochar al hombre su maldad no estigmatiza y el determinismo, antes de la división misma que hace entre normales y anormales, a su vez parte también de una estigmatización de origen impide reconocer al hombre como realmente es, es decir cómo ser con capacidad de autodeterminación necesariamente inmerso en su contexto social.

Observa si, el autor, que lo fundamental respecto de la culpabilidad es determinar si, como culpabilidad en sí, tiene algún sentido; si cumple una función propia, o bien, en caso contrario, de no tener una función propia, si puede ser sustituida. Concluye que el ámbito de la tipicidad le corresponde señalar "qué" comportamientos puede ser objetos de sanción del estado, es decir, "el qué", de la conducta socialmente deseada por la sociedad. A la de antijuridicidad le corresponde señalar el "por qué" de estimar como injusto un determinado comportamiento, lo que acontece precisamente al considerarlo como contrario al orden jurídico general, previsto en la ley penal como un tipo delictivo. Es necesario, en consecuencia, investigar cuál es el contenido de la culpabilidad y observar si, como locales anteriores, tiene también una función específica. Respecto de los dos puntos anteriores si bien uno señala el "qué", y el otro el "por qué", lo cierto es que desde la tipicidad, con el juicio de la atribuidad, se confirmará, asimismo, con la antijuridicidad, que una cierta persona cometiendo conducta típica y antijurídica o injusto.

En este sentido, que dependiente y es necesario precisar el "por qué", es posible determinar a una persona, autor, dando razón suficiente de ello, lo cual implica una fundamental garantía para el individuo y para la sociedad frente al estado; implica la culpabilidad, así, un ámbito cognoscitivo y garantizadora se ha intentado ser explicada a través de libre albedrío victoria del determinismo.

Por otra parte no es posible sustituir a la culpabilidad por los fines propios de la pena, pues, de entrada implica un error en el planteamiento, ya que no puede ser sustituido la consecuencia (pena) por sus presupuestos (injusto y culpabilidad), y se si admitiera una tal sustitución, sería necesario también sustituir a la antijuridicidad ya la tipicidad por los fines de la pena. En fin, este orden de ideas implica un planteamiento que lleva en último término a la tercera de tales garantías para la sociedad y para el individuo frente la estado; si el principio político criminal fundamental es, precisamente, el ámbito garantizadora para el individuo y para la sociedad frente la estado y si sobre tales bases es que debe promover se desarrolló la sociedad, es evidente que existe una contradicción social en el planteamiento en cuestión.

Otra situación, bien distinta, esa necesaria correspondencia que debe existir entre los fines de la pena y sus presupuestos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Prevención general y prevención especial están referidas al ejercicio del poder y de ahí, que les sean propios los criterios de racionalidad y proporcionalidad para delimitarla, pero tales criterios, no son suficientes para explicar porque un individuo que ha realizado un comportamiento determinado se hace acreedor al ejercicio de ese poder punitivo. Para esto, de necesario indagar en los principios que sustentan los tres puestos de la penal: en el caso de la tipicidad didáctico y si a, corresponden al concepto de la protección y lesión al bien jurídico y, en el caso de la culpabilidad, lo que interesa es haber porque a una cierta persona, al autor, es posible aplicar ninguna sanción punitiva.

Para determinar el contenido de la culpabilidad, así, es necesario partir no del individuo, sino del individuo en sociedad, de la misma manera, en el ámbito del injusto no se parte de la acción, sino del concepto de bien jurídico y de su lesión, a partir de un comportamiento que tiene que ser valorado dentro de en específico ámbito situacional. El hombre invariablemente ha de ser comprendido en su dimensión social, en cuanto vive y se desarrolló la sociedad. El problema material de la culpabilidad, aparece invariablemente con problema político, en la medida en que, efectivamente, detrás de todo concepto jurídico hay también un contenido político, en tanto que terminen conflicto social, por esto se ha dicho que es falso que la norma se limite a describir algo, lo que hace es imputar o asignar, es decir, en la medida en que la norma surge de una determinada es sutura de poder, su sentido y función no es el de "describir", sino que tiene como función "prescribir" los delitos, "imputarlo" a quienes son delincuentes y, asimismo, es-

tablecer y las bases de la expectativa penal del poder, la cual tienen por función no la de "describir" sino "ejecutar" apenas.

En síntesis, el punto de partida, para la comprensión del contenido y fundamento de la culpabilidad es el reconocimiento del hombre inmerso en su concepto social, no en forma vaga, sino como hombre concreto dentro de su relación social concreta, que es en donde se da su comportamiento. Es el injusto, se ha observado que bien jurídico es una síntesis normativa de esta relación social determinada, dialéctica y concreta; en la culpabilidad, ahora, se trata de considerar al hombre en concreto, que se desarrolla y se vincula dentro de esa dinámica y dialéctica de la gracia social concreta.

En ese sentido, culpabilidad es responsabilidad, responsabilidad propia, de su presencia, autor y también como parte de la dinámica social. Esta manera implica también la responsabilidad de la sociedad que a su vez, asignado los papeles y establecido los controles a definir los delitos, los procedimientos y establecidas las penas señalando las características de aquellos a quienes al imponerlas. En resumen, la conciencia no es sólo una cuestión psíquica individual, sino histórico social; ese proceso histórico social el que determina la relación del individuo con su conciencia, por esto, desarrolló histórico social y conciencia, son términos inseparables.

Culpabilidad es responsabilidad; no es sólo el reproche derivado del supuesto de que podría tomar de otra manera. Responsabilidad, implica que el hombre es actor que se empeña en determinado papel social y que alcanza conciencia en ello; pero, asimismo, en tanto que actor, es partícipe del drama que implica la relación social y, por lo mismo, su conciencia está determinada por la propia gracia social y por los controles sociales ejercido sobre la conciencia. El hombre responde entonces por su comportamiento y por la conciencia que tiene de él, y esto mismo es fundamento y límite de la reacción social que ejerce sobre sí mismo, porque esa conciencia está dada socialmente, y por lo mismo responde también la sociedad entera. La reacción social, a su vez, está basada en la protección y defensa de los fines jurídicos, a la vez que a la formación social de la conciencia del individuo, la libertad el hombre no es el poder obrar de otra manera, ni su determinación por el bien, sino su conciencia al actuar dentro de la relación social.

En síntesis, culpabilidad es responsabilidad, lo que necesariamente única considerar al individuo en concreto, permitiendo el examen de la persona responsable exhortación, lo que es congruente con la existencia de una teoría del injusto o del delito en sentido estricto y, por otra parte, de manera independiente y autónoma a la existencia de una teoría de la responsabilidad del sujeto culpable, unidas por un ele-

mento común, en tanto que el injusto hace referencia a un "hechos" y la responsabilidad vincula la persona, precisamente relación con ese "hechos", lo que significa que la autor debe responder frente a tareas concretas que le exige el estado, por vía del sistema penal establecido.

En en nuestro Peñón culpabilidad es juicio de reproche, pero su contenido está determinado por la responsabilidad. El reproche al autor se explica más que por haber podido por otra manera a como lo hizo por el hecho de haber realizado una conducta típica y antijurídica, siendo la persona responsable, que vive, se desarrolla e interacción a tender dinámica social, de lo cual está consciente y tiene conciencia de tal vida de relación impone obligaciones básicas para la convivencia, mismas que son definidas a partir de la conducta social deseada, en función de la protección y salvaguarda de los fines jurídicos de los miembros de la comunidad y el respeto al derecho de los demás, como base de la seguridad jurídica para esa misma convivencia. Esta es la razón por lo cual la lesión a los mínimos es calificada como antijurídica conformando el injusto o delito en sentido estricto y, atento a esto, a su autor, precisamente por ser responsable, en su carácter de miembro de la sociedad local impone una responsabilidad "social" no en sentido determinista, sino en sentido de su conciencia individual acerca del papel social que le corresponde asumir para la convivencia, precisamente en los términos y límites garantista del atipicidad y de la antijuridicidad, fundamentos y presupuestos de la imposición de la pena, junto con la propia culpabilidad que le derivan de su responsabilidad, y precisamente por esto es que le es exigible actuar conforme a lo que la ley le ordena.

La responsabilidad, en consecuencia, es el contenido de la culpabilidad, naturalmente delimitada por la necesaria realización de la conducta de la gente, como base de una posible incriminación, la cual, necesariamente tiene que estar dada dentro de límite mínimo de la exigibilidad señalado por el dolo o culpa típicas.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO TERCERO

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

SUMARIO: I. ámbitos de la responsabilidad. 1. Imputabilidad. a) concepción naturalista psiquiátrica. b) concepto psicológico de imputabilidad. c) concepto psicológico jurídico de la imputabilidad. d) ley penal mexicana. 2. Exigibilidad del conocimiento del injusto. 3. Exigibilidad de la conducta. II. Análisis de las causas inculpabilidad. 1. La inimputabilidad. a) enajenación mental y desarrollo mental y suficiente. b) la embriaguez. c) la minoría de da. d) medidas aplicables a las personas inimputables. 2. La inexigibilidad en la conciencia de la antijuridicidad. a) el error de prohibición. b) teorías para explicar el error de prohibición. 3. La no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad. a) el estado de necesidad exculpante. b) el miedo y el temor exculpante. c) la obediencia jerárquica.

I. ÁMBITOS DE LA RESPONSABILIDAD

Los aspectos en curados con la responsabilidad de la persona son:

- a) la imputabilidad;
- b) la exigibilidad del conocimiento y conciencia del injusto;
- c) exigibilidad de la conducta.

En relación con los anteriores, las causas que excluyen la responsabilidad y por lo mismo se manifiesta como causas inculpabilidad son:

La imputabilidad (quinto y de la imputabilidad);

La inexigibilidad del conocimiento y conciencia del injusto (que impide la exigibilidad de la conciencia del injusto, determinada por el error de prohibición);

La no exigibilidad de la conducta (que precisamente impide la posibilidad exigirá conducta).

1. La imputabilidad

Concepto. Imputabilidad es la capacidad de comprensión del injusto, y de actuar conforme a esa comprensión a partir de la capacidad de autodeterminación de la persona y para conducir se conforma esa misma autodeterminación. Implica un concepto que apunta principalmente al

Contenido psicológico del regular proceso en teletipo de la persona, al cual se incorpora el componente valorativo del injusto es indispensable para precisar su contenido. Es decir, que no se trata de cualquier comprensión, sino precisamente de la comprensión relativa al injusto penal, en cuanto al contenido de la conducta típica y antijurídica.

Para consultar a la imputabilidad, entre los criterios más frecuentemente sostenidos, aparecen las siguientes:

a) concepción naturalista psiquiátrica. Sobre la base de la concepción del estado de derecho en sentido moderno, las primeras legislaciones penales del siglo XIX, más que un concepto de la imputabilidad acudieron a la enumeración de las citaciones en las cuales estimó que se presentaban los casos de no imputabilidad de la persona. Esta referencia legislativa aludió a aspectos que implican ámbito insuficiente desarrollo biológico o de las características psicológicas de la persona y, en función de esto, correspondió la jurisprudencia y la doctrina, conformar los conceptos de la imputabilidad y de la inimputabilidad.

La ley penal mexicana originalmente acudió a este mecanismo, en texto que aunque reformado con posteridad, en 1983 y en 1984, tanto la legislación penal sustantiva, como adjetiva, aún permanecen disposiciones que recogen la anterior redacción como es el caso del artículo 495 el código federal de procedimientos penales.

b) concepto psicológico de la imputabilidad. Con posteridad, varios legislaciones en el mundo incorporaron una nueva fórmula que superó al anterior, para hace referencia a aspectos que tienen un contenido fundamentalmente psicológico. Así, el nuevo concepto de imputabilidad estuvo conformado a partir del concepto de la capacidad de "entender" y de "querer". En esta orientación, particular influencia tuvo el código Rocco, italiano, que siendo un ordenamiento de contenidos bastante técnico, en la fecha en que apareció promulgado, alardes contiene algunas instituciones jurídicas que reflejan las características jurídico políticas del estado italiano de aquel momento.

c) concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad. En en época más reciente surge y se desarrolla concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad que hoy por hoy representa la fórmula más técnica y evolucionada acerca de este concepto. En ése veinte días, la imputabilidad significa un "proceso" y no una mera manifestación de causas; implica, así, un contenido psicológico-jurídico valorativo que afirma que la imputabilidad esa capacidad de comprensión del injusto, como también la capacidad de actuar en consecuencia con esa comprensión. Es, naturalmente, un concepto que por el contenido que incorpora, admitió la graduación de la imputabilidad

d) la ley penal mexicana. La última fórmula señalada en el inciso III, es la tormenta recogida en la ley penal mexicana, con posteridad a las reformas incorporadas en artículo 15, fracción séptima y en el 69 bis.

Expresa el artículo 15 esa fracción séptima:

El delito se excluye... al momento del esa derecho típico, en la gente no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel puede conducir se de acuerdo con esa comprensión, en virtud de parecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre cuando lo haya previsto o fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código:

Si la capacidad de, de comprender el carácter ilícito derecho o para determinar se de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción séptima, el artículo 15, este código a juicio del juzgador, según proceda, se le pondrá hasta dos terceras partes de la pena que le correspondería al delito cometido o a la media de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en casa de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación del imputabilidad del autor.

A su vez la última parte del primer párrafo, de la fracción séptima, ante señalada, se refiera la figura de la acción libre su causa, originada dolosa o culposamente.

Reconociendo la ventaja general de la fórmula presidente, vale señalar, sin embargo, recordando las consideraciones críticas de gustos que tal fórmula de contenido psicológico jurídico, adolece del defecto general del normativo mismo, en el sentido de que pone el acento en la norma y, por lo mismo, deja insuficientemente perfilar la figura del sujeto responsable. En estas ideas, vale observar, insistir en que el esquema general del análisis del delito, no se debe de partir del concepto del hombre individualmente considerado, cuyo presupuesto, en general y abstracto, es libre albedrío, que por lo mismo construyendo presupuesto de la imputabilidad, sino que necesario reconocer al hombre como tal social y como director partícipe del drama social y, por lo mismo, la imputabilidad debe ser planteada desde la perspectiva cambie social y concreta que exige tomar en cuenta la concepción del estado y la sociedad misma.

Entendidas y la imputabilidad, como problema social y político, su concepto aparecí incluido por las modernas orientaciones de la so-

ciología, entre otras por la anti-psiquiatría y por la teoría de las culturas (el hombre actúa en grupos sociales diversos, de los poderes y de una conciencia valorativa y de acción que puede ser consciente o diferenciada; el hombre está inmerso en una red social que configura su valoración y por tanto su responsabilidad, como actor social); se reconoce, así, el hombre actúa dentro de una sociedad plural, en la que deben de reconocerse los diversos ámbitos culturales y sociales que serán dentro del propio grupo social, lo que supone una perspectiva que no puede ser pasada por alto en el enjuiciamiento del hombre social. A su vez, la anti-psiquiatría poco psiquiatría alternativa, ha llevado intentar la comprensión de que la enfermedad mental no necesariamente a de ser observada es el punto de vista naturalista biológico, sino que puede ser reservada bajo otra perspectiva, reconociendo la, resultado de un conflicto social y político, que el sujeto entren con o con el sistema en el que vive, lo que le produce, como consecuencia, determinadas formas de reacción esa conducta que son expresión y manifestación de ese conflicto y, así, en este sentido, el enfermo mental, no necesariamente un enfermo en sentido biológico, como tampoco una persona diferente, sino que puede ser algunos procesos de conflictos socio-políticos, los cuales, sin embargo pueden producir efectos somáticos y psicológicos. En ese sentido la imputabilidad, en cuanto funcione juicio neto valorativo de la persona, debe tomar en cuenta estas observaciones, considerando que no es necesariamente un ser anormal en sentido biológico y, que a fin de cuentas, tiene su propio mundo y sus reglas de solución para sus propios problemas, en los que a entrar en conflicto agudo con el sistema social establecido.

En esta línea ideas, la imputabilidad, aparece como procede incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente ordenamiento jurídico, respecto del cual, es necesario que se de un juicio valorativo (imputabilidad), que también es socio-político, respecto de tal conciencia que ser producida en un acto contrario al ordenamiento jurídico, razón por la cual, el juicio imputabilidad, no puede ser exacto y general, sino individual y concreto, referido a la persona, en su vinculación con un determinado ámbitos nacional.

En síntesis, la imputabilidad, se presenta como precio de compatibilidad de la concisa esencial del sujeto es actuar frente al ordenamiento jurídico. En este sentido, más que individuos inimputables en el sentido tradicional de falta de capacidad concreta de libertad, o de motivación, o de culpabilidad, ya que todos tienen tales capacidades siguen vinculadas a su propio personal sistema de reglas, acorde con su propia concepción del mundo, aún cuando sea el derivado de su propia conflictiva lo que será es precisamente la incompatibilidad de la con-

Ciencia del sujeto en su actuar frente al orden jurídico. A su vez, como ya señalado, el juicio de inimputabilidad en sentido biológico, resulta ser estigmatiza ante y la constatación de la comisión de un delito en una sociedad democrática no requiere de la estigmatización de la persona, sino lo contrario.

2. *Exigibilidad del conocimiento del injusto*

Un segundo espectadora responsabilidad, como sentido de la culpabilidad, es la posibilidad de exigir la conciencia del injusto al sujeto responsable.

Acerca de la ubicación sistemática del tema, en el modelo causal naturalista del atrio del delito en algunas expresiones o criminales del causalismo valorativo, el sólo aparece recogido la culpabilidad, implicando lo valorado por que supone la conciencia y conocimiento del injusto.

Cuando tal sistemática aparece replanteada considerando el dolo en atipicidad, como consecuencia de considerarlo como elementos objetivos del tipo, implican conocimiento a cual respecto de todos y a cada uno de los elementos objetivos normativos del mismo, salvo el caso del elemento normativo nodal de la previsión del injusto, aspecto respecto del cual con mayor precisión se requiere, sólo el conocimiento que no necesariamente a de ser actual, sino que puede ser potencial. (Véase. *Supra* el dolo en atipicidad).

Existe diferencia del conocimiento del dolo y la conciencia del injusto. El primero implica el aspecto cognoscitivo ente lectivo de los elementos objetivos del tipo, asume referido a todos los restantes elementos típicos, en tanto que la conciencia del injusto es un ámbito que resulta indispensable para conformar la responsabilidad, como contenido de la culpabilidad y, en función de esto, poder afirmar el juicio de reproche que implica la culpabilidad.

Conocimiento e incomprensión no lo son lo mismo. El conocimiento forma parte del acervo individual de la persona; la comprensión surge desde el aprendizaje social. Una cosa es que la persona conozca la ley o el contenido de la norma y otra que la tenga conciencia del significado y valor social de la ley, para lo cual es necesario haber internalizado su contenido (vgr.: una persona procede de un grupo étnico lejano, acostumbrado sus propias costumbres y editores sociales, a la vez que sus propios forma de respuesta social frente a los actos que consideran contrario estás orden social, en caso de que se gusta dice quedará México, Isabel es posible que pueda enterarse que quien matar o por ser droga o tener mayor esposa implicó delito para la ley mexicana, lo que implicaría el conocimiento de la ley, pero esto no)

significa que comprenda su alcance y entienda la necesidad de conformar su personal conducta a tales pautas normativas, es decir, no ha internalizado el alcance de tal conocimiento, siendo factible que continúe actuando conforme a sus propias pautas y normas sociales en la creencia de que según siendo igualmente válidas para regir su conducta, por lo que puede estimar justificado cometer acciones que son delito por razón de su honor (*Vgr.*: privó de la vida a otro vengando la muerte de su padre o hermano; o bien continúa poseyendo la droga a que está acostumbrado; o bien pretende tener y mantener a varias esposas, para lo cual incluso con traer nuevos matrimonios, acorde con su propia costumbre, etcétera).

En síntesis, la conciencia del injusto se refiere a la situación concreta derivada de la conciencia de la persona acerca de su conducta típica y antijurídica realizada. La imputabilidad de la persona, sobre la base de tales premisas, hace exigible el injusto.

3. Exigibilidad de la conducta

La exigibilidad de la conducta, que con los dos conceptos anteriores Relativos a la imputabilidad y a la conciencia del injusto, conforman los tres aspectos fundamentales de la responsabilidad como contenido de la culpabilidad, a diferencia de los anteriores, funciona en sentido negativo, es decir, una vez que aparece definido el reproche de culpabilidad, este puede ser "dispensado", en razón de ciertas circunstancias que en general vienen recogidas bajo el común denominador de la no exigibilidad de otra conducta.

La exigibilidad de la conducta se presenta como un principio regulador general de la teoría del delito. El juez debe tener en cuenta todas las circunstancias en que actúa el sujeto y, por lo mismo, la exigibilidad de la conducta, se debe plantear lo mismo refiriéndola a su ámbito objetivo que al subjetivo. Si la culpabilidad tiene como fundamento una base puramente normativa individual, aun estando relacionada con una concepción eticista del derecho, el reproche de la culpabilidad sobreviene por su mala conciencia individual; sin embargo, si se reconoce, como se ha apuntado, que el problema de la culpabilidad no es determinar la maldad o bondad intrínseca de la persona, sino que su verdadero problema entronca con el problema de la conciencia social lograda por el sujeto responsable, que implica una perspectiva relacional del sujeto, siempre vinculada a una concepción dialéctica, dialogal. comunicativa y dinámica del derecho, que a su vez converge en su contenido eminentemente sociopolítico, entonces la culpabilidad y el reproche que implica, alude al problema del sujeto responsable que actúa dentro de su relación social y no a la maldad o bondad intrínseca, que denota su con

ducta, lo que obviamente implica un dato metafísico. En cambio, la consideración de la conciencia social y el actuar social en contra del orden jurídico, supone una perspectiva que exige considerar todas las circunstancias que llevaron al individuo a actuar de una determinada manera en la sociedad, lo que obliga a considerar a la persona, en concreto y no bajo un sistema abstracto e ideal, apoyado en valores absolutos acerca del hombre.

La exigibilidad de la conducta supone que, sobre la base de la posible exigibilidad de la comprensión del injusto, se observe, también, si a la persona se le puede exigir una determinada conducta, atento a las circunstancias y condiciones concretas en que se encontraba al momento de acontecer el hecho y que lo motivaron a actuar.

La exigencia de la conducta obliga a tener presente que la misma está en relación con un individuo en particular, en una determinada situación en concreto; lo que implica que la exigibilidad de la conducta sea observada vía un juicio *ex ante*, es decir, al momento inmediato anterior al de la conducta del agente, considerando todas las circunstancias que se le presentaron en el momento de su actuar y teniendo presente que, en la sociedad, ésta no se integra de héroes ni de santos, como tampoco de cobardes o rufianes, sino de ciudadanos y miembros de la comunidad social normales, que actúan en circunstancias normales, que es lo que el derecho debe tener en cuenta sobre la base del principio de la igualdad; en síntesis, tiene que tener en consideración al hombre que actúa en el plano de la realidad social y no bajo planteamientos que supongan consideraciones ideales o no reales.

II. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

1. La inimputabilidad

El código penal mexicano utiliza para conceptuar a la inimputabilidad tanto un criterio biológico psiquiátrico en que refiere las situaciones que dan lugar a la Inimputabilidad, como también incorpora el concepto psicológico jurídico derivado de la reforma de 1994, por medio de la cual, entiende por Inimputabilidad la incapacidad de comprensión del injusto o la imposibilidad de actuar conforme a esa comprensión.

La regulación de la materia, aparece recogida en el código penal, fundamentalmente en los artículos 15, fracción VII, y 69 *bis*, que conceptúan la inimputabilidad, el 24, inciso tercero, en relación con 10\$ artículos 67, 68 Y 69, relativos a la atención de los inimputables. y en los artículos '116, sobre el cumplimiento de la medida de seguridad; y el

118 *bis*, sobre la extinción de la medida de tratamiento a los inimputables.

a) *Enajenación mental y desarrollo mental insuficiente*. Dentro de este marco legal aparecen recogidas las diversas enfermedades mentales o situaciones de insuficiente desarrollo de las facultades mentales, susceptibles de originar causas de Inimputabilidad.

La clasificación más conocida acerca de las enfermedades mentales, es la que en su oportunidad dio a conocer Krapelin, quien en su momento hizo referencia a los siguientes catorce diferentes situaciones que calificaba como enfermedades mentales:

Alteraciones por traumatismos cerebrales;
Alteraciones psíquicas y otras encefalopatías orgánicas; Alteraciones por intoxicaciones, endógenas y exógenas; Alteraciones mentales por enfermedades e infecciones; Alteraciones por sífilis;
Procesos arteroescleróticos y de regresión;
Epilepsia genuina;
Esquizofrenia;
Psicosis maniático-depresivas;
Psicopatías;
Reacciones psicógenas;
Paranoia;
Esquizofrenia;
Casos oscuros.

En el año de 1978 se produjo una clasificación de las enfermedades mentales que, en general, ha sido internacionalmente aceptada la cual, es como sigue:

1. Trastornos mentales orgánicos:

Demencia involutiva;

Reacción orgánico cerebral aguda "delirio",

2. Trastornos producidos por las drogas;

3. Trastornos mentales orgánicos e inorgánicos (deficiencia y retardo mental generalmente orgánicos o por ambiente poco apto);

4. Epilepsia sistemática (orgánica y esencial);

5. Trastornos de personalidad:

Orgánicos (algunos)

De carácter social (la mayoría);

6. Esquizofrenia paranoide;

7. Trastornos sexuales (orgánicos y sociales);
8. Trastornos funcionales:
 - Esquizofrenias (pensamiento, afectividad y conducta); Enfermedades afectivas;
 - Manías depresivas;
 - Estados paranoicos;
 - Neurosis (en discusión).

El tema de las enfermedades mentales, como el de la imputabilidad en general, ha sido siempre particularmente polémico, siendo de señalarse que, en general, la referencia a éstas, ha sido menos orientada hacia los procesos de desarrollo de la enfermedad y más hacia la referencia a los efectos de tales procesos, los cuales muchas veces tienden a un denominador común, sobre todo en los estados agudos, lo que dificulta, la tipología. Se une a lo anterior, las observaciones de la antipsiquiatría que cuestiona el concepto de las enfermedades en sentido biológico, para referirlas como los procesos agudos de conflicto social, es decir, a contemplarlas más como enfermedades sociales. En fin, lo cierto es que la definición acerca del estado de Inimputabilidad exige que el juzgador apoye su definición en los dictámenes periciales correspondientes del profesional médico psiquiátrico.

En síntesis, respecto de las enfermedades mentales, conforme fue referido al ocuparnos de las causas de atipicidad, vale señalar que cuando estas son la causa de que una persona realice un movimiento corporal que origina el resultado típico, si tal movimiento corporal no se significa como un acto de voluntad del sujeto activo, no puede considerarse que exista conducta y, consecuentemente, en el campo del derecho penal, estaremos frente a una causa de atipicidad por ausencia de conducta. Por otra parte, si alguno de los trastornos referidos en la tipología de la patología psiquiátrica señalada, es el origen de la conducta típica y antijurídica de la persona y, por lo mismo, puede afirmarse que, el sujeto activo ha manifestado su voluntad, aún cuando ésta evidentemente resulta ser una voluntad coartada o perturbada, estaremos, entonces, en el caso de la Inimputabilidad, que origina la imposibilidad de responsabilizar al agente y, consecuentemente, estar 'impedidos para imponer el reproche de culpabilidad correspondiente, razón por la cual se deberá aplicar una medida de tratamiento adecuado a su situación y estado, que responde no a la culpabilidad fundada en la responsabilidad personal, en su dimensión individual y social, sino solo en la responsabilidad social.

b) *La embriaguez*. En relación con la embriaguez, originada por causas exógenas y con efectos pasajeros, independientemente de su origen

etílico, de gases o de drogas, naturalmente también pueden dar lugar a estados que generan la inimputabilidad. Para que la embriaguez pueda surtir un efecto exculpante, es decir, que sea constitutiva de una causa de inculpabilidad por Inimputabilidad, es necesario que la embriaguez sea plena o total. es decir, que coarte totalmente la capacidad de auto-determinación o para conducirse conforme a ella. Por el contrario, la embriaguez que no origina tal estado de inimputabilidad, es frecuentemente regulada como una calificante por la ley penal o por los reglamentos administrativos relacionadas.

c) *La minoría de edad.* En términos de lo dispuesto en la legislación penal mexicana, en manera similar a como acontece en la mayor parte de los países del mundo, particularmente en aquéllas de formación jurídica occidental europea, la minoría de edad, supone una presunción *iure el de iure* de inimputabilidad. que tiene como fundamento la consideración de que las vivencias del menor, se rige por una racionalidad que no coincide con la racionalidad propia de la cultura del adulto que es la que determina el orden jurídico y social reconocido e impuesto por el estado, por vía del derecho.

Sobre esta base, las conductas típicas y antijurídicas de los menores, cuyo análisis, en orden a la teoría general del delito no tiene porque diferir del análisis de las similares conductas de los adultos, sin embargo, al atender el respectivo análisis de la culpabilidad, precisamente, al ocuparse de la inimputabilidad, frente a la conciencia de que los menores actúan conforme a su propia vivencia y racionalidad, que a su vez supone el proceso natural de la racionalidad en formación respecto de la cultura del adulto. supone por tanto su consideración y enjuiciamiento diverso del previsto para los adultos, que debe ser objeto de atención por órganos de conocimiento e instituciones especiales de carácter tutelar. cuya característica medular es que deben tener en cuenta la específica cultura y racionalidad propia de su edad, procurando el favorecimiento de su formación y tránsito al universo cultural y social del mundo de los adultos en el cual necesariamente habrán de desarrollarse y del cual habrán de formar parte.

Naturalmente, tanto los procedimientos como las medidas tutelares aplicadas, deben quedar sujetas a todas las garantías que el estado de derecho afirma y previene respecto de la situación jurídica de los adultos. En este sentido, la inimputabilidad de los menores implica la imposibilidad de que quede sujeto a los procedimientos jurisdiccionales regulares y que en tal sentido le sea aplicable la ley penal, pero a la vez, sus propios procedimientos aplicables, que deben tener un contenido evidentemente moralizante, deban observar también la presencia de

iguales e incluso mayores garantías jurídicas para el menor y no su disminución, a la vez que su invariable orientación específica hacia los objetivos señalados.

En los últimos años, se ha ido fortaleciendo, cada vez con mayor vigor una tendencia, que nos es exclusiva de México, misma que se manifiesta en todo el mundo que responde a la cultura occidental europea, y cuyo derecho es de origen Latino, a reconocer la posible imputabilidad de los mayores de 16 años y menores de 18 años, naturalmente, siempre que por exámenes periciales se acredite tal base de imputabilidad en cuyo caso tal tendencia se orienta a reconocer que puedan quedar sujetos a la jurisdicción de los adultos. Es evidente que tal orientación guarda relación con la incidencia, cada vez mayor de la delincuencia juvenil grave, que se manifiesta sobre todo en las grandes urbes, pero también en poblados.

Al respecto la legislación penal mexicana, originalmente estableció las bases para su regulación en el Título Sexto, denominado "delincuencia de menores", del Libro Primero del código penal, artículo 119 a 122, mismos que fueron derogados cuando la regulación paso a la ley especial siendo la actual, la "ley para el tratamiento de menores infractores para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1991, que sustituyó a la ley que crea el consejo tutelar de menores infractores para el Distrito Federal que, a su vez, había entrado en vigor en el año de 1974. En su artículo Transitorio Tercero, la referida ley, expresamente derogó los artículos 119, 122 del código penal del Distrito Federal, como los artículos 73 a 78 de la ley orgánica del poder judicial de la federación, el 503 del código federal de procedimientos penales y los dispositivos 673 Y 674 fracciones 11' Y X del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en todo lo relativo a los menores infractores.

Conforme a lo dispuesto en los primeros artículos de la ley especial señalada, particularmente los artículos 4 y 6, se establece que el consejo de menores es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía técnica, el cual deberá aplicar las disposiciones de la propia ley. El artículo 6, a su vez, expresa que el consejo de menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de once años y menores de dieciocho años, tipificadas por las leyes penales, señaladas en el artículo 1 de esta ley. Los menores de once años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado, que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán en este aspecto, como auxiliares del Consejo.

El artículo 7 señala el procedimiento dentro del consejo de menores, mismo que comprende las siguientes etapas:

Integración de la investigación de infracciones.

Resolución inicial.

Instrucción y diagnóstico.

Dictamen técnico.

Resolución definitiva.

Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento.

Evolución de la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento.

Conclusiones del tratamiento.

Seguimiento técnico interior.

La estructura orgánica del Consejo de Menores, aparece señalada en el artículo 8, que previene que El Consejo de menores contará: 1) Un Presidente de Consejo; 2) Una Sala Superior; 3) Un Secretario de Acuerdo en la Sala Superior; 4) Los Consejeros Unitarios que determine el presupuesto; 5) Un Comité Técnico Interdisciplinario; 6) Los Secretarios de Acuerdos de los Consejeros Unitarios; 7) Hasta tres Consejeros Supernumerarios; 8) La Unidad de defensa de menores; 9)

Las Unidades Técnicas y Administrativas que se determine.

Determinación de la minoría de edad. La minoría de edad deberá de apreciarse al momento del inicio de la conducta típica, lo que resuelve dudas respecto de la interpretación de los tipos penales de resultado material, los permanentes o continuos, y los continuados.

d) Medidas aplicables a las personas inimputables

El artículo 67 del Código penal expresa:

En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.. .

El artículo 68, a su vez refiere:

Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando

Las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso y el artículo 69 *bis*, a su vez refiere:

Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la inimputabilidad del autor.

Como se observa, en relación con la aplicación de las medidas a las personas inimputables, la ley plantea un amplio espectro de posibilidades y opciones de atención que van desde el internamiento hasta el tratamiento en libertad bajo la custodia de los familiares, previo el procedimiento correspondiente.

En este orden de ideas, el tratamiento de internación exige la presencia de instituciones especializadas, que deben tener la capacidad de atención y respuesta para el tratamiento de las características específicas de la persona, que hubieran originado la aplicación de la medida. Por otra parte, la propia ley previene la posibilidad de que las personas a quienes se apliquen este tipo de sanciones, no penales en sentido estricto, puedan ser entregadas a las personas a quienes legalmente pueda corresponderles hacerse cargo de ellas, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento.

En términos de lo dispuesto en la ley, existe la posibilidad de que la imposición de las medidas sea objeto de modificación o conclusión, de manera provisional o definitiva, de acuerdo con las características y necesidades sugeridas por el tratamiento, para lo cual deberán efectuarse revisiones periódicas con la frecuencia, y características que exija el caso.

Finalmente, el último dispositivo señalado establece las bases de la aplicación de la medida o pena correspondiente, para el caso de la así denominada inimputabilidad disminuida, situación en la cual podrá imponerse hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería por el delito cometido, o bien, las medidas de seguridad previstas en el dispositivo 67 anterior. A su vez, el artículo 77 del código penal, expresamente señala que corresponde al Ejecutivo Federal la ejecución de las sanciones, lo cual naturalmente hace referencia tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

A su vez, el artículo 52 del código penal, en discutible texto, expresamente señala:

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 la culpabilidad del agente, teniendo en Cuenta....

En efecto, en relación con las medidas para los inimputables nada tiene que hacer el grado del injusto y el grado de la culpabilidad, que, sin embargo, si tienen aplicación en relación con las penas y medidas aplicables a los imputables.

2. La inexigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad

a) *El error de prohibición.* La causa de inculpabilidad por la inexigibilidad de la conciencia del injusto, deriva de la falsa creencia de estar obrando conforme a derecho, lo que implica el desconocimiento de la ley (error sobre la prohibición típica) o bien la falsa creencia de estar actuando protegido por una causa de justificación (error sobre la falsa creencia de estar actuando al amparo de una existencia de regla permisiva), situaciones, éstas, que generan el así denominado error de prohibición, a su vez origen de la inexigibilidad de la conciencia del injusto que motiva la inculpabilidad.

Al ocupamos del error de tipo, en el estudio de la tipicidad, al referimos al elemento subjetivo del tipo, señalabamos cómo la teoría del delito, inicialmente se ocupó sólo del error de hecho y de error de derecho, y fue después, ya bien entrado el siglo xx, con la evolución de la dogmática del delito, que se plantearon los conceptos del error de tipo y el error de prohibición, a su vez en relación, con la evolución también de los modelos sistemáticos.

Así, hasta principios del presente siglo y siguiendo una antigua tradición, el error de derecho se consideró como irrelevante para el derecho penal, sobre la base del principio de que el error del derecho no excusa su cumplimiento *error iuris nocet*. Con la evolución de la teoría del delito, los problemas que planteaban el error de derecho y error de hecho, pronunciados con la integración del dolo y la culpa en el tipo y la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo, además de los objetivos, llevaron a la revaloración de la teoría del error que derivó en la formulación de los nuevos conceptos mencionados. Así, el error de prohibición es el que recae sobre la antijuridicidad, ante la errónea creencia de estar obrando lícitamente, sea por la ignorancia de la ley, o por el error acerca de la prohibición contenida en el tipo, o bien ante la errónea creencia de estar en presencia en una causa de licitud.

Este concepto, aparece congruente con el principio de la culpabilidad normativa, ya que si culpabilidad es reproche por haber realizado una conducta contraria al derecho, el error esencial acerca del conoci

miento de esa contradicción con el derecho, necesariamente tiene que ser relevante y por lo mismo debe impedir el reproche de culpabilidad.

La presunción acerca del conocimiento de la ley es un principio general de derecho civil que tiene una entidad diferente: implica, que la validez y vigencia de que la ley no puede quedar supeditada al conocimiento particular de todos y cada uno de los ciudadanos, sino que tiene validez en si misma, por el hecho de su promulgación y publicación, previa la superación del proceso legislativo, que la aprueba, haciéndola vigente. Esto, sin embargo, no elimina que, en materia penal, como una garantía para los miembros de la sociedad y para el justiciable, quien también es un miembro de la comunidad social, entendible por la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y que también la afecta, en el análisis concreto de los casos, se valore la situación de las personas. que estén en un error acerca del contenido de prohibición de esa ley, en desconocimiento de la misma o acerca de la permisón, y éste es el sentido del error de prohibición.

En síntesis, si el orden jurídico encuentra su validez en que es el orden emanado de la voluntad social, jurídico políticamente estructurada del Estado que la convierte en ley, lo que a su vez implica el acto soberanía que da base a la coercibilidad jurídica y, concretamente, a la coercibilidad penal derivada del *ius puniendi*; por otra parte, para que dicha ley pueda ser legítimamente aplicada a los miembros de la sociedad en concreto, es necesario que el sujeto a quien se aplica se le pueda exigir el cumplimiento de dicha ley y para esto es necesario que la valoración jurídica que implica la norma haya sido conocida por el, sujeto, siendo su falta, lo que precisamente determina la existencia del error de prohibición, impidiendo responsabilizar a la persona y declararlo culpable.

b) *Teorías para explicar el error de prohibición*

1. Teoría del dolo, plantea dos orientaciones: La teoría estricta del dolo y la teoría del dolo limitado.

La teoría estricta del dolo: entiende que el dolo comprende tanto el conocimiento (actual) de la tipicidad, como el conocimiento (actual) de la antijuridicidad. El error de prohibición invencible elimina dolo y culpa, en tanto que el error vencible elimina el dolo, pero deja subsistente la culpa. Se cuestiona la teoría, porque iguala el conocimiento de la tipicidad con el conocimiento de la antijuridicidad, siendo que el primero es un conocimiento referido a la realización de la conducta, mientras que el de la antijuridicidad responde a la exigencia de una determinada conciencia del sujeto de estar actuando en contra de lo ordenado por la ley al lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

La teoría limitada del dolo: intentando superar la dificultad de la posición anterior, reconoce que el dolo tiene dos momentos cognoscitivos diferentes, uno referido al tipo que implica un conocimiento actual y el otro dirigido a la antijuridicidad, que sólo requiere una posibilidad de conocimiento. Al respecto se observa, que si se reconoce que los presupuestos son diferentes, quiere decir que hay estructuras diferentes que no admiten el mismo tratamiento.

2. Teoría de la culpabilidad, plantea dos posiciones: La teoría de la culpabilidad estricta y la teoría de la culpabilidad limitada.

Teoría de la culpabilidad estricta: Estima que el dolo, entendido como dolo natural, aparece en la tipicidad, en tanto que la conciencia del injusto en cuanto posibilidad de conocimiento, o conocimiento potencial, es un problema de la culpabilidad, que se vincula con la valoración del proceso de formación de la voluntad del sujeto. Así, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, y no el dolo ni la culpa, ya que el injusto permanece intacto; y el error vencible permite atenuar la culpabilidad, en función de que se trata de un injusto doloso, o bien uno culposo. En principio es ésta la posición más atendible.

Los cuestionamientos que se plantean a esta teoría de la culpabilidad estricta, se vinculan con la concepción del injusto porque, según se señala, introduce en la culpabilidad elementos cognoscitivos que son diferentes a los estrictamente valorativos propios de la culpabilidad normativa. Se observa así, que en el injusto, se confunde el hecho con sus valoraciones; el hecho, en el injusto, es uno sólo, el cual es objeto de diferentes valoraciones en relación con el bien jurídico y la regulación social; pero en relación a tales valoraciones, solo se puede plantear la exigencia de una determinada conciencia que implica una vivencia social, y ello no es lo mismo que la consideración de que el hecho implica un proceso psicológico concreto de conocimiento, por lo cual quienes hacen esta afirmación confunden los presupuestos subjetivos de las causas de justificación, que pertenecen al hecho, con una cuestión valorativa, razón por la cual plantean respecto de aquellas, la posibilidad de un error de prohibición y por tanto una atenuación de la culpabilidad en el caso del error vencible: Por otra parte, la teoría lleva a introducir en la culpabilidad el conocimiento actual de los presupuestos fácticos de las causas de justificación, cuando éstos son parte de la causa de justificación que no pertenece a la culpabilidad, por lo cual se genera confusión en relación con la estructura de la conciencia de la antijuridicidad.

La teoría limitada de la culpabilidad: esta teoría por su parte, se manifiesta en diferentes posiciones que apuntan su interés por los presupuestos de las causas de justificación. Para los que siguen la teoría de

los elementos negativos del tipo, habrán de referirse al error de prohibición sin referirse a los presupuestos fácticos de las causas de justificación, ya que, en esa orientación, pertenecen al tipo, como sus circunstancias negativas, por tanto, siendo parte, de la tipicidad, el dolo debe estar referido a ellas, por lo cual oscilan dentro de la problemática del error de tipo y no del de prohibición.

En síntesis, en relación con la creencia errónea de obrar lícitamente, vale observar que frente a la conciencia exigida no surge aún el problema del error propiamente dicho; surge de la conciencia concreta del autor que rige su obrar injusto, lo cual implica no un problema de conocimiento del injusto, sino de una creencia errónea que se hace acto; es decir ni la teoría del dolo, como tampoco la de la culpabilidad logran aprender este contenido de la creencia errónea.

La creencia errónea invencible que genera la no exigibilidad de la conciencia del injusto, no es un problema de conocimiento, sino de comprensión acerca del contenido de una determinada valoración (la prohibición), y si la persona, por sus circunstancias concretas personales y fácticas tuvo o no la oportunidad de comprenderla, lo que naturalmente significa que si bien el injusto subsiste y no queda eliminado, en tanto que se realizó una conducta dolosa o culposa que es también antijurídica, a la vez la persona no está en posibilidad de responder en igual forma por ese injusto. Por otra parte, no siendo identificables conocimiento con conciencia del injusto, cuando el error incide en la falta del cuidado requerido, sobre el cual se construye el injusto culposo, la persona si podrá responder por su hecho, pero la exigibilidad de la conciencia del injusto aparecerá disminuida, implicando una atenuación de la responsabilidad a su cargo.

El error de prohibición es problema de la culpabilidad y no de la tipicidad. El error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. El mismo puede ser invencible o vencible. Es invencible cuando el sujeto no tiene oportunidad de comprender la antijuridicidad de su hecho y da lugar a que no haya responsabilidad, lo que excluye la culpabilidad. A su vez, el error vencible origina la responsabilidad culposa, cuando esta aparezca incriminada.

El error de prohibición impide siempre la comprensión de la antijuridicidad, sin embargo, en ocasiones ocurre porque se afecta la posibilidad del conocimiento de la prohibición (error directo), en tanto que en otras se presenta cuando erróneamente cree el agente que existe un permiso para actuar (error indirecto).

La creencia errónea sobre la licitud de la conducta, en general se refiere a las situaciones siguientes:

Error referido específicamente a la licitud. Se trata del error que específicamente incide en el conocimiento de la prohibición y que conforma la teoría más seguida. Se recoge en la antijuridicidad, y que nosotros pensamos que indiciariamente se da en la presencia del contenido del deber previsto en la prohibición o mandato de la norma recogida en el tipo, lo que no evita que, en última instancia, siempre estaremos ante el caso de un error que incide en el conocimiento de la prohibición, sea en la tipicidad o en la antijuridicidad (error de prohibición directo).

Error referido a los límites del injusto: Es el error sobre la licitud de la conducta que recae sobre el límite o definición del ámbito que abarca la prohibición o mandato, cuyo análisis es similar al caso anterior (*Vgr.*: la persona sabe que robar es delito, pero piensa que tal robo se da entre los particulares y no hace referencia a los bienes del Estado, es decir, el límite de su conocimiento acerca del alcance de la prohibición, es diferente).

Error sobre la licitud de la conducta que recae sobre las reglas de permiso que implican otras valoraciones fundamentales del orden jurídico para la determinación del injusto (error de prohibición indirecto) (*Vgr.*: la persona que apoyada en el derecho a corregir a sus hijos, siente que puede hacer lo mismo con los hijos del vecino). Es un error que naturalmente corresponde analizar plenamente en la antijuridicidad.

Creencia errónea sobre la licitud de la conducta, en relación con la posible presencia de excusas absolutorias o condiciones de punibilidad (*Vgr.*: el hijo que cree que saca dinero de su padre, sin percatarse de que se trata del dinero de un desconocido).

3. La no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad

En el apartado anterior, nos hemos ocupado de la inculpabilidad proveniente de la falta de comprensión y conocimiento de la antijuridicidad, corresponde, ahora, ocuparnos de la no exigibilidad de otra conducta, en donde sí se da el conocimiento o comprensión de la antijuridicidad.

Vale señalar, en primer término, que la inexigibilidad de una conducta como inculpabilidad, más que ser una causa específica de inculpabilidad, como frecuentemente se la reconoce, en realidad es el común denominador, y la esencia mínima de todas las causas de inculpabilidad, ya que toda causa de inculpabilidad, a fin de cuentas, obedece a que en el caso concreto no es posible exigir al autor su actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo, es decir, no se le puede exigir que hubiera actuado conforme a derecho, sea porque el autor no tenía capacidad de autodeterminación para conducirse conforme a sentido y

significación (inimputabilidad); o bien, porque aún teniendo tal capacidad, por las circunstancias en que se presenta el caso, no puede exigirse le a la persona la comprensión de la antijuridicidad de su acto (inexigibilidad de la comprensión del injusto); o bien, porque aún existiendo tal comprensión de la antijuridicidad de su acto, en el caso, no puede exigírsele la adecuación de su conducta a lo ordenado' por la ley (no exigibilidad de otra conducta).

Este último caso, es el que ahora nos ocupa, es decir, los supuestas en que la conducta es inexigible por razón de la situación reductora de la autodeterminación, fundamentalmente son dos los casos aquí estudiados:

El estado de necesidad exculpante;

Incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, originadas por razones de carácter psíquico.

a) *El estado de necesidad exculpante*

El estado de necesidad inculpante o exculpante es el que deriva de la coacción (*Vgr.*: te mato si no matas); es el que obra violentado por la amenaza de sufrir un mal grave; el típico caso de la *vis compulsiva*. No es necesario que la amenaza provenga de una tercera persona, sino que puede encontrar su origen también en la fuerza de la naturaleza; la persona que se ve en la necesidad de dejar morir al compañero en el naufragio, porque la bolsa no soporta a más personas' de las que ya se intenta salvar. Como se observa, en estos casos no es indispensable que la persona actúe perturbada por el miedo, basta con que esté conciente y reconozca o sienta la situación de peligro que lo amenaza y que esto sea lo que lo determine en su actuar, de manera tal, que no sea posible exigirle una conducta diversa de aquélla conforme a la que actuó.

Rigen en ésta los mismos requisitos y características generales que se previenen para el estado de necesidad justificante (causa de justificación) con la diferencia de que, en el caso, existe equivalencia entre el bien jurídico protegido que se lesiona y el que se salva. Precisamente en esto radica su característica fundamental, a la vez que su diferencia. En el estado de necesidad justificante la característica que lo distingue es la salvaguarda de un bien jurídico de mayor jerarquía, afectando uno de menor jerarquía, bien que dicha salvaguarda se refiera a bienes propios o ajenos; bajo el fundamento de que nadie está obligado a sacrificar un bien de mayor jerarquía para salvaguardar uno menor, lo que lleva a la proporcionalidad entre el bien afectado y el protegido.

En relación con el estado de necesidad exculpante, en cambio, no es necesario recurrir a la valoración *ex ante*, acerca de los bienes jurídicos, sino que para reconocer la exculpante, cuanto es necesario analizar es, si la persona tenía alguna otra posibilidad de actuar, o si era su úni

ca alternativa posible, sobre la base del principio de que nadie está obligado a lo imposible, como asimismo en el principio de la autoconservación y, en función de ello, concluir la exclusión de la exigencia para actuar en los términos previstos por la ley, actualizando la causa de inculpabilidad. Como es natural en el caso concreto es necesario tomar en cuenta la motivación del agente para actuar.

Así, en el caso de la exculpante, lo que cuenta no es ya el contenido en sí del injusto sino la posibilidad de responsabilizar a la persona por la conducción de su conducta. En la exculpante solo es necesario enjuiciar cual fue el efecto que tuvo la situación motivadora en la persona del autor y hasta que punto tal afectación le haya determinado un estado emocional insuperable relacionado con su creencia de sufrir un mal igual o mayor, independientemente del peligro objetivo, que es el que lleva a la presencia de la no exigibilidad de otra conducta.

b) *El miedo y el temor exculpante*. Ésta es otra de las formas que la doctrina reconoce como una causa de no exigibilidad de otra conducta. Para que pueda darse la exculpante, es necesario que se de precisamente el miedo, entendido como un determinado estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera. Al respecto, se presentan dos situaciones diferentes susceptibles de análisis: a) Por una parte, puede ocurrir que el miedo suponga un estado emocional tal que cause la alteración de las facultades mentales de la persona, generando una situación similar a la que acontece en el caso de la inimputabilidad y que es el verdadero caso del miedo. b) Puede suceder, también, que tal situación no acontezca, en cuyo caso el miedo incide en el contenido de las motivaciones al momento de actuar, en la inteligencia de que las facultades mentales de las personas se siguen reconociendo como regulares y por lo mismo sigue manteniendo su capacidad personal para auto determinarse en su actuar y en su conciencia del injusto, pero el miedo al incidir en sus motivaciones coarta su posibilidad para decidir libremente; viene a ser el caso más claramente identificado de la así denominada *vis compulsiva* (Vgr.: la persona que bajo la amenaza de muerte de un tercero que lo encañona con el arma se ve obligado a cometer un delito, evidentemente en contra de su voluntad). Este caso, se asimila a los que se recogen como incapacidad para dirigir la acción conforme a la comprensión de la antijuridicidad.

Por otra parte, por cuanto se refiere a las motivaciones que generan el miedo, éstas, no necesariamente han de ser objetivas, sino que pueden ser subjetivas; así, da igual que el miedo tenga como origen una situación real o no, siempre que la misma opere como factor desencadenante de la situación de miedo.

Finalmente el miedo ha de ser insuperable, es decir, que conforme al juicio *ex ante* no haya tenido otra posibilidad para actuar.

Delito putativo: Se presenta en el caso de la persona que erróneamente cree estar cometiendo un delito (*Vgr.*: "A" cree que comete robo en bienes que son parte de lo que es suyo; "B" cree que puede cometer adulterio con su mujer, etcétera). En todos estos casos el delito no existe salvo en la mente de su autor y, por lo mismo, no siendo en realidad conducta delictiva no puede generar consecuencias jurídico penales.

La justificante y la excluyente de responsabilidad putativas. Las justificantes como las excluyentes de responsabilidad putativas, son aquéllas que se presentan en el caso de la persona que actúa creyendo erróneamente que está en una situación justificante o excluyente de responsabilidad, que en realidad no existe. Son precisamente los casos que hacen surgir el error de prohibición indirecto.

c) *La obediencia jerárquica.* La obediencia jerárquica, en cuanto obediencia debida, manifiesta relevancia jurídico penal de acuerdo con la forma en que se presenta. Atento a sus características, puede plantear diversos supuestos, cuyas consecuencias son en algunos casos, una causa de atipicidad, en otros, una causa de justificación y en otro una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Para determinar su naturaleza es necesario, conocer caso por caso sus características:

Si la orden impartida legítimamente, origina el cumplimiento de un deber jurídico, se estará frente a una causa de atipicidad.

Si la orden del superior jerárquico, es claramente antijurídica, su cumplimiento origina que la conducta del subordinado implique en principio una conducta típica penal, pero el propio subordinado se encuentra protegido por el contenido permisivo de la regla que lo obliga a cumplir el orden superior, razón por la cual actúa en situación que implica la presencia de una causa de justificación que elimina la antijuridicidad del acto.

Si la orden que se dicta es manifiestamente ilegal, su cumplimiento implica una conducta típica, que incluso pudiera también ser considerada como antijurídica, porque implique un contenido que está evidentemente más allá de las facultades del superior, y que incluso pueden implicar la comisión de un delito, pero si quien la cumple no tiene conciencia de la antijuridicidad de su acto, por lo mismo, aquélla no le será exigible, y se estará en el caso de un error de prohibición, a su vez origen de una causa de inculpabilidad por la inexigibilidad de la comprensión del injusto.

Pudiera ser que quien cumple la orden tenga conciencia de la antijuridicidad de la orden y que, al cumplirla, por lo mismo haya realiza

do una conducta típica y antijurídica, con la conciencia acerca de la antijuridicidad de su acto, sin embargo, consciente, a la vez, de que si no cumple tal orden (*Vgr.*: ejecutar la orden de disparar en el pelotón de fusilamiento), la siguiente víctima será el mismo, caso en el cual estaremos frente a una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, frente a un estado de necesidad inculpante.

CUARTA PARTE
TEORÍA DE LA PENA

CAPITULO TRIGÉSIMO CUARTO
TEORÍA DE LA COERCIBILIDAD PENAL
TEORÍA DE LA PUNIBILIDAD (COERCIBILIDAD PENAL)

SUMARIO: I. Concepto. II. Las causas que excluyen la punibilidad. 1. Las causas personales que excluyen la pena. 2. Causas personales que cancelan la punibilidad. 3. Las causas procesales para la operancia de la punibilidad. III. Delitos perseguibles *ex officio* y previa querrela.

1. CONCEPTO

Por coerción se entiende la acción de contener, de reprimir, implicael ejercicio de poder.

Por coerción jurídico penal se entiende la característica que singulariza al derecho penal como una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.

Como ha sido señalado a lo largo de toda la obra, el derecho es un orden vinculante de la conducta humana. La manifestación más típica del orden jurídico es precisamente la "coercibilidad" de la norma jurídica y, en el caso del derecho penal, implica, la "punibilidad".

La punibilidad penal, así, es la característica fundamental de la norma jurídica penal y, precisamente, supone la posibilidad de imponer sanciones. Supone, precisamente, la facultad punitiva del Estado o *ius puniendi*, que constituye una de las manifestaciones más claras y evidentes de la soberanía del Estado.

En el orden de exposición que se sigue, surge como una primera cuestión determinar si la punibilidad debe ser entendida como un elemento integrador del concepto de la norma o si debe entenderse fuera de la misma.

En la evolución del estudio del derecho y, específicamente en el derecho penal, ha sido entendida en uno y en otro sentido. En la época de la bipartición clásica a principios del siglo XVIII y después en la época en que se desarrolla el causalismo naturalista, a principios del siglo XIX, Franz von Litz recogió a la punibilidad como un elemento del delito, lo cual fue entendible, en virtud de que la doctrina aún no descu

bría el elemento de la tipicidad y, así, ante su falta como elemento en la estructura del delito en el modelo sistemático entonces conocido, implicó entendiblemente el elemento diferenciador del ámbito jurídico penal, toda vez que el estudio del delito aparecía analizado bajo un modelo cuya estructura se refería a la conducta antijurídica (integradora del injusto), culpable y que, además, debía ser punible, es decir, conducta objetivamente contraria al derecho y, subjetivamente imputable a la persona responsable, analizados como el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva psicológica, elementos que, obviamente, eran comunes a todo el derecho en general, era necesaria, en consecuencia, la referencia a la punibilidad como elemento específico diferenciador del derecho penal, ya que sólo esta rama del orden jurídico contempla como formas de respuesta social a la pena.

Cuando el esquema de la estructura del delito evolucionó con el concepto de "tipicidad" que introdujo Ernst van Beling, que exigía el encuadramiento del "hecho" al "tipo" previsto en la ley penal, quedó superada y eliminada la necesidad de contemplar como elemento del delito a la punibilidad.

Desde entonces ha habido oscilación de la doctrina penal en el tema en cuestión, entre considerar a la punibilidad como elemento de la norma penal o bien, estimarla como su consecuente lógico jurídico. En términos generales la opinión mayoritaria, como lo expresara Mayer, ha sido entender que la punibilidad y la pena misma son la consecuencia del delito (para quienes en general adoptan como modelo de análisis del concepto de delito la conducta, típica, antijurídica y culpable), o bien, como la consecuencia lógico jurídica de los "presupuestos de la punibilidad", conformados éstos, por el concepto del injusto o delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), como presupuesto primero y la culpabilidad, entendida como el segundo presupuesto, consistente en la responsabilidad penal de la persona; o bien, en el estricto análisis normativo formal, es la consecuencia jurídica del tipo que contiene la prohibición.

Así, para quienes entienden el delito en función del tríptico: tipicidad (conducta típica), antijuridicidad y culpabilidad aun cuando consideren a la conducta como elemento previo y fuera de la tipicidad; como también para quienes entiendan el delito como injusto penal (conducta típica y antijurídica) y a la culpabilidad como reproche al autor por haber cometido el injusto, es natural que la punibilidad y la pena misma, en tales depuraciones sistemáticas, se entiendan como la consecuencia punitiva de la existencia de un delito reprochado a una persona.

Para la imposición de la pena sólo será necesario que no se presente una situación que impida la punibilidad por razones de política cri

minal. El problema de la punibilidad, así, surge cuando se comprueba que hay casos en que pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo, no se aplica pena.

La punibilidad aparece entendida en un doble sentido. Primeramente se entiende la punibilidad como merecimiento de pena. En este sentido significa que toda conducta, por el solo hecho de ser típica, antijurídica y culpable es merecedora de pena, o lo que es lo mismo, todo delito es punible que se recoge en la expresión "*A debe ser B y si no será C*". *A* debe de actuar conforme con lo que previene el contenido del mandato o prohibición que plantea la norma jurídico-penal del Estado (no debe matar) y, en caso de hacerla, hace nacer la expectativa a cargo del propio Estado de imponer la pena (si tu matas yo Estado te impongo una pena). Refleja, así, el sentido retributivo de la pena, 'que se reconoce tanto en la concepción de la pena absoluta, como en el principio de la prevención general de la pena.

En segundo lugar la punibilidad se entiende como necesidad y posibilidad concreta de aplicación de la pena. La punibilidad, en este segundo sentido, tiene un significado diferente que implica la posibilidad real de aplicación de la pena. En efecto, para los efectos de la imposición de las penas, no sólo es necesario que se observe que todo delito es merecedor de una pena, sino que asimismo, se hace necesario observar que, en ese caso concreto, a la persona que ha cometido un delito se le deberá de aplicar la pena, toda vez que existen casos. en los cuales aún frente a la presencia de un injusto o delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica) de un sujeto agente responsable (culpabilidad), que conforman juntos los presupuestos de la punibilidad, sin embargo, no se aplica la pena por razones de utilidad social o, lo que es lo mismo, por razones de política criminal, por estimarse que, en ese caso en concreto, no es necesaria la imposición de la pena. Es decir, no siempre opera la coercibilidad penal proveniente de la comisión del delito, ya que existen determinadas situaciones que, en términos de lo dispuesto por la propia ley, hacen innecesaria la aplicación de la pena. Es necesario, en consecuencia, conocer cuáles son las causas que llevan a considerar como necesaria la aplicación de la pena.

11. LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA PUNIBILIDAD

Si se afirma que toda persona responsable de la comisión de un delito es merecedora de la imposición de una pena y, por otra parte, se afirma también que no siempre se aplica la pena a los autores responsables, es necesario analizar cuáles son las causas que impiden tal aplicación de la pena.

Las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, son de dos tipos:

Causas personales que excluyen la pena: Son aquellas que impiden que nazca la posibilidad real de la coerción penal;

Causas personales que cancelan la penalidad: Implican un acto

Posterior, que es sobreveniente al delito y que hace cesar la

Coerción penal que, hasta ese momento aparecía ya puesta en marcha.

Por otra parte, se observa también que es las causas que impiden la punibilidad pueden ser:

Sustantivas o penales; y

Adjetivas o procesales.

1. Las causas personales que excluyen la pena

Son las que obedecen a razones de política penal y que implican circunstancias que deben estar presentes desde el inicio de realización del hecho delictivo. Entre éstas, vale señalar la excluyente de responsabilidad derivada de la relación de parentesco (*Vgr.*: el caso previsto en el artículo 400, segundo párrafo, que expresamente previene la no aplicación de la pena, para el caso del delito de encubrimiento por ocultamiento o favorecimiento, cuando se trate de ascendientes, descendientes, cónyuges, concubina, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, por afinidad hasta el segundo o que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, o gratitud, o estrecha amistad derivados de motivos nobles). Igualmente, el artículos 321 *bis*, que expresamente señala que no se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente, descendiente, consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica o bien que no auxilien a la víctima.

A su vez el artículo 55 que previene otro caso de no imposición, por falta de necesidad de ella, en relación con las personas de edad particularmente avanzada en donde resulta innecesaria e inútil la aplicación de la pena.

En estos casos la coerción penal no puede ser puesta en movimiento, y son causas que, *ab initio*, sólo benefician a quienes expresamente aparecen comprendidas dentro de ellas, es decir al autor o responsable en forma individual, sin que puedan extenderse de manera concurrente.

2. *Causas personales que cancelan la punibilidad*

Son aquellas que, a diferencia de las anteriores, implican circunstancias presentes desde el momento de realización del hecho, en éstas son sobrevenientes, es decir posteriores al hecho, y cancelan la punibilidad (*Vgr.*: el desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa, previstos en el párrafo tercero, del artículo 12, del código penal, cuando se expresa: "si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos)").

Las causas personales que cancelan la pena también la excluyen, sólo que tal exclusión es posterior y no desde un inicio, es decir, la conducta es punible hasta el momento en que la persona se desiste' o bien hasta que se da aquella nueva situación a partir de la cual la aplicación de la pena queda cancelada.

Entre las causas personales que cancelan la penalidad quedan recogidas también las que por su naturaleza la implican y que aparecen previstas en el Título Quince, intitulado "extinción de la responsabilidad penal", del Libro Primero del código penal mexicano. Éstas son las siguientes: muerte del delincuente (artículo 91); amnistía (artículo 92); perdón del ofendido (artículo 93); reconocimiento de inocencia (artículo 94); rehabilitación (artículo 99); prescripción (artículo 100 y subsiguientes); aplicación de la ley más favorable (117); *Ne bis in idem* (artículo 118).

3. *Las causas procesales para la operancia de la punibilidad*

La punibilidad no sólo depende de las situaciones derivadas de las causas penales a que hemos venido haciendo referencia, sino que deriva, también, de ciertas condiciones o requisitos procesales sin los cuales no es posible imponer la pena al autor por el hecho delictivo de que se trate.

La primera condición procesal que se hace necesaria es la presencia misma del *proceso penal*, ya que, atento al principio *nullum crimen nulla poena sine proceso*, es necesario el procedimiento de verificación correspondiente, técnicamente denominado "proceso penal", tanto para la determinación de la existencia del injusto penal, como para la determinación de la responsabilidad del autor y, asimismo, para la aplicación de la pena correspondiente. Este proceso, naturalmente supone el derecho procesal penal o derecho de procedimientos penales y por tal razón excede el contenido de esta obra.

Para los efectos de nuestra explicación, basta tener presente que la presencia del proceso, desde la perspectiva del derecho penal sustanti

vo, implica la exigencia de una *causa procesal* para la operancia de la punibilidad, sin la cual no es posible proceder a la imposición de una pena.

En igual sentido que el proceso se requieren los denominados requisitos de procedibilidad sin los cuales no es posible iniciar, excitar o concluir el procedimiento que lleve a la constatación de la existencia del delito, del responsable y a la imposición de la pena. Al respecto vale hacer ciertas consideraciones.

El ejercicio de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por la Constitución y las leyes emanadas de ella, es exclusiva del Ministerio Público. En México, la facultad jurídica de excitar la jurisdicción penal, a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de si un hecho es o no delito, de la responsabilidad del agente y de la punibilidad consecuente, corresponde exclusivamente al Ministerio Público que cumple la Procuraduría General de Justicia de cada Estado y del Distrito Federal en lo relativo a los delitos de competencia del orden común, y la Procuraduría General de la República, para la competencia de los delitos del orden Federal.

La acción penal es de carácter público, a nombre y representación del propio Estado, observando una doble fisonomía funcional: como autoridad especial, en la etapa de la averiguación previa; y como parte acusadora o fiscalía, durante el proceso, ante la autoridad del juez penal.

La acción penal es una función del cargo lo que significa que el órgano público, una vez que tiene conocimiento de la existencia de un delito por vía de la denuncia, querrela o excitativa, tiene el deber de promoverla y llevarla adelante *ex officio*, es decir, sin que pueda dejar de hacerlo en ningún caso y por cualesquiera razones, salvo las estrictamente jurídicas que la impiden y obstaculizan.

III. DELITOS PERSEGUIBLES *EX OFFICIO* Y PREVIA QUERELLA

Los delitos pueden ser perseguibles "de oficio" o bien "por querrela" de parte. Los primeros requieren la sola denuncia de cualquiera de los miembros de la comunidad acerca de la comisión de un delito, la autoridad competente, es decir, ante el Ministerio Público. Los delitos perseguibles por querrela, implican el ejercicio de una acción derivada directamente de la parte agraviada, quien expresamente manifieste a la autoridad del ministerio público su interés de iniciar la investigación correspondiente a los hechos que estima delictivos y que la han afectado, señalando la conducta considerada como delito y, en caso de ser posible, a la persona señalada como responsable. .

En los delitos perseguibles a "instancia" o "querrela de parte", también denominados "delitos de acción privada", independientemente de que corresponde al Ministerio Público seguir el procedimiento penal correspondiente, en todo momento se mantiene presente el interés de la parte agraviada, de tal manera que ésta tiene la posibilidad de actuar como coadyuvante en el procedimiento; puede ofrecer pruebas; otorgar el perdón en cualquier momento del procedimiento; con lo que automáticamente queda concluido el procedimiento penal o incluso, puede extinguirse también la pena impuesta, si se otorga el perdón del ofendido durante la etapa de la ejecución de la pena, ante la autoridad competente para ello.

En suma, en el ámbito jurídico penal, debe considerarse la salvaguarda del interés de la víctima. Tal esquema, en los delitos perseguibles por querrela de parte se manifiesta de manera aún más pronunciada y relevante al grado de quedar el procedimiento, en parte importante, en manos del propio querellante.

Se ha señalado también que las excusas absolutorias aparecen ligadas a la persona del sujeto activo, en tanto que las condiciones objetivas de punibilidad no implican una referencia al sujeto activo, sino situaciones que inciden sobre el injusto en general. Así., la excusa absolutoria, supone circunstancias relacionadas con la protección del bien jurídico, relacionados con el sujeto activo, que por razones de estricta utilidad, excluyen la imposición de la pena. En cambio en las condiciones objetivas de punibilidad su característica diferenciadora es que surge en relación con la materia misma del injusto, ligada al desvalor del acto y del resultado y, con base en esto no deben ser confundidas con otras formas de causas de exclusión de la pena, como lo son en general la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, etcétera, las cuales o surgen de consideraciones relacionadas directamente con el bien jurídico protegido, como tampoco deben de ser confundidas con las causas procesales que impiden el desarrollo del proceso de verificación penal, como lo son las inmunidades, que implican la exigencia de una previa autorización del órgano estatal para estar en posibilidad de proceder o la denuncia o querrela que son requisitos procesales necesarios para estar en posibilidad de iniciar el procedimiento y juzgar.

Algunos autores han apuntado que las excusas absolutorias son en realidad causas de justificación sobre la base del principio del interés preponderante, similares al que está a la base del estado de necesidad. Sin embargo, al respecto, vale señalar que las causas de justificación se basan en reglas permisivas, es decir, reglas que reconocen y recogen otros valores de la propia sociedad que, a su vez, implican la presencia de los derechos de los miembros de la comunidad social, en la inteli

gencia de que el derecho es un orden de relación social y de regulación de la conducta humana como base de esa relación, es que se conforma tanto con la imposición de "deberes", como con el reconocimiento de "derechos", o lo que es lo mismo, el derecho es un orden de relación que se conforma con obligaciones y derechos, y por lo mismo, esto exige que el enjuiciamiento de la conducta típica se haga también desde el propio orden jurídico, precisamente en función de los derechos que él mismo reconoce; en tanto que en el caso de las excusas absolutorias, no se parte de un planteamiento valorativo del injusto, es decir, desde la tipicidad y la' antijuridicidad, sino sólo en consideraciones de utilidad o de conveniencia de la relación social, lo que naturalmente significan razones de política criminal.

En este orden de ideas, se mencionan como excusas absolutorias específicas: los casos de inviolabilidad de los actos de diputados y senadores, en lo relativo a las opiniones que manifiesten en el ejercicio de sus funciones (artículo 61); como también la de los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (artículo 122 fracción IB, párrafo Séptimo de la Constitución; como también los actos del Presidente de la República que no impliquen delito grave del orden común o traición a la patria (artículo 108, Párrafo Segundo de la Constitución); y los gobernadores de los Estados y diputados federales, serán responsabilizados sólo por violaciones a la Constitución y a las leyes Federales así como por manejo indebido de fondos y recursos federales (artículo 8 Párrafo 3°).

La exención de pena en estos casos se basa en la perturbación general política y social que significaría punir y someter a proceso penal los actos realizados por el Jefe del Estado fuera de los casos expresamente previstos en la propia ley, como también la situación, que derivaría de la punición a los diputados, senadores y asambleístas, por sus opiniones emitidas en el ejercicio de sus cargos, donde la pluralidad propia de la democracia, unida al desbordamiento de las posiciones partidistas en la manifestación de sus ideas y opiniones que también pueden llegar a ser excedidas, podría entenderse como limitación a su libertad de expresión por razón de la representación política que ostentan como voceros de la voluntad social. En el caso de los legisladores no es tanto la libertad de expresión en lo individual de la persona lo que está en juego, sino el interés político social general de preservar las instituciones de políticas fundamentales del país, aquí reflejadas en la inviolabilidad del Poder Legislativo, como también de la inviolabilidad del titular del Poder Ejecutivo Federal, dentro de los límites constitucionalmente señalados; razón por la cual es de concluirse que si se trata una excusa absoluta.

La exención de la pena, en el caso del encubrimiento, como también en los delitos contra la propiedad entre familiares, en los términos previstos en la ley (artículos 400 y 399 *bis*) lo que está en la base de la misma, como excusa absolutoria, es la consideración político social de la alteración de las relaciones familiares y por lo mismo no es acertado intentar plantear la posible existencia de un interés preponderante, en razón del valor de la persona o de la familia.

En el desistimiento y el arrepentimiento tampoco existe un interés preponderante en el sentido de que exista otro bien jurídico a sopesar, sino que es la simple conveniencia político social afirmada en la paz social del Estado y en donde el injusto en que ya se incurrió ni aumenta ni disminuye, lo único que se afecta es la necesidad de la pena, frente a esa situación.

Otra excusa absolutoria, aparece recogida en términos de lo dispuesto del artículo 321 *bis*, de la ley penal mexicana, cuando se expresa: "no se procederá contra quienes culposamente ocasionen lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente, consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica o bien que no auxiliare a la víctima". Como se observa, en dicho caso, independiente de la realización de un hecho que es típico y antijurídico, cometido por una persona responsable y, que por lo mismo, es, en principio, merecedor de pena, sin embargo, en el caso, en razón del ámbito de la necesidad de la pena, aparece eximido de esta por razones de utilidad social o política criminal, relacionadas con el interés político social de la preservación de las relaciones familiares, teniendo en cuenta que, sin duda, la mayor afectación en esas relaciones familiares ya se ha ocasionado con motivo del delito culposo mismo.

Así, otra característica de la excusa absolutoria en que siempre es personal, además de obedecer a razones específicas de utilidad social político criminal, aspecto, éste en que establece otra diferencia con la causa de justificación, la cual no es personal sino que, en su caso, rige para todos, en la inteligencia de que se estima que el hecho típico no contraviene al orden jurídico.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO QUINTO' TEORÍA DE LA PENA

SUMARIO: I. Concepto. II. Principios que sustentan a la pena. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de la necesidad de la pena. 3. Principio de la readaptación social. 4. Principio de incolumidad de la persona o principio de humanidad. III. Teorías que fundamentan la pena. 1. Teoría absoluta de la pena. 2. Teorías relativas de la pena. 3. Teoría de la prevención general de la pena. 4. Teoría de la prevención especial de la pena. 5. Teorías mixtas de la prevención de la pena. 6. El concepto de la pena en sentido moderno. IV. Clasificación de las penas. 1. Penas principales y penas accesorias. 2. Penas graves y leves. 3. Las penas en la legislación penal mexicana.

1. CONCEPTO

En la presente obra se ha estudiado primero, la teoría de la ley penal, a partir de los conceptos de norma y pena (binomio: "norma-precepto pena", en función de la cual se abordan los temas: derecho penal en sentido objetivo y subjetivo; objeto; método; interpretación e integración; fuentes; aplicación de la ley en el espacio, en el tiempo, en relación con la materia y con las personas y concurso aparente de normas), enseguida, la teoría del delito, básicamente entendida como teoría del injusto penal, conformada por el estudio de la conducta típica y antijurídica; a continuación el estudio de la teoría del sujeto responsable, ámbito en el que se ha hecho referencia a la teoría de la culpabilidad a partir de la responsabilidad del agente, como su contenido. Corresponde, ahora, ocuparnos de la teoría de la pena que junto con la teoría de la punibilidad, conforman la CUARTA PARTE de la obra.

Por otra parte, en el orden de ideas seguido, hemos entendido al delito y a la responsabilidad culpable como los dos presupuestos de la punibilidad y para la aplicación de la pena, haciendo la precisión de que ante la presencia de éstos, se produce invariablemente el "merecimiento de la pena" a que alude el alcance de la estructura normativa del derecho sobre la base del esquema si "A debe ser B", o bien del "A debe ser B, y si no será C".

Si bien la dogmática penal ha logrado relevantes avances en el estudio de los derechos y garantías en relación con la teoría del delito y de

a teoría de la culpabilidad o del sujeto responsable, en relación con la teoría de la pena, se advierte que, aun cuando también ha habido importantes avances, existe confusión en los derechos y las garantías que el estado de derecho reconoce.

La pena es un concepto que guarda relación con las características del *ius puniendi* del Estado, en cuanto facultad derivada de su soberanía, la cual fundamenta y da sentido a la coercibilidad del derecho y cuyo límite aparecen definidos en la Constitución.

En el Estado mexicano el alcance del *ius puniendi* deriva de lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 Y 49 de la Constitución, y asimismo, respecto del último de los artículos 18 y 22, como también, en general, de toda la regulación constitucional vinculada con las garantías individuales de seguridad jurídica, por vía de las cuales se define al estado de derecho mexicano, como un Estado democrático, republicano, representativo y Federal.

En síntesis, de la regulación constitucional que hemos señalado deriva la fundamentación jurídico política de la pena en el Estado mexicano.

11. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN A LA PENA

Los principios constitucionales fundamentales que se encuentran en la base de la teoría de la pena, son los que delimitan la potestad punitiva del Estado.

1. Principio de legalidad

Nos hemos ocupado, en anterior sede, del alcance del principio de legalidad, que se reconoce en el principio: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio que trasciende al campo de la pena, en el similar sentido de que no hay pena sin ley que la prevenga.

El alcance del principio de legalidad aparece establecido en el artículo 14 constitucional, especialmente en el párrafo tercero, que expresamente refiere: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Tal disposición se complementa con lo establecido en el Título Segundo, Capítulo Primero, del Libro Primero, del código penal, relativo a las penas y medidas de seguridad, en donde en el artículo 24, se prevé la relación general de ellas, son definidas en la regulación específica de cada una en los artículos siguientes.

Los capítulos 2 a 11 del propio Título Segundo, en los artículos 26 al 50 *bis*, regulan el contenido de cada una de las referidas penas, que

aparecen específicamente señaladas y precisadas en el Libro Segundo del código penal, en términos de lo dispuesto como pena para cada uno de los tipos delictivos previsto en la propia ley penal.

Las diversas instituciones jurídicas reguladoras del delito y, consecuentemente, también de la pena (tentativa, participación, concurso, comunicabilidad de las circunstancias, calidad subjetiva, etcétera) aparecen reguladas en la parte general del Libro Primero del código penal. Éstas, si bien implican instituciones jurídicas relativas al contenido y extensión del tipo sin embargo evidentemente son también determinantes del alcance de la pena.

2. Principio de la necesidad de la pena

Determinada la legalidad de la punibilidad ante la presencia de sus presupuestos y, en función de ello, conformado el merecimiento de la pena, queda por determinar la necesidad de la pena y, como parte fundamental de su contenido, los principios de la *extrema ratio* y de la proporcionalidad de la pena.

Atento a dicho principio de la necesidad de la pena, en primer lugar, es indispensable que, en el caso concreto, sea efectivamente necesaria la aplicación, lo que, a la vez que reconoce al contenido de la retribución por el delito cometido, por otra parte apunta la exigencia de que esa pena, en el caso concreto, realmente sea necesaria. En este sentido, se explica la exención de la pena prevista en el artículo 55 del propio ordenamiento, cuando al autor a consecuencia de su senilidad, precario estado de salud o consecuencias graves sufridas, le fuera notoriamente, innecesaria e irracional la imposición de la pena privativa de la libertad.

En relación con el principio *extrema ratio*, como apuntado, se observa que el derecho penal debe intervenir sólo cuando resulte ser indispensable y no exista otra forma de regulación jurídica que resulte ser suficientemente eficaz para atender la situación de conflicto y, por lo mismo, se afirma que el derecho penal es el extremo último de intervención a que debe recurrir el Estado en la facción de las bases de la convivencia. En el mismo sentido, es necesario también que la salvaguarda de los bienes jurídicos exija de su protección a través de la pena, siendo insuficientes otro tipo de respuestas sociales.

El principio de la necesidad de la pena, permite, así, el entendimiento de un sistema punitivo, que lo mismo implica discrecionalidad para el juzgador, en la fijación de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo del intervalo de punibilidad en los tipos delictivos de que se trate, lo que naturalmente se relaciona con el principio de proporcionalidad de la pena, en el sentido de que esta debe ser proporcional al

grado del injusto y de la culpabilidad del agente. En relación con la pena de prisión, el mismo principio, de la *extrema ratio*, fundamenta los diversos sustitutivos de la pena de prisión que reconoce la ley penal, a su vez vinculados con los objetivos de utilidad político criminal de la imposición de la pena, según se refiere en los artículos 70 y 71 del código penal, relativos a la substitución. Lo mismo sucede en los así denominados "beneficios de la ejecución a cargo del órgano jurisdiccional", regulados en los capítulos Tercero y Cuarto, del Título Cuarto del Libro Primero, del código penal, relativos a la libertad preparatoria (artículos 84 a 87), y condena condicional (artículo 90). Como también en los así llamados "beneficios de la ejecución de la competencia de la autoridad administrativa ejecutora de las penas y ya no de la autoridad judicial, en términos de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del código penal, relacionados con lo dispuesto en la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, básicamente en los artículos 6 (sistema y tratamiento individualizado); 7 (régimen progresivo técnico); 8 (medidas preliberacionales); 9 (consejo técnico); 15 (asistencia al liberado); 16 (remisión parcial de la pena).

El principio de la proporcionalidad significa que las penas deben guardar relación con el bien jurídico afectado; con mayor precisión, implica no una idea de proporcionalidad abstracta que suponga la sola relación con el grado del injusto, o sea la gravedad del delito de que se trate; sino, también, con el grado de culpabilidad del agente, entendida, ésta, como la personal y concreta responsabilidad del individuo en la comisión de un injusto, responsabilidad que a su vez esta determinada por los ámbitos de la imputabilidad, de la comprensión de la antijuridicidad del hecho, y la no exigibilidad de otra conducta al autor, que son los ámbitos que motiva y originan el reproche, determinando su grado.

El principio de proporcionalidad hace referencia a las bases que previene la ley penal, en los términos señalados, orientadas a precisar y favorecer la función jurisdiccional de la individualización de la pena, dentro de los extremos que plantea el alcance de cada uno de los principios que se vienen señalando, y que se concretan en lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del código penal, a su vez en relación con toda la regulación del delito de que se trate, prevista lo mismo en la punibilidad señalada en el Libro Segundo del código penal, que en todas las reglas previstas en el Libro Primero del mismo ordenamiento.

3. Principio de la readaptación social

Las anteriores disposiciones aparecen relacionadas, también, con el alcance del principio de la readaptación social, a su vez expresión del principio de la prevención especial de la pena, que en México en

cuenta apoyo constitucional en lo dispuesto en el artículo 18, cuyo contenido debe ser entendido en congruencia con los principios de la necesidad de la pena y de la incolumidad de la persona.

El principio de la readaptación social se enuncia afirmando la idea de que la pena debe estar invariablemente orientada a procurar fines correctivos que en su conjunto se concretan en el objetivo de la reincorporación social útil de la persona y, por ello, aparece relacionada con la idea de la pena prevención especial.

Tal objetivo supone, sin embargo, una meta nada fácil de alcanzar por diversas razones que van desde la naturaleza misma de la prisión que, por definición, implica segregación y separación del seno social; por lo cual es naturalmente desadaptadora; como también por la necesidad que exige de órganos interdisciplinarios altamente calificados para entender y atender las características y sentido del tratamiento penitenciario orientado hacia la reincorporación social útil de la persona; aspecto, éste, que no deja de ser cuestionado en el sentido de que se hace necesario precisar cuál es el significado de la "readaptación social" (¿para quién?) así como también el cuestionamiento de saber a quien toca determinar y precisar la definición de lo socialmente útil (¿quién?) y, por otra parte, por los altos costos técnicos y materiales que implica la función de las instituciones penitenciarias y del tratamiento, ante la necesidad de instalaciones penitenciarias adecuadas, con los recursos humanos y materiales necesarios, lo que, obviamente, es muy difícil de lograr y, cuando así acontece, siempre a un muy elevado costo. No obstante estas consideraciones, es evidente que sigue siendo el mejor sistema de imposición penal bastando, para confirmarlo, tener presente el amplio campo del arsenal de las penas que la precedieron.

4. Principio de incolumidad de la persona o principio de humanidad

Significa que la pena impuesta no puede afectar al sujeto en su dignidad, ni dejar de reconocer su carácter de ente social. En este sentido queda enmarcado el alcance del artículo 22 de la Constitución, cuando prohíbe las penas de mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, es decir, no usuales o que en su ejecución va más allá de la persona a quiénes se impone, afectando a terceros. .

Queda asimismo encuadrado el alcance de la ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (*Diario Oficial de la Federación* del 27 de diciembre de 1991, que derogó a la anterior de 1987), y se reconoce, también, el alcance de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, relativo a la pena privativa de la libertad orientada a la readaptación

social del sentenciado, sobre la base, como límite mínimo de la misma, del trabajo y la educación, que unida a otros principios que rigen la función de la pena privativa de la libertad. Entre estos últimos aspectos: a) la separación entre las personas sujetas a prisión preventiva y a prisión penitenciaria; b) la separación entre hombres y mujeres; c) la existencia de establecimientos especiales para el alojamiento y atención de los menores infractores; d) la posibilidad de suscripción de tratados para el cumplimiento de sentencias en sus lugares de residencia y consecuente traslado de reos entre los Estados y la Federación y entre el país y el extranjero.

El mismo principio que se comenta es el que orienta la supresión de la pena de muerte; como también impugna, por inhumanas, la presencia de las penas privativas de libertad excesivamente largas, como cuestiona también, por sus desventajas, a las excesivamente cortas.

III. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA

1. Teoría absoluta de la pena

La teoría absoluta de la pena, tiene como punto de partida, sobre todo el pensamiento del Iluminismo Racionalista, del que es especial y claro exponente Kant, quien a partir de sus obras, *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, sobre todo en la última, se refiere a los "deberes de conciencia" en relación con la conducta del hombre, los cuales vincula con su concepción de los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Precisa los primeros en función de la conducta humana que responde al deber de conciencia, en tanto que los otros responden a otro tipo de valoraciones o situaciones de circunstancia y oportunidad. En tal orden de ideas, afirma que la conducta del hombre es conforme a los deberes de conciencia, cuando sea tal que lo que quiera la persona para sí, sea válido igualmente para los demás, y entiende que el hombre es un fin en sí mismo y, por lo mismo, no puede ser medio para la consecución de otros fines; afirmación que habrá de tener particular relevancia en su concepción de la pena.

Atento a esto, el concepto de la pena absoluta se sostiene sobre la base de que la pena se explica y se justifica como fin en sí misma. Así, la pena es respuesta y retribución a la lesión causada con el delito, razón que la explica y la justifica en sí, toda vez que al "mal del delito" le corresponde como respuesta social el "mal de la pena". Así, la pena debe estar en relación con el grado del delito cometido, con lo que en la concepción de la pena absoluta se encuentra el concepto de la pena justa, toda vez que el límite de la misma está fijado por el límite de la afectación causada.

Con posterioridad Hegel retornará el concepto de la pena absoluta. Hegel, afirma sobre la base de su concepción dialéctica, de "tesis, antítesis y síntesis", que "el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, con lo cual se afirma la validez del derecho", toda vez que la negación de la negación produce la afirmación de la idea, según confirman las proposiciones de la lógica. Hegel dirá también que el grado de la pena está en relación directa con el grado de la afectación causada por el delito, en observación similar a la formulada por Kant, y que lleva a la concepción de la pena justa.

Bajo este orden de ideas, para este autor, en la base del derecho están la racionalidad y la libertad, y similarmente a como lo afirmara Kant, entiende que la pena es también retribución al individuo que ha cometido un delito en razón de su culpabilidad por el acto; concepto que sin embargo, aparece modificado por la idea de que el Estado debe retribuir con la pena a la conducta delictiva, con el fin de afirmar el estado de derecho mismo. Hegel concebirá al espíritu del hombre en tres etapas: subjetivo, objetivo y absoluto, siendo necesario que la persona haya superado el nivel del espíritu subjetivo, que le permite tomar conciencia de sí mismo, para estar en posibilidad de participar en el nivel del espíritu objetivo, que es el que habiendo superado las vivencias propias, permite, por tanto, la relación social, razón por la cual es el nivel en que se presenta el derecho, en cuanto orden de regulación de la relación social. En este sentido, si la persona no ha logrado superar el nivel subjetivo, por lo mismo, no puede mantener relación con terceros y, por tanto, es esta la base para que esta teoría sostenga que las personas inimputables no pueden cometer delitos, lo que obviamente traduce importantes consecuencias en la teoría del delito.

En el mismo orden de ideas, reflejo el racionalismo de la ilustración, en ocasiones, frecuentemente unido al iusnaturalismo y al utilitarismo, habrán de expresarse diversos autores señalados como representativos de la posteriormente denominada "Escuela Clásica de la doctrina penal", de acuerdo con la expresión de Ferri, para hacer referencia a todo el pensamiento anterior al del positivismo por él sostenido. Así, Carrara afirmará que la pena supone un fin en sí misma, consistente en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, idea parecida al pensamiento kantiano y Hegeliano.

En el mismo sentido del retribucionismo, fundarán su concepción de la pena, no pocos autores, entre los cuales Binding (pena es retribución de mal con mal); Mezguer (pena es la aplicación de un mal adecuado al hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico); Welzel, en su orientación finalista, ya bien entrado el siglo xx, lo reconocerá también la retribución como el fundamento de la pena, si bien recono

ciendola también en relación con objetivos vinculados con la prevención. Un similar pensamiento se dará en muchos otros autores, naturalmente también en la orientación político criminal.

En síntesis, para la teoría absoluta la pena t.;S retribución. Es causación de un mal por el mal causado; por lo mismo, tiene la misma naturaleza jurídica de afectación de los bienes jurídicos, lo que permite la gradación de la pena justa, en la inteligencia de que la misma es impuesta en función de que la persona es "libre", en tanto que tiene capacidad para autodeterminarse y en base al libre albedrío, puede distinguir entre el bien y el mal. La teoría absoluta retributiva de la pena, guarda relación con el contenido imperativo de la norma, tanto en la línea monista como la dualista a partir de un concepto de Estado que entiende el derecho en relación con fines de orden social.

Como aspecto crítico a la teoría de la pena absoluta se ha objetado siempre bajo la consideración de que el hombre es un ser humano que actúa conforme a sentido y significación social y, por lo mismo, la respuesta social de la pena debe tener en cuenta tal situación y no ser aplicada como si se tratara de un animal al que simplemente se le destruya o castigúe.

Por otra parte, sobre la base del contenido ético social de la norma, la imposición retributiva de la pena aparece entendida como castigo al agente por haber violado la norma y, en tal sentido, como fin en sí misma, cuando siendo una persona capaz, podía y debía haber actuado conforme a derecho. El objetivo fundamental es, entonces, el orden social y el orden público y, así, aun cuando se afirme como fin del derecho de la seguridad jurídica, ésta aparece derivada de un concepto que se relaciona con el orden público y social; ámbitos que tienen relación con la presencia de un Estado fuerte, ideológicamente delimitado por las características en que se afirme su estado de, derecho, pero que también puede ser base favorecedora para la presencia de un Estado autoritario.

Igualmente, cabe señalar que, si bien da base para la afirmación de un concepto de la pena justa, que tiene la ventaja de delimitarse por la culpabilidad por el acto, lo que implica un elemento garantista objetivo, sin embargo, al no establecer límites en la imposición, lleva a la apertura de penas que no se limitan por el principio de la dignidad de la persona humana, que es uno de los principios fundamentales del estado de derecho moderno democrático y liberal, que reconoce el respeto a la persona como fin y límite del Estado mismo.

A la vez, en la pena absoluta, el contenido ético social de las normas, aparece desde perspectivas que los reconocen como valores absolutos, en tanto que previstos por la ley, lo que aleja la perspectiva de observar al derecho como un orden no sólo de regulación de la conduc

ta social, sino asimismo, como un ámbito característico y fundamental de la relación social, que significa la necesidad de tener en cuenta las características de esa relación social, impidiendo observar a los valores como absolutos, sino siempre como valores relativos, históricos, que dan sentido al contenido al derecho, en la inteligencia de que lo que se busca es precisamente su eficacia en la realidad social.

2. Teorías relativas de la pena

Frente a las teorías absolutas se presentan las teorías relativas de la pena, orientadas en el sentido de la prevención general o de la prevención especial y cuya característica común se diferencia respecto a la pena absoluta. En las teorías relativas el fundamento de la pena, es el reconocimiento de que la misma persigue un objetivo específico; es decir, que no se le entiende como el solo castigo por haber actuado mal, sino buscando, con la imposición una determinada finalidad que en la prevención especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la prevención general aparece dirigido al grupo social en general, si bien en algunas posiciones doctrinales se reconoce también un contenido dirigido a la persona a quien se aplica, aspecto que se pronuncia en la línea de la prevención general positiva.

Debe tenerse presente que si bien es más evolucionado el concepto de la pena, vale tener presente que, así sea rudimentariamente, las concepciones que admiten tal fin social específico a la imposición de la pena, aparecen en el pensamiento de todos los tiempos, lo mismo en los albores de la humanidad ya civilmente constituida, como es ejemplo el Código de Hammurabi, hace cerca de 5000 años, como también en el pensamiento de la Grecia clásica en el siglo V a. C., en las cuales se perfilan expresiones que permiten observar que se reconoció el interés preventivo de la pena.

3. Teoría de la prevención general de la pena

El principio de la prevención general aparece emparentado con el contenido utilitarista del pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII, siendo básico el pensamiento utilitarista de Bentham, en cierta medida recogido también por Feuerbach, por Lardizabal y Uribe e, incluso, por el propio Beccaria, quienes reconocen el contenido de utilidad social que debe ofrecer la pena.

Las teorías de la prevención, más que ocuparse del fundamento de la pena, se ocupan del fin de la pena. El interés se centra en la función y finalidad de la pena: ¿cuál es el fin de la pena? ¿para qué se impone? ¿Qué se busca con su imposición?

La pena prevención general se orienta hacia el objetivo de evitar la nueva comisión de delitos. Entiende a la ley penal y a la pena, como

vías a través de las cuales la comunidad social, representada por el Estado, logre evitar que se cometan delitos y, como naturalmente no es posible evitar que se cometa el delito que ya fue cometido, el contenido de tal fin aparece reflejado hacia el interés de evitar la comisión de futuros comportamientos delincuenciales, por lo que su acción se dirige a toda la comunidad en general, en la que se incluye la persona que cometió el delito.

El efecto preventivo general de la pena, a nuestro entender, comprende tanto el efecto preventivo general de la ley penal, es decir, la coercibilidad de la norma jurídica penal o amenaza de pena prevista en la ley para quien la infrinja, lo que confirma su contenido dirigido a todo el grupo social, como también el efecto preventivo general derivado de la imposición efectiva de la pena, misma que constata la amenaza anterior.

En síntesis, por prevención general se entiende fundamentalmente el contenido intimidatorio tanto de la punibilidad como de la pena. Con la amenaza de pena a los comportamiento tipificados como delitos, el Estado, desde un inicio, está enviando un mensaje a todos los miembros de la comunidad social, en el sentido de que habrán de ser objeto de un castigo o imposición de una pena para el caso de que incurran en la comisión del hecho delictivo; mensaje, éste, que a su vez, se ve confirmado y constatado con la imposición efectiva de la pena. De aquí la importancia de su exacta aplicación y de que se evite la impunidad, que implica una contradicción con sus fines.

El efecto preventivo general de la pena, independientemente de su imposición a la persona que cometió el delito, aparece dirigido a todo el grupo social en general; la imposición misma de la pena al sentenciado opera como la constatación de la amenaza prevista en la ley y como la confirmación de ese contenido preventivo general de la pena.

El contenido de la pena prevención general es el de la intimidación a todos los miembros de la comunidad social, lo que también incluye al sentenciado, pero sólo como elemento integrante, de esa generalidad. Esto permite observar que el objetivo de la pena específicamente impuesta al sentenciado puede aparecer sustentada en criterio distinto que, en tal sentido, sólo se suma y no dimitirá la validez del criterio anterior.

La prevención general en la perspectiva de la intimidación, ha sido entendida a partir de la coacción psicológica a los miembros de la comunidad social, criterio éste, que fue sustentado por Feuerbach y que posteriormente habría de encontrar desarrollo en otros de sus sostenedores sobre todo como consecuencia del impacto causado por las investigaciones de Freud. Se ha observado, así, que todos los miembros de la

comunidad se sienten inclinados a la realización de comportamientos que pueden estar prohibidos por la ley penal y dicho impulso sólo puede ser inhibido, a partir de la certeza que, cada quien, tenga acerca del mal que habrá de sufrir en caso de cometer el delito, aflicción, éste que siendo mayor que el provecho alcanzado por el comportamiento ilícito, supone consecuentemente el retraimiento e inhibición psicológica. del individuo frente a la conducta criminal, y de aquí la importancia que tiene el efecto disuasivo de la pena misma y su cabal imposición..

La teoría de la prevención general ha sido cuestionada, principalmente con base en las razones que a continuación explicitamos. ' . ;

Por una parte, respecto del contenido general de la prevención, se observa que supone la autorización para utilizar al hombre como medio, lo que significa violación al principio del respeto a la persona como fin en sí misma, lo que a la luz de la aguda observación del pensamiento kantiano resulta ser un serio cuestionamiento. Esta impugnación, a su vez ha sido contestada, intentando superarla, señalando que el cuestionamiento sería valido si se propusiera la 'utilización de la persona como verdadero instrumento para alcanzar el objetivo de la prevención general de la pena, pero en el caso se trata de una situación diversa, toda ,vez que la persona a quien se aplica una pena efectivamente se ha hecho acreedor a ella y, por lo mismo, debe responder en consecuencia,

por sus actos ilícitos. Esta explicación nos parece convincente en la medida en que el concepto de la prevención general en sentido intimidatorio aparezca entendido de una manera paralela al del fin retributivo de la pena misma, es decir, no se niega el efecto preventivo general de la ley penal y de la pena en sí misma, siempre que simultáneamente, el contenido mismo de la pena se sustente en algún criterio que no suponga la utilización del hombre como medio, lo cual si sería acreedor a la impugnación señalada, siendo contrario el principio de incolumidad de la persona, que exige sea reconocida y valorada como un fin en sí misma.

Se ha cuestionado también el criterio de la prevención general, señalando que si la misma pena aparece afirmada en el concepto de la utilidad, lo cierto es que dicha su imposición es inútil respecto del delito cometido, porque el mismo ya ha sido producido y la pena no pudo impedir sus efectos. Y, por otra parte, respecto de la afirmación acerca del efecto preventivo hacia el futuro, no existe forma de constatar el efecto preventivo futuro de la pena, cuestionándolo como una mera afirmación especulativa, lo que lleva a deslegitimarla, desde el punto de vista de su objetividad real, en orden a su eficacia.

Se ha señalado también, que el principio de la prevención general supone la utilización del miedo como base de su sistema de imposición,

lo que lleva a la concepción de un derecho fundado en el miedo a los miembros de la comunidad, que a su vez corre el riesgo de acercarlo a sistemas jurídicos fundados en el terror, aceptado sólo por los autoritarismos, independientemente del signo o color político en que se afirmen.

No pasa desapercibido, que el contenido de la prevención general, aparece vinculado con un concepto retributivo de la pena del que no puede desligarse, toda vez que aún cuando el contenido de la prevención general, mire hacia el objetivo de la intimidación general al grupo social, tal objetivo, a su vez, se sustenta precisamente en el efecto retributivo de la pena.

Por último, no define cuál ha de ser el criterio a seguir respecto del fin perseguido con la pena en relación con la imposición al sentenciado mismo, es decir, cual es el fin específico de la pena en su aplicación a quien ha violado la ley, ámbito, este que al no quedar definido, implica un espacio que ha de ser a su vez cubierto sea por el concepto de la pena absoluta o bien por el criterio de la prevención especial. A su vez, este espacio ha procurado ser satisfecho, en épocas posteriores por vía de la línea de pensamiento denominada como la prevención general positiva, orientado, sobre todo por la idea del fortalecimiento de la conciencia del derecho en la comunidad.

4. Teoría de la prevención especial de la pena

A diferencia de la prevención general, que se orienta hacia el grupo social en general, el contenido de la prevención especial, aparece directamente relacionado con la aplicación de la pena a la persona del delincuente.

En su expresión más elaborada es la teoría más reciente de entre las señaladas, si bien observa también antecedentes remotos en la historia de la legislación del mundo.

Las teorías de la prevención especial, al igual que las anteriores, implican una línea única en su desarrollo; abarca diferentes tendencias cuyo común denominador es la existencia de un interés, con un objetivo específico, en la aplicación de la pena a la persona que ha cometido un delito. Tal objetivo aparece vinculado con el contenido ideológico de la concepción del derecho y del Estado recogido en la ley fundamental del país (Constitución) y a partir de ella, con los conceptos que se tengan de delito, delincuente y pena.

Históricamente, después de la etapa crítica y especulativa del Iluminismo europeo de fines del siglo XVIII, se produjo el natural interés en el estudio de la ley como vía para conformar el nuevo estado de derecho, lo que originó, como consecuencia, el proceso de formación legisla

tiva que se dio desde principios del siglo XIX. Como reacción a esa etapa, se desarrolló la filosofía positivista que favoreció y fue favorecida por el cientificismo que siguió a la Revolución Industrial. Bajo dicho orden de ideas, interesado en el desarrollo de la ciencia, a partir de la observación y verificación de los hechos, con base en la experiencia; se traslada el precedente interés en la norma, hacia el delincuente, lo que en el futuro, habría de favorecer el camino del mayor interés por la persona humana, que el delincuente representa. Superada la primera etapa de dicha reacción concretada en el estudio antropológico y' sociológico del delincuente, se reorienta nuevamente el interés en el estudio de la ley penal la cual, sin embargo, recibe la decisiva influencia del positivismo y de la precedente corriente de la Escuela positivista italiana, a través de Ferri y Garófalo, que deja su impronta en el nuevo estudio-de la dogmática jurídica de corte casual naturalista, de la que fue el. más claro ejemplo de la nueva Escuela político criminal del derecho penal , propugnada por Franz von Litz.

En este orden de ideas von Litz fundamenta su concepto de la pena en la idea de la prevención especial que, a diferencia de la prevención general, se dirige específicamente hacia la persona que cometió el delito, fundada en el contenido de la responsabilidad moral y jurídica del hombre. Así, entiende a la pena, como una reacción punitiva directamente en contra de la persona que cometió el delito, si bien con una nueva orientación política penal, de aquí el nombre de la Escuela, consistente en el interés de procurar, como fin de la pena, la corrección ,de la persona para el caso del delincuente ocasional, como también, frente al incorregible la posibilidad de la respuesta punitiva orientada hacia la inocuisación, neutralización, segregación o eliminación de la persona del seno social, respuestas, éstas, que habían sido algunas de las proposiciones de la Escuela positiva italiana. Antecedentes de este interés correctivo, habían aparecido ya, desde algunos siglos antes, sobre todo en Inglaterra, Italia y Holanda, en las "casas de corrección" *Vid. infra*: el siguiente capítulo, como una de las manifestaciones en la evolución operada en el maquinismo, originalmente explotador y con el tiempo, más equilibrado, dentro del proceso que llevó a la Revolución Industrial y, también, después, al periodo frecuentemente referido como etapa de la "humanización de las penas".

En línea de pensamiento señalada favoreció la tendencia penal y criminológica conocida como la orientación de la defensa social, la que ha tenido relevante desarrollo en la perspectiva internacional del derecho penal, en manera que su influencia ha sido considerable todavía en las orientaciones de política criminal de mediados del siglo xx y aún después, en los pronunciamientos de política penal de la Organización

de las Naciones Unidas, reflejada, sobre todo, en los Congresos Internacionales sobre Prevención de Delitos y Tratamiento del Delincuente, celebrados cada 4 años en el foro del concierto de las naciones miembro.

En síntesis, el principio de la prevención especial de la pena es el que vincula a la pena en relación con el sentido de su imposición directamente a la persona que cometió un delito y que en general se orienta hacia la "readaptación social", "corrección o reeducación", "reincorporación social", "resocialización", de la persona delincuente, términos regularmente aceptados o manejados frecuentemente en forma más o menos indistinta, casi como sinónimos, aun cuando en estricto sentido no lo sean, pero que, en última instancia, implican, respecto de la pena, la presencia de un claro interés orientado, más que al solo contenido estrictamente punitivo del castigo, hacia un contenido que si bien implica siempre una afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, como respuesta jurídica de la sociedad a la afectación por él ocasionado a bienes jurídicos del ofendido, con la comisión de su delito; implica a la vez, el aprovechamiento de tal contenido punitivo, conforme con un fin correctivo, reeducador, adaptador, readaptador y reincorporador de la persona al seno social. Esta línea de pensamiento es la que afirma la "ideología del tratamiento", que responde a un contenido; ideológico específico del sistema de control social del Estado.

Este mismo orden de ideas, por otra parte, dentro de las diversas líneas de pensamiento en que se desarrolla, recoge también la distinción entre las personas que responden con base en su capacidad jurídica y moral, mencionados generalmente como "imputables" y aquellas que no pueden ser responsabilizadas bajo dicho fundamento, regularmente aludidas como "inimputables" y, de aquí, la división en la respuesta punitiva frente a la comisión de un delito, entre las "penas" y "medidas". Las primeras vinculadas con su imposición a las personas que tienen capacidad para autodeterminarse y para conducirse conforme a tal capacidad y por lo mismo observan una "responsabilidad personal" por su conducta; y las segundas, quienes no teniendo dicha capacidad, cuando cometen una conducta prevista en la ley penal como delito, quedan, por tanto, sujetas a una "responsabilidad social" que, a su vez, se vincula con la "peligrosidad social de la persona" como criterio de la imposición.

La prevención especial representa el importante avance de intentar dar una finalidad al contenido punitivo de la ley penal, respecto a la persona a quien se aplica. independientemente de esto, debe tenerse presente, sin embargo, que aún ante la presencia de tal objetivo no puede eliminarse el trasfondo retributivo de la pena, derivado de ser ésta, la consecuencia de la comisión de un delito que significa la lesión

a un bien jurídicamente tutelado; y a su vez, implica la trasgresión a la ley penal.

En síntesis, por las razones expuestas, el criterio de la prevención especial se desarrolla y modela con el positivismo y después con el neoiusnaturalismo y también el existencialismo del periodo de la entreguerra y la segunda posguerra mundial que, después del holocausto significaron, favorecieron y fortalecieron el interés por el respeto a los derechos humanos como la desiderata central de la orientación política criminal internacional de la segunda mitad del siglo xx, la cual encontró eco general y decidida aceptación en las legislaciones penales de los diferentes países del Mundo, sobre todo en los integrantes del foro internacional de Naciones Unidas. Tal fue el caso también de México, que incluso, recogió el contenido de la prevención especial de manera expresa en la Constitución atento a lo dispuesto sobre todo en los artículos 18, que se refiere a la "readaptación social" y el 22, que incorpora el principio de la incolumidad y de la dignidad de la persona, en relación, a su vez, con los principios que suponen la decisión política fundamental del Estado mexicano, unido a las garantías individuales y sociales que expresamente reconoce la misma ley fundamental del país.

Se cuestiona el criterio de la prevención especial básicamente porque la pena, así entendida, puede suponer la instrumentación de la persona para los fines del Estado, lo que lleva al mismo cuestionamiento kantiano formulado a la prevención general, en la inteligencia de que, en el caso de la prevención especial, la impugnación se basa en que el concepto de "resocialización" supone una definición acerca de la formación resocializante de la persona a partir de los fines del Estado, lo cual podría implicar la limitación a la perspectiva de su libertad individual, razón por la cual el concepto mismo del "tratamiento" resulta, en ese sentido, cuestionado como potencialmente lesivo a los derechos humanos.

La anterior consideración lleva también al segundo de los cuestionamientos: ¿qué es lo que legitima a una mayoría, para obligar a una minoría a la aceptación de sus pautas sociales y a una cierta forma de vida? y, por otra parte, ¿qué es lo que permite a ese grupo mayoritario o, acaso, minoritario, que representa al Estado, para definir la manera en que puedan ser educados los miembros de la sociedad que han cometido delitos, siendo que, en una sociedad, de hecho coexisten diferentes expresiones de cultura que, conviven y son respetadas? En esta línea de observaciones, se apunta el riesgo de que la definición de las medidas correctivas pueda llevar a manifestaciones de autoritarismo. Si se habla de corrección, ¿para qué grupo social?, ¿para cuál sociedad? y ¿con qué límites y definiciones? En fin, como se observa, estas conside

raciones, a su vez se relacionan con las teorías sociológicas de la asociación diferencial.

Por otra parte, se señalan también otros cuestionamientos, lo mismo de fondo, básicamente relacionados con las serias dudas acerca de la eficacia real de la prisión, como medio de lograr la readaptación social de la persona, y en que son referidas las dificultades prácticas de la prevención especial; y así, se ha observado que no todas las personas que han cometido un delito requieren necesariamente tratamiento, como es el caso de las disidencias ideológicas que frecuentemente se proyectan en tipos delictivos, o bien, en el extremo opuesto, el grupo de los "incurables". Además, en relación con las personas consideradas como "corregibles", aparece cuestionada la validez de la corrección, básicamente haciendo referencia a la crítica de la prisión como pena readaptadora en razón de los siempre discutidos y discutibles resultados que la experiencia penitenciaria ofrece y en donde precisamente se cuestiona también la eficacia de la prevención específica, en parte, por las dificultades reales que implica el "tratamiento", no sólo por las razones ideológicas que la fundamentan, de entrada estigmatizantes en su enfoque acerca de la criminalidad, que soslaya la importancia de los procesos de criminalización, como también por los altos costos, derivados de los requerimientos técnicos y materiales para la consecución de sus objetivos. Así, las frecuentes insuficiencias y limitaciones físicas de los establecimientos penitenciarios y las necesidades de personal calificado e idóneo, cuestiona severamente su eficacia.

Sin embargo, un juicio justo acerca del alcance de la prevención especial, obliga también, a tener en cuenta la evolución histórica real de las penas que, frente a la grave afectación que supusieron las penas de antaño, con sus penas corporales, infamantes, mutilantes e inhumanas, caracterizadas por el fin de producir el mayor dolor físico posible, antes de causar la muerte; obliga a valorar el fundamental avance que, en este sentido, supuso la pena de prisión, como también otras penas alternas, respecto de las precedentes y que reflejaron claramente sin duda, el alcance de lo que significó el periodo histórico denominado como de la "humanización de las penas".

Sólo teniendo presente, a manera de cuadro comparativo, el panorama de las penas infamantes y corporales precedentes, es posible justipreciar el fundamental avance y de evolución en el sistema punitivo que históricamente significó la prisión. Si bien, como con agudeza en su momento apuntó Foucault, la prisión significó la evolución de las penas físicas a las penas del alma, también es cierto que en tal sentido, la pena de prisión misma ha implicado una fundamental evolución, tanto

respecto del panorama penal precedente, como también en su rigidez y manifestación, como pena de prisión misma.

Por esta razón, aún reconociendo la verdad de no pocos de los cuestionamientos hechos a la prevención especial y, a su crítica en torno a la prisión, como una de las formas de su manifestación más evidentes, además de frecuente, es evidente el enorme avance que en su momento supuso, en la búsqueda de fórmulas que siendo punitivas, es decir, una reacción social del Estado frente al delito, lo que naturalmente exige una cierta forma de aflicción y de afectación en los bienes jurídicos del sentenciado, precisamente como consecuencia' de que éste ha causado la afectación de bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, violentando los principios de la seguridad jurídica indispensable para la convivencia, es indudable que tales consideraciones deben aparecer presentes en la valoración que suponen las formas punitivas. Esto significa que hasta en tanto sean encontradas otras formas punitivas más eficaces; debe entenderse que la prisión, como. pena, ha sido y sigue siendo la más sólida y fuerte expresión punitiva que fue capaz de sustituir a las penas corporales, infamantes e inhumanas, y que por lo mismo no puede ser fácilmente eliminada como pena, a riesgo de volver a las etapas de horror, terror, y error precedentes.

Ciertamente es necesario el propugnar otras formas alternas y sustitutivas de la prisión, siempre bajo el amparo del principio de la prevención especial y sin demérito del simultáneo reconocimiento a la validez de la prevención general, para que estas últimas encuentren mayor desarrollo, cuidando de no caer en fórmulas que puedan romper el sentido mismo de la pena, en el sentido de que no es respuesta social de premio, sino de aflicción por la comisión de un delito, que afecta al interés social' de la comunidad y la seguridad jurídica para la convivencia.

Naturalmente, esto no impide tener en cuenta y valorar lo necesario para ofrecer la respuesta más adecuada, en relación con los procesos de criminalización, así como la vinculación del fenómeno de la criminalidad con otros procesos de contenido económico y social que incuestionablemente se interrelacionan y, por lo mismo, no pueden ni deben ser soslayadas, como ocurre cuando en los discursos jurídicos o políticos se hacen afirmaciones o planteamientos que se distancian de la realidad característica de las prisiones.

5. Teorías mixtas de la prevención de la pena

Al intentar la explicación del contenido, fundamento y fin de la pena, es frecuente que los autores aprovechen diversos de los criterios referidos en relación con cada una de las teorías señaladas, mismos que

ponen en juego de manera conjunta para explicar la pena, no siempre con resultados armoniosos.

Así, es frecuente que se una el criterio de la prevención general con el contenido retributivo de la pena absoluta. Igualmente, el contenido retributivo de la pena absoluta con el contenido de la prevención especial. Otras posiciones admiten el contenido preventivo general de la pena, en relación al grupo social en general, y el contenido de la prevención específica, en relación con el contenido de la pena respecto de la persona a quien se la impone. Así, diversos de los cuestionamientos formulados a las teorías de la pena, han procurado ser superados a través de la incorporación de aspectos de los citados criterios.

Por otra parte, también se ha desarrollado el concepto de la "prevención general positiva", que se diferencia de la concepción ortodoxa, basada en la función intimidatoria, en que afirma, que a través de la imposición de la pena, el contenido de prevención general debe ser entendido en el sentido de fortalecimiento de la conciencia del derecho.

Otra línea de pensamiento acerca de la prevención general positiva, se orienta la misma hacia un contenido funcionalista, en el sentido de que, el cumplimiento de ésta, afirma el cumplimiento cabal de la validez del derecho y la confianza en la norma, vinculando dicho objetivo con la necesidad de la auto constatación del Estado, a su vez delimitada por su estructura democrática liberal.

Otras orientaciones, intentando superar las críticas tanto a la prevención general como la prevención especial, sostienen la importancia de recoger el contenido de la pena a partir de la afirmación de las características que definen el estado de derecho que las previene. Así, la definición de un Estado democrático y liberal que reconozca la persona en su dimensión individual y social, establece, automáticamente, una serie de limitantes y de objetivos específicos que naturalmente habrán de reflejarse en las características de la pena y en su imposición, la cual tendrá que ser entendida y aplicada sólo en función de esa definición constitucional que, por tanto, se establece como límite al entendimiento sea de la pena prevención general o a la pena prevención especial.

Por otra parte, también se han incorporado en las nuevas concepciones de la pena, las consideraciones derivadas del entendimiento del derecho como un sistema dialéctico y de comunicación de la relación social, ámbito, éste, en que naturalmente la pena misma ocupa un espacio específico.

6. El concepto de la pena en sentido moderno

En nuestra opinión la pena es un elemento fundamental y medular del derecho, al grado de ser el rasgo definitorio del "derecho penal".

No es posible entender y explicar el derecho penal sin la pena que concreta y define las características del orden jurídico; como tampoco es posible entenderlo si no se tiene en cuenta la norma como instrumento de regulación de la conducta humana. Por esto, uno y otro conceptos, "norma y pena", interrelacionados e interactuados, definen al orden jurídico penal, y ambos tienen que responder a una misma orientación política penal que, de no ser así, generaría incongruencias y desarmonías dentro del sistema mismo del orden jurídico penal.

El concepto de la pena está determinado por las características que la sociedad ha convenido en la conformación del Estado, en los términos de la estructura jurídico política recogida en la Constitución. Así; la definición de las características del estado de derecho es determinante en la definición de las características del sistema punitivo imperante (*ius puniendi*) y, por tanto, para interpretar la orientación, contenido y alcance de la ley penal.

Un estado de derecho democrático y liberal que reconoce a la persona en su dimensión individual y social, como un ámbito medular del contenido de su decisión política fundamental, en la que se recogen también las garantías constitucionales individuales y sociales como contenido mismo de su afirmación de respeto a los derechos humanos, establece las características fundamentales de su sistema punitivo y, consecuentemente, del contenido y el alcance de la pena. Esto enuncia el sentido y contenido político de la pena, a través de la cual el Estado también se define y se afirma.

En este orden de ideas, la pena es auto constatación del Estado; es afirmación de sus características y de la filosofía político jurídico en que se afirma, por esto, con razón, se ha afirmado que la pena es auto constatación ideológica y simbólica del Estado. Naturalmente, el Estado ha de auto constatarse con las características y límites en que aparece definido en su estructura jurídico política fundamental; de aquí que, si se trate de un estado republicano, democrático y liberal, el concepto republicano del respeto al estado de derecho como base de la relación social, estará determinado precisamente por la base democrática de derivar de la voluntad de todos, para el bien de todos, y con la participación de todos, que es el contexto filosófico y político de la democracia. y si tal concepción democrática, reconoce asimismo a la persona como el centro de la relación social, a partir de la definición de la soberanía originaria del pueblo, es evidente que se está afirmando que la persona es el eje central de la regulación del Estado derecho y que su condición humana aparece reconocida y respetada en su dimensión individual y social. Es evidente, así, que el orden jurídico tiene como límite una concepción de respeto a los derechos humanos en donde el principio de la

dignidad e incolumidad de la persona es uno de los pilares sobre los que necesariamente debe ser construido el derecho, sin que el sistema punitivo pueda ir más allá de tal delimitación.

La pena, por otra parte, aparece en marcada también, en su filosofía, por el objetivo político criminal del derecho, en cuanto un orden de relación social vinculado por sus fines de seguridad jurídica para la convivencia, a partir de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social. En este sentido, la pena tiene que obedecer también a estos objetivos que definen el sentido del derecho mismo, a la vez de recoger el contenido de todos los demás elementos señalados que la conforman. Por esto, los límites sea de la prevención general y prevención general positiva, como los de la prevención especial, están determinadas por la delimitación filosófica política criminal y constitucional que hemos apuntado.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

1. Penas principales y penas accesorias

En relación con la clasificación de las penas, la doctrina regularmente se refiere a la distinción entre penas principales y penas accesorias. Aún cuando la diferencia no resulta ser del todo clara, en general, se entiende que las penas principales son aquellas que no dependen de otras; y son penas accesorias aquellas que presuponen otra para su imposición.

De entre las últimas, se distingue entre las simplemente accesorias, cuya naturaleza es su invariable accesoriedad (decomiso) y las penas que pudiendo ser aplicadas de manera autónoma, son no obstante, frecuentemente aplicadas como accesorias de otras (inhabilitación, suspensión de derechos).

El carácter accesorio de las penas no significa que éstas sean sólo un efecto propio de la pena principal. Por el contrario, son penas que, al igual que las principales, exigen de su expresa imposición por parte de la autoridad jurisdiccional y, en caso de omisión, naturalmente queda obstaculizada e impedida su imposición.

Por otra parte, como una consecuencia de su accesoriedad, este tipo de penas siguen la suerte de la pena principal, salvo que la ley exprese lo contrario. La tendencia político criminal en relación con las penas accesorias es hacia su eliminación, por razón de su escasa o nula utilidad como función accesorias, o bien de reconvertir algunas de ellas en penas principales o sustitutivas de la pena privativa de la libertad, caso en el cual sí ofrecen importancia relevante.

2. Penas graves y leves

Por otra parte, en razón de su gravedad, las penas pueden ser graves y leves, distinción, ésta, que no quiere mayor explicación, naturalmente, entre las primeras, la pena de prisión, particularmente las de larga y mediana duración; y, entre las últimas, la amonestación, el apercibimiento, la caución de no ofender y el confinamiento.

3. Las penas en la legislación penal mexicana

El TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO, del código penal, en su capítulo primero, intitulado "Penas y medidas de seguridad", establece en el artículo 24 la relación de las penas y medidas de seguridad en los dieciocho incisos que las consignan, para después explicar su contenido

En los artículos 25 a 50 *bis*.

El artículo 24 expresa:

Las penas y medidas de seguridad son:

- 1) Prisión
- 2) Tratamiento de libertad, semilibertad y trabajo a favor de la Comunidad
- 3) Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables o de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos
- 4) Confinamiento
- 5) Prohibición de ir a lugar determinado
- 6) Sanción pecuniaria
- 7) (Derogado)
- 8) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
- 9) Amonestación
- 10) Apercibimiento
- 11) Caución de no ofender

CAPÍTULO TRIGÉSIMO SEXTO LA PENA DE MUERTE

La pena de muerte, no aparece incluida dentro del catálogo de Penas previsto en el artículo 24, como tampoco aparece recogida como pena en ninguna de las disposiciones legales que se previenen en relación con cada uno de los tipos de delito, en el LIBRO SEGUNDO del código penal. Tampoco aparece prevista dicha pena de muerte, para ninguno de los delitos, incluidos en los códigos penales del orden común o federal, vigentes en los Estados de la República, en relación con la justicia penal de la sociedad civil, sin hacer referencia a la ley militar. Sin embargo, en la medida en que tal forma punitiva aparece recogida, en lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 22 de la Constitución, donde se la reconoce en relación con los delitos de traición a la patria en guerra con el extranjero, el parricidio, el homicidio con alevosía, el asesinato o ventaja y con las figuras del incendiario, el plagiaro, el saltador de caminos, el pirata y en relación con los delitos graves del orden militar, vale ocuparnos de su análisis general.

Se observa, en primer lugar, que pese a la presencia de la figura en el texto constitucional, en la medida en que ninguna de las leyes penales vigentes en el Estado Federal mexicano la consigna, existe, en el país, una real abolición de la pena de muerte en la ley penal del orden común y del orden federal. Su presencia en la Constitución, sólo se mantiene como la sombra intimidatoria de permanente amenaza, sin duela con efectos de prevención general pasiva, legislativa, pero que, evidentemente, no tiene base jurídica para su imposición real, ya que las penas no pueden aplicarse directamente de la Constitución, en tanto que ésta es la ley fundamental donde sólo se recogen los principios fundamentales que orientan y sustentan las diversas instituciones jurídicas del país, razón por la cual, para su aplicación, necesariamente exigen de su regulación por la respectiva ley de la materia. Así, los principios de legalidad y de reserva o exacta aplicación de la ley penal resultarían violados si se pretendiera aplicar dicha pena, en tanto que ni la ley pen-

nal en general, ni ningún tipo penal, en especial, la previene como pena.

Unido a lo anterior, independientemente de su inclusión en el texto del artículo 22, su naturaleza punitiva resulta seriamente cuestionada a la luz de los principios que regulan la decisión política fundamental del Estado mexicano, a partir de la presencia de la estructura democrática que reconoce a la persona en su dimensión individual y social, ámbitos, éstos, de la definición fundamental del ius puniendi del Estado mexicano, que afirman los principios de la dignidad e incolumidad de la persona, los cuales evidentemente no parecen guardar armonía con esta forma punitiva que, por lo demás, prácticamente no ha encontrado aplicación como pena de la sociedad civil en el país.

El origen de la pena de muerte en México, en la etapa del México independiente, como ha sido ya apuntado, tiene su antecedente histórico, en el voto particular de la Minoría de la comisión Constituyente de 1842, que en la Fracción XIII del artículo 5º, se refiere a la pena de muerte, relacionándola con el interés en su abolición, en función de la existencia de un “régimen penitenciario”, limitándola en términos más o menos similares a su regulación posterior, en la inteligencia de que con anterioridad no había aparecido en la legislación constitucional del país. Con criterios similares se la mencionó en el Segundo Proyecto de Constitución de 1842, en el artículo 13, fracción XXII, de donde pasó a las Bases Orgánicas acordadas en diciembre de 1842, en el artículo 181, para después pasar a la Constitución de 1857, artículo 23, donde fue objeto de serios debates, para ser recogida con la expresa limitación de que sólo se la recogía hasta en tanto se lograba, en el país, la existencia de un sistema penitenciario, que, según se reconocía, era hasta entonces inexistente. Fue así como en el Estatuto Orgánico Provisional de la República mexicana, de 1856, Jose Ma. Lafragua, en la comunicación con que lo envía a los gobiernos de los Estados, expresaría que aun cuando se recoge la pena de muerte como un mal necesario, por no poder abolirla ante la falta del régimen penitenciario a que nuevamente de manera expresa haría referencia el Constituyente de 1856 y la Constitución de 1857, reitera, sin embargo, el interés del Presidente de la República, en su intención de prohibir la imposición de la pena de muerte, “...aún en los casos en que, conforme al artículo 82, use el gobierno del poder discrecional, esto es, aun cuando cesen Las demás garantías, la de la vida será escrupulosamente respetada.” finalmente, fue bajo tal antecedente jurídico y político como pasó a la Constitución de 1917, en su artículo 22.

En síntesis, la pena de muerte, en México, en verdadero testimonio escrito del antecedente histórico de las penas corporales crueles e inhu

manas que existieron anteriormente y de las que representaban recuerdo aún reciente los Autos de Fe del Santo Oficio, durante la Inquisición, también con sus medios de tortura para alcanzar la confesión, determinando la reacción que significó el periodo del humanitarismo penal. Así, la pena de muerte sólo fue admitida e incorporada a la Constitución, ante la falta de un sistema penitenciario suficiente para evitar la aplicación de la pena capital y, aún así, fue clara la intención de no aplicarla, e incluso la reflexión a los gobernantes de los Estados de la República, en el mismo sentido, al mencionárseles que el Titular del Ejecutivo Federal no la impondría ni siquiera en el caso de la facultad discrecional prevista en el artículo 82- Paralelamente, la misma regulación, en los términos de los debates y del dictamen, interpretada a *contrario sensu*, permitía entender el interés de la voluntad del pueblo mexicano, representado en su Constituyente de 1857, en el sentido de que al existir un sistema penitenciario, dejaría de existir la razón, que la había admitido, en la inteligencia de que el propio Constituyente mencionado, como aún con mayor claridad el Constituyente de 1017, y las reformas posteriores a la misma ley fundamental, precisamente favorecieron las bases para la existencia de un sistema penitenciario, sobre todo con base en los principios recogidos en los artículos 18 y 22 de la Constitución vigente, con su reglamentación, amén de la existencia de instituciones penitenciarias, de las que la Cárcel de Lecumberri, inauguraba en el año de 1900, era un ejemplo, en tanto que pretendía atender, desde su tiempo no sólo los más modernos dictados de arquitectura penitenciaria (tipo radial, el estilo de la de Haviland), sino; también, conforme con los más avanzados criterios del tratamiento y trato penitenciario que empezaban a discutirse en los foros y congresos internacionales.

Por otra parte, desde una perspectiva distinta, la pena de muerte no se justifica ni en su esencia ni en su finalidad. No es legítima, no es eficaz y no es moral. Existe una tendencia mundial permanente hacia su abolición, en manera tal que su historia, como ha sido frecuentemente señalada es la historia de su permanente abolición y, en tal sentido, ha sido clara también la orientación sostenida desde 1945 por la Organización de Naciones Unidas que, al respecto, ha señalado, además de la tendencia abolicionista, también el procurar el mayor número de garantías y posibilidades procesales frente a ella y en los Estados que aún la mantengan, que la misma sea aplicada en la forma menos dolorosa e inhumana.

En relación con el debate sempiterno acerca de su justificación, en general ha sido impugnada en dos sentidos: en base a razones morales y religiosas; y en base a su inutilidad e ineficacia como pena. Siendo las

primeras evidentes, omitimos mayor comentario, en la inteligencia de que prácticamente Lucio el desarrollo acerca de su evolución histórica y fundamento como pena, ha sido objeto de tratamiento tanto en el presente apartado. como en todo el desarrollo de la obra; en relación con las segundas, frente a la afirmación de que es una pena fácil de suponer, que resulta de aplicación económica para el Estado y que es una pena altamente intimidativa, se ha respondido invariablemente señalando que la facilidad en la aplicación no podrá ser jamás argumento de validez suficiente, por cuanto a la consideración económica, a la vez que vale la misma respuesta, la misma también está en relación directa con la escala de valores que se encuentran en la base de la estructura moral, ético social y política del Estado y en relación con la eficacia intimidatoria, se la ha cuestionado severamente señalando que no es cierto que sea especialmente eficaz en este sentido, toda vez que, en todo caso, la eficacia intimidatoria propia de la prevención general. opera sólo en forma similar a como ocurre con las otras respuestas punitivas del Estado, mismas que operan respecto de la población intimidable. pero no operan respecto de quienes están decididos a cometer precisamente los delitos más graves y que causan la mayor alarma social. Finalmente un último argumento que, *per se*, tiene y debe tener un profundo sentido en un estado de derecho, es el grave cuestionamiento acerca del error judicial, que, evidentemente, es irreparable.

En nuestra opinión la pena de muerte no se justifica y, específicamente en México. en términos de la voluntad social constitucionalmente recogida hasta la fecha, aún ante la expresa referencia constitucional a la pena de muerte, no existe base de valoración cultural, social o política que la justifique y sí en cambio, existe una clara definición constitucional, recogida en su valoración cultural histórico política y social que la rechaza y niega, en la inteligencia de que, incluso, debería haber sido ya eliminada del texto constitucional en la medida en que en el país va existe un Sistema penitenciario estatal y federal, mismo que funciona en permanente evolución, razón por la cual ya no se justifica la existencia de la pena capital.

En síntesis, las razones expuestas no avalan sino niegan la pena de muerte. Sólo la voluntad social jurídicamente representada, como expresión del interés social en relación con las características socio-culturales y económicas que determinan la desiderata política de la ley penal, pueden variar dicho contenido, caso, en el cual, quedaría modificado a su vez, el concepto del *ius puniendi* del Estado mexicano y, asimismo, con ello, también las características definitorias de la decisión política fundamental del Estado mexicano. Por esta razón no es posible, aún frente a

hechos que con justa razón son generadores de una grave alarma social, modificar tal desiderata, para ello es necesario una mesurada valoración cultural de lo que esto implica, sin perder de vista, también, los graves riesgos que ello entraña y de lo cual la historia de las penas inhumanas, corporales infamantes y eliminatorias da fiel testimonio.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO SÉPTIMO

LA PENA DE PRISIÓN

SUMARIO: I. Legislación. II. Evolución histórica de la pena de prisión y su ideología. III. La problemática de la prisión. IV. Evolución histórica de la prisión en México. 1. México prehispánico. 2. México colonial. 3. México independiente. y. Las cárceles de México en el tiempo. 1. Cárceles de la Inquisición. 2. Cárcel de la Acordada. 3. La Real Cárcel de Corles. 4. Cárcel de Diputación o Cárcel de la Ciudad. 5. La Cárcel de Belem. 6. La Cárcel de Santiago Tlatelolco. 7. El Presidio de San Juan de Ulúa. 8. La Cárcel de Lecumberri. 9. La penitenciaría de Santa Marta Acatitla. 10. Los nuevos reclusorios preventivos del Distrito Federal. 11. Las nuevas instituciones de máxima seguridad. 12. La Colonia penal de Islas Mariás.

I. LEGISLACIÓN

El artículo 24, en su inciso primero, en relación con los artículos 25 y 26 del código penal, del Capítulo Segundo, intitulado “prisión”, del TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO del código penal, se refiere a la prisión.

Expresa el artículo 25:

la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis, 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

En México, la prisión, prevista como pena para ser ejecutada vía el sistema penitenciario del país, como también la prisión preventiva, que no es pena sino medida preventiva de aseguramiento durante el proceso, observa una regulación que es bastante avanzada, en términos de lo dispuesto en la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19 de mayo de 1971, modificada por última vez el 18 de diciembre de 1992,

en relación con las respectivas leyes de ejecución de sanciones de los Estados; unido al reglamento de los Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de febrero de 1990; y al Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social, promulgado el 30 de agosto de 1991, con modificaciones publicadas el 31 de agosto de 1992; el Reglamento de la Colonia penal Federal de las Islas Marías publicado, el 17 de septiembre de 1991.

En su respectivo ámbito, en cuanto privación de libertad como consecuencia de la comisión de un hecho previsto en la ley penal cuino injusto penal (conducta típica y antijurídica), vale señalar también la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de diciembre de 1991. que abrogó la anterior ley sobre el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, del año de 1971, y los artículos 119 a 122 del código penal, los relacionados de la ley Orgánica (artículos. 73 a 78) y del Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 503), y los relativos al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos. 673 y 674). Todos a su vez, en relación con el alcance del principio de la readaptación social, afirmado en la Constitución. Esto obliga a reconocer que el límite y fin de la pena no puede ser otro que el límite y fin del derecho penal, cuya base aparece definida en la ley fundamental, que, en el país, deriva de lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 y 49 de la Constitución unidos a las garantías individuales y sociales que definen el estado de derecho mexicano, reconociendo a la persona en su dimensión individual y social, es decir. entendiendo que no se trata sólo de reglas y disposiciones formales y lógicas, sitio que éstas observan un contenido que es fundamental para el hombre en su vida de convivencia. Sobre estas bases se desarrolla el sistema penal mexicano, y de manera más específica, en lo dispuesto en las normas que integran las garantías de seguridad jurídica y, especialmente, lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 22, por cuanto hace al sistema punitivo en sentido estricto y a la pena de prisión en concreto. Dentro de tales extremos, debe manifestarse la regulación secundaria penal, procesal penal y penitenciaria.

Si bien el derecho penal, como parte del orden jurídico general, se conforma con esa característica de esencia retributiva que se proyecta sobre todo el derecho, y que en su filosofía parece estar principalmente recogida en el principio de la prevención general, y cuyo fin es que los mismos miembros de la sociedad se abstengan de cometer conductas si-

milares. En el caso específico del derecho penal éste, se conforma, así mismo, con la específica finalidad de la prevención especial, la que no debe ni puede ser entendida como fin en si misma, sino que debe ser entendida como a medio orientado a la consecución de los objetivos que informan al derecho en general y específicamente al derecho penal, es decir, la seguridad jurídica que debe ser alcanzada por vía de la protección y tutela de la libre disponibilidad de los derechos penalmente protegidos a través de cada uno de los tipos previstos en la ley penal.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENA DE PRISIÓN Y SU IDEOLOGÍA

Independientemente de algunas manifestaciones aisladas, la prisión, como pena, conceptualmente surge, se desarrolla y se institucionaliza con la nueva concepción del estado de derecho en sentido moderno, que deriva del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, siguiente a la Revolución Industrial y a los movimientos ideológico revolucionarios sobre todo francés y americano.

Sus antecedentes se localizan desde los siglos XVI y XVII, siendo particularmente relevantes, las Casas de Trabajo y de Asistencia que funcionaron en diversos países, entre las que destacan las de Holanda, en las cuales se recogieron a grupos marginados, en manera tal que, según recuerdan historiadores, se intentó incorporar a delincuentes, vagos, prostitutas e incluso ancianos, como mano de obra útil a la producción y a la generación de capital. La “Spinhuis”, dedicada a los hilados y tejidos; la “Rasphuis”, dedicada al trabajo en madera y la “Puiichlmis”, dedicada a la producción de las telas. Otras instituciones similares fueron desarrolladas también, con posterioridad, en Francia, como el Hospital General; en Inglaterra, la “House of Provision”, y también en Italia, donde fue famoso el Hospicio de San Felipe Neri.

Independientemente de los aspectos de indudable avance que supone la pena privativa de libertad, respecto de las formas precedentes de pena, básicamente recogidas en las penas inhumanas, crueles que fueron corporales, infamantes y eliminatorias y donde la pena de muerte fue la respuesta más regular, y respecto de la cual, la gravedad del delito aparecía relacionada sobre todo con la forma de ejecución de la misma, más o menos dolorosa y cruel, generalmente corporal, procurando la agonía más o menos larga y más o menos infamante, de acuerdo con la gravedad y naturaleza del delito, según acredita el catálogo de penas que la historia recoge, y respecto de la cual basta recordar, para no ir más atrás en el arsenal de las penas que registra la historia, las penas y también los medios corporales de tormento para lograr la confesión, que fueron la práctica usual durante la Inquisición española y también

en México durante la Colonia, y de entre las cuales vale recordar la hoguera, la mutilación de los miembros, el garrote (en sus diversas formas), el hacha, el tajo, la guillotina (primitiva y moderna), los azotes, el ahorcamiento, las jaulas colgantes, la rueda para despedazar, la caldera, la destripación, la ceguera, la marca, la “cuna de judas”, la “dama de Nuremberg”, el látigo para desollar, el “agua”, la “cigüeña”, las “arañas”, el aplasta cabezas, el cepo, la destrucción de la lengua, la picota, el “San Benito”, la horquilla del hereje, la mutilación de los dedos, manos, nariz, u oreja, el potro, el péndulo, la sierra, el aplastapulgares, etcétera, formas todas éstas, de verdadero ingenio para causar dolor al máximo, retardando el momento de la muerte para lograr la confesión, después de la cual la persona era objeto de la pena de muerte impuesta por alguna de las formas señaladas y, en caso de no confesar, la persona moría en los días siguientes como consecuencia de las lesiones inferidas, por el estallamiento de sus órganos vitales o por las infecciones resultantes por los tormentos a que había sido sujeto.

Sólo al tomar conciencia de tales procedimientos y penas, se entiende el profundo sentido y alcance que significó el periodo del humanitarismo penal, y en donde, en gran medida, la pena de prisión fue la principal solución.

A la vez, no es posible dejar de observar los cuestionamientos severos que a esta pena también se le han formulado, a partir de la aguda observación de Foucault, en el sentido de que con la prisión la pena transita del cuerpo al alma y aún ante el desarrollo de la ideología del tratamiento y los objetivos de la reincorporación social útil, no dejan estos de ser cuestionados a la luz de los obstáculos que plantea su consecución, a la vez que ante los fenómenos de prisionización y despersonalización a que condiciona la pena privativa de libertad, sobre todo la de mediana y larga duración.

Es en la época de la revolución industrial, ese largo periodo que transcurre en la historia europea, antecedente de la cultura occidental, y que en América es precisamente coincidente con la Conquista y la Colonia, que impactó y cercenó decisivamente el desarrollo de las instituciones jurídicas indígenas autóctonas, que también eran severas, con la aplicación regular de la pena de muerte, para integrar en México las instituciones jurídicas fundamentales españolas y, a través de éstas, las de la Cultura occidental europea, las que se vieron matizadas con las características de la idiosincrasia de la cultura autóctona. En síntesis, la cultura occidental europea y consecuentemente también el nuevo orden jurídico, se conforma con el nacimiento de la civilización urbana, que dio término a la Edad Media, motivada por la concentración del capital urbano manufacturero y que precisamente

hubo de dar inicio al maquinismo, que propició la Revolución Industrial, que culmina en el siglo de la Ilustración, a fines del siglo XVIII. Varios siglos debieron transcurrir en esta evolución social, que se gesta en la alta Edad Media con el surgimiento y desarrollo de los nacientes Burgos y, en éstos, con el surgimiento de las “Escuelas” y los “gremios” de oficios, que habrían de conformar la simiente de la nueva estructura económica, social y política que modificaría la estructura feudal precedente.

La nueva concentración urbana de los medios de producción, generó la consecuente concentración demográfica urbana que debilitó la estructura feudal preexistente, que había estado configurada en base a la presencia del “siervo” sujeto a la tierra, bajo el dominio del “señor feudal”. El debilitamiento del campo, lógicamente hubo de implicar el debilitamiento de la estructura del poder feudal existente.

La naciente producción manufacturera urbana exigía mano de obra; ésta, en un principio implicó lógicamente una mayor oferta de trabajo, la cual sin embargo hubo de saturarse en breve tiempo, como consecuencia de la aún raquítica naciente producción, lo que transformó esa oferta en demanda de trabajo. Esto propició y tradujo un mayor aceleramiento en el desarrollo de la producción, como natural consecuencia de la reinversión en los bienes de capital que incrementó la planta productiva, lo que a su vez generó una mayor oferta laboral que, con el tiempo, alcanzó finalmente su nivel de estabilización entre la oferta y la demanda laboral y, por otra parte originó el cambio en la estructura económica de la sociedad de su tiempo. Naturalmente, fue esta la época que describe el trabajo en jornadas de trabajo deshumanizadas que también incluyó y afectó a las mujeres y niños, lo que tradujo la inicial diferencia y lucha de clases que habrían de conformar las bases de la nueva legislación laboral, paulatinamente cada vez más imbuida de un contenido de justicia social y que lo mismo recuerda en sus obras Charles Dickens, que la historia inglesa con las luchas del capitán Lud.

Frente a la nueva situación señalada, surge y se plantea el paradigma del contrato social, como fórmula para explicar el origen de la sociedad. Así, si es el consenso lo que permite la coexistencia, ello implica reconocer que la decisión de convivir deriva precisamente de la voluntad individual de todos quienes en conjunto integran la comunidad y, por lo mismo, se reconoce también que si el hombre acepta ceder ciertos derechos en bien de la convivencia, exige, también, reconocer que existen otros derechos no cedidos en ese consenso, y que por tanto, deben ser reconocidos como anteriores al mismo. Este concepto reestructura la doctrina del derecho natural de origen divino preexistente, para afirmar su nueva concepción sobre la base del derecho natural derivada

del consenso (teoría del contrato social). Si la estructura social reconoce como su origen mismo el paradigma del contrato, es lógico que se procure entender, también, que es la vía del consenso, la forma ideal para lograr la mejor solución a la conflictiva social.

Esto lleva al reconocimiento del acuerdo para resolver los conflictos sociales con base en la reparación, lo que sustituye la concepción punitiva del orden jurídico penal precedente basado sólo en el castigo y en la aflicción del dolor corporal como vía de expiación, a la vez que de retribución talional, constituyendo, con esto, la plataforma del nuevo orden jurídico, que derivando también del concepto de la retribución, responde a la vez al principio de legalidad, a la vez que a la humanización punitiva en la respuesta social del Estado frente al delito, que en esta época se manifiesta.

Dicha solución reparatoria, sin embargo, resultó insuficiente, cuando no inoperante, frente a quienes poco o nada tenían, que era precisamente el grupo mayoritario de la nueva población urbana; en efecto, si frente al incumplimiento de las obligaciones en la nueva vida civil se generaba el secuestro o la ejecución de los bienes del violador de la ley, frente al nuevo grupo de nula riqueza, la posibilidad jurídica de esa reparación resultaba inútil. El nuevo ciudadano con lo único que podía contar era consigo mismo, es decir con su libertad personal, que conlleva su capacidad de trabajo productivo, lo que suponía el ejercicio de su libertad. De esta manera, en el nuevo esquema social, el único valor que podía ser afectado, resultaba ser esa libertad y esa capacidad productiva.

Surge, así, el concepto de la prisión como pena que ofrece la ventaja de ser susceptible de una cierta medición lineal, que hace más fácil establecer su correspondencia con el grado de la afectación a los bienes jurídicos protegidos lesionados con el delito, sustituyendo así, el concepto precedente dominante que concibió a la prisión sólo como lugar de detención temporal hasta en tanto era aplicable la pena propiamente dicha.

En síntesis, esta evolución del concepto de la pena que hace nacer la pena de prisión, traduce un fundamental cambio en la evolución de las ideas penales que, hasta el periodo inmediato precedente, había llevado a la pena corporal y a la eliminatoria. Por esto, el nuevo concepto de la prisión como pena, ideológicamente representó el mayor respeto a la condición humana de la persona.

La ideología del contrato obviamente apareció orientada a satisfacer las necesidades de la nueva situación histórica que se planteaba: Necesario reconocimiento de la nueva estructura del poder derivado del capital urbano que desplazaba a la aristocracia feudal que, sin embargo,

siguió conservando parte importante del poder político. Era necesario establecer un límite a la autoridad que representaba el poder preexistente, para lo cual se ofrecieron válidos sobre todo los principios de legalidad y de igualdad, como también la división de poderes, y el contenido mismo de la democracia, que implicaban el establecimiento de un límite al ejercicio del poder y el reconocimiento de la igualdad de los miembros del grupo social. La autoridad podía hacer sólo aquello a lo que la ley expresamente la autorizaba, a la vez que sólo podía ser considerado como delito lo que expresamente la ley tipifica como tal, sobre la base de un plano de igualdad social y política. Esto se fortalecía con el concepto de la división de poderes, como fórmula para evitar el abuso en el ejercicio del poder que así se balanceaba entre los diversos órganos de poder y todo ello en un marco favorecido por la fuerza de las nuevas concepciones democráticas que rompieron el absolutismo monárquico, que se tradujo en todo caso en las monarquías constitucionales. Esto explica el positivo éxito que alcanzó la ficción representada por la teoría del consenso; que reconoció la naturaleza social del hombre, la que, sin embargo, también reconocía que derivaba de la voluntad del hombre mismo y no de un origen metafísico; limitaba el exceso en el ejercicio del poder que anteriormente no tenía límite, como consecuencia de su origen divino.

Coincide la culminación de este largo periodo de varios siglos, desde el fin del feudalismo e inicio de la Revolución Industrial, con las ideas que a lo largo del siglo XVIII representaron el pensamiento Iluminista o Ilustrado europeo y, también, el del Despotismo Ilustrado, que derivó de la filosofía y el cientifismo lo mismo de Bacon o Hobbes, que de Newton y Galileo, para estar representado en el siglo de la Ilustración sobre todo por Montesquieu, Locke, Rosseau, Voltaire, Dantón, D'Alambert, o Marat (pese a sus discrepancias filosóficas), entre muchos otros. Fue este periodo, también, el fundamento filosófico que propició el humanitarismo en las tendencias de la reacción social del Estado frente al delito, que tuvo como principales exponentes, el pensamiento de Beccaria, la acción de Howard y el utilitarismo de Ben tham, como, también, el pensamiento de Lardizabal y Ceribe (mexicano) apoyados en general en el pensamiento filosófico de Kant, como también en el idealismo de Hegel, siendo también relevante el pensamiento liberal de Feuerbach. En el campo penitenciario, la consecuencia de esta evolución humanista en la ideología de la época, fue el interés manifiesto por aprovechar las nuevas prisiones para preparar a los confinados para la producción, a fin de superar la falta de calificación y, asimismo, para

procurar su corrección que, con el tiempo. llevó a la idea de la “readaptación social” y de la “reintegración social útil”. Es la época en que nace el concepto de la escuela-fábrica como también de la cárcel-fábrica. Simultáneamente fue manifiesta la tendencia a solucionar los problemas derivados de la acelerada concentración urbana, por vía de la integración, lo que favoreció la existencia de las colonias penales de la época.

La fuerza del pensamiento revolucionario a fines del siglo XVIII, que acentuó el interés por el hombre precisando el reconocimiento de sus características de racionalidad y de sociabilidad, reconociendo el valor de su conciencia y de su autodomínio, fue lo que favoreció el mejoramiento de las condiciones existentes en las instituciones penitenciarias, con los aspectos de enseñanza y de actividad laboral, como, también, fue la plataforma para la existencia de condiciones menos inhumanas en la prisión.

En síntesis, el funcionamiento de las prisiones en México no difirió sustancialmente del que se observó en los países centrales de Europa, si bien con algunas características específicas derivadas de la cultura indígena y criolla, además de las características del surgimiento de la prisión como pena. en relación con el nuevo desarrollo del país. Así en general, fue coincidente el desarrollo de la prisión en México, con el desarrollo que se dio en Europa. Al respecto, es de tenerse presente que, si bien en el México prehispánico llegó a darse en forma aislada la prisión por deudas (el Teilpiloyan) esto aconteció de manera singular sin que haya tenido ulteriores manifestaciones, en forma similar a como también aconteció en algunos momentos en la historia antigua en el Medio y Lejano Oriente. Es, en efecto, por lo expuesto, que ideológicamente corresponde el concepto de la pena y su evolución y el posterior surgimiento de la prisión como pena en México, con la época en que se da el inicio de la Revolución Industrial, la cual determinó, como una de sus consecuencias, la época de las conquistas y el interés por las nuevas colonias y el incremento en los nuevos mercados, para encontrar nuevos horizontes en su desarrollo material y también para expandir la religión, por esto, no falta razón a la frecuente referencia de que la conquista se logró al amparo de la cruz y de la espada. La ideología que sustentó la pena de prisión en Europa prácticamente fue importada al país, impactando decisivamente en el desarrollo de su cultura. Como es natural tal impacto sufrió la “mexicanización” derivada de rasgos culturales producto de la mezcla de la cultura indígena y europea, así como de la idiosincrasia de uno y otro pueblos que conformó el perfil de las nuevas instituciones durante la Colonia y el México independiente.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRISIÓN

En el ámbito penitenciario se debe reconocer la necesidad de atender, además de la presencia de la ley, todo cuanto concierne al adecuado funcionamiento de las instituciones, conforme a los objetivos que la explican y justifican desde su marco constitucional, legal y también ético y moral.

Esto significa que, unido a la existencia de la norma que genera el discurso jurídico, es indispensable que exista, asimismo, congruencia y la más estrecha coincidencia con el discurso real, es decir, los elementos necesarios y suficientes para que las instituciones penales cumplan con su objetivo constitucional, y que principalmente son; personal calificado, en los niveles de dirección, custodia, técnico criminológico e incluso administrativo, lo que exige su selección y capacitación, tanto en las instituciones de internación total, como también los de otro tipo del propio sistema punitivo, invariablemente orientado a la prevención especial; y las instalaciones y recursos necesarios, acordes con los programas respectivos, además de una legislación penal y ejecutiva adecuada. Obviamente, esto exige de una valoración y decisión del más elevado nivel político, que corresponda y responda a la dimensión real del objetivo, lo que a su vez implica una respuesta que sólo puede derivar del real interés y decisión del más elevado nivel político en la atención del problema.

El contenido del discurso político y jurídico sobre el tema, por esto, tiene como premisa la concepción que se tenga acerca del problema dentro de la estructura de poder político de un país y, como consecuencia, de las características como se le contemple y observe dentro del sistema del control social del Estado, lo que significa el valor real que tengan los conceptos del valor de la seguridad jurídica, del orden público y de la paz social, y consecuentemente también del valor de la justicia, conforme al marco jurídico-político constitucional existente y conforme a la interpretación que del mismo se dé. En la medida en que el Estado se proponga estos fines, estrechando el espacio entre el contenido del discurso jurídico y del discurso real, se podrán alcanzar mejor los elementos que se hacen necesarios para la consecución de los objetivos propugnados.

En relación con el sistema punitivo en general y, en especial, con respecto a la pena de prisión, la criminología contemporánea ha planteado fundadas dudas acerca de la eficacia de sus resultados reales. No sin razón se ha cuestionado la realidad de la prisión, en cuanto forma de tratamiento para la readaptación social, orientado a los fines de la prevención especial, debiendo reconocer que, salvo contadas excepcio-

nes, el tratamiento penitenciario ha implicado fuertes reveses, sobre todo en relación con los efectos de la prisionización y de la despersonalización que se generan con la privación de la libertad más prolongada; así como otros severos cuestionamientos en relación con los frecuentes vicios de la prisión. En fin, los cuestionamientos han llevado a concluir que la prisión no readapta sino que desadapta; que etiqueta, antes y después de la imposición, criminalizando. Esto, unido a otros aspectos de la realidad penitenciaria, como el elevado costo de las instituciones penales, sobre todo las totales; la necesidad de personal altamente calificado, que no es fácil incorporar y el hacerlo implica elevado costo; han llevado a replantear las ventajas y desventajas de la prisión como pena y, en su caso, la búsqueda de soluciones alternas que puedan resultar asimismo eficaces, superando los cuestionamientos planteados. Este es el camino por el que hoy el mundo de las penas transita. Unido a esto, se observa también, a la vez, el grave riesgo de la sombra del pasado, con sus penas corporales, infamantes, deshumanizadas y de la pena capital, como el fácil recurso social eliminador, y que frente a las características del mundo moderno, que en sus complejidades plantea también respuestas sociales que son de violencia, las cuales necesariamente han de ser eficazmente afrontadas y, frente a esta coyuntura, se delinean en paralelo, la respuesta que orienta la justicia en la justicia social y la que observa a la justicia sólo como la medida defensiva del status establecido, sin reconocer que, una parte importante de esa violencia se vería disminuida frente a una mejor respuesta de la justicia social.

Es lo cierto, en fin, que hoy la pena de prisión, que en su momento implicó la vía idónea para sustituir las características punitivas de su tiempo, cuyos rasgos más característicos fueron el ser crueles, corporales, inhumanas e infamantes, cuando no eliminatorias; periodo, éste, en el que se movió, salvo contadas excepciones, todo el sistema punitivo en el mundo antiguo y durante la Edad Media e, incluso, en los inicios de la época moderna, según brevemente se ha procurado bosquejar, donde, el periodo en que surge la prisión como pena, refleja las características del iluminismo y del humanitarismo penal, los cuales determinaron el viraje punitivo de la sociedad de su tiempo.

Frente a estas observaciones, cabe preguntar cuáles son las perspectivas de la prisión como pena, o lo que es lo mismo, en su perspectiva más general, cuál es o cuál puede ser la acción punitiva más eficaz, en la sociedad moderna, que sea capaz de alcanzar los objetivos generales de la seguridad jurídica y de orden público, con respeto a la libertad intrínseca del individuo.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRISIÓN EN MÉXICO

1. *México prehispánico*

En México, durante la época prehispánica, el derecho indígena se caracterizó por su severidad, entendiendo la imposición penal como pena pública y como función estricta del Estado. Por cuanto se refiere a la prisión, básicamente fue considerada como lugar de detención hasta en tanto se aplicaba la pena, misma que frecuentemente supuso la muerte. Existió, así, entre los Aztecas el Teilpiloyan como prisión menos rígida, principalmente para deudores y el Cuauhcalli, lugar de destino a cautivos que eran emprisionados mientras les era aplicada la pena capital. Recuerda Clavijero que en las mismas se procuraba sentir al reo los rigores de la muerte desde que quedaba prisionero. El Malcalli, a su vez fue una cárcel especial para cautivos de guerra, los que después también eran objeto de sacrificio, si bien durante la prisión, eran objeto de especial atención y cuidado. En el Petlalco o Peilacalli, se acostumbraba encerrar a individuos relacionados con faltas.

2. *México colonial*

En España en forma similar a cuanto aconteció como regla general en Europa, la prisión no fue considerada como pena sino, que fundamentalmente fue lugar de detención hasta en tanto era aplicada la pena correspondiente. Así lo recogió el Fuero Juzgo (Libro III, Título IV, leyes 3 y 4), y las leyes de Estilo, así como *las Particuloidas* (*Particuloida* VII, Título XXIX, ley 4º), que, en lo general, observaron un criterio cercano al recogido en el Digesto (48, 19, 9). Se expresaba así, en las *Particuloidas*, "... echar alguno come en fierros que llaga siempre pi-eso en ellos o en otra prisión" "*non la deven dar a orne libre si non a siervo ca la carcer non es dada para excarrnentar los yerros mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados*"

La privación de la libertad (prisión), como pena aparece en las leyes de Indias (ley XVI, Título VI, Libro VII); En la Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias (Libro VI y VII), donde se hacía referencia de manera más sistematizada a las prisiones, en que se ocupan de las cárceles y carceleros y de las visitas a las cárceles incorporando una serie de reglas que pueda considerarse con razón, como un verdadero, inicio, en la integración de la normación penitenciaria. La evolución de los establecimientos penales fue paralela a la evolución de la pena de prisión en el derecho penal, a su vez vinculado con la evolución social, económica y cultural de la época. Durante la Colonia existieron las cárceles y los presidios; estos últimos, con fines también de fortalezas militares y medios de poblar las

provincias alejadas del centro. Fortalezas-prisiones como las de San Juan de Ulúa y Perote, mantuvieron su existencia hasta principios del presente siglo, donde incluso llegó a observarse la reclusión de personas vinculadas con la vida política del país.

3. *México independiente*

Al iniciar el país su vida independiente en 1821, las más relevantes leyes vigentes como derecho principal era la Recopilación de Leyes de indias, complementada con los Autos Acordados, la Ordenanza de Minería, la de Intendentes, y la Tierra, Aguas y Gremios; y como derecho superlativo la Novísima Recopilación.

El nuevo Estado naturalmente tuvo como objeto fundamental legislar sobre su nuevo ser independiente, de aquí que se haya centrado el interés legislativo en el derecho constitucional y el derecho administrativo. En relación con el sistema de la prisión, el ámbito de la ejecución punitiva quedó a cargo del poder Ejecutivo, conforme a las leyes del 11 de mayo de 1831 y de 5 de enero de 1833. La representación de las cárceles, por su parte, se vio operada en 1814, 1820 y 1826, habiéndose previsto incluso, el establecimiento de Talleres y Oficinas en ellas.

Se dispuso la colonización penal en las Californias y en Texas, en 1833. Se reglamentó el indulto en 1824, y la nueva base constitucional del Estado quedó definida a partir de la Constitución de 4 de octubre de 1824.

V. LAS CÁRCELES DE MÉXICO EN EL TIEMPO

Fundamentalmente, durante la Colonia son de recordarse las cárceles de la Inquisición en que funcionaron la Cárcel de la Perpetua o de La Misericordia y la Cárcel Secreta o de Ropería, la Real Cárcel de Cortes de la Nueva España; la Cárcel de la Acordada y la Cárcel de la Ciudad o de la Diputación.

1. Cárceles de la Inquisición

Las cárceles de la Inquisición, es decir, las que funcionaron en relación con el Tribunal del Santo Oficio, fueron la cárcel de la Secreta, a la que se llegó a referir como “La Bastilla mexicana”, según recordaron en su momento Orozco y Berra y, posteriormente Rivera Cambas. Funcionó asimismo, la “sentencia de cárcel y hábito”, a ejecutarse en el propio domicilio y se aplicó el “San Benito”.

El Tribunal del Santo Oficio funcionó primero en Aragón, cuyo origen remoto parece haber sido la Carta del Papa Gregorio IX, en 1233. En México, al parecer dio inicio en base a las gestiones hechas para funcionar en la Nueva España, al parecer en 1569, cuyo resultado fue

la autorización que al respecto dio el Papa Sixto IV, para designar inquisidores, en manera de producirse el primer Auto de Fe, en la Nueva España, en 1574. Así, el Tribunal de la Inquisición, en la Nueva España quedó formalmente establecido el 2 de noviembre de 1571, por orden del rey Felipe II, de España, quien designó a Juan de Cervantes como primer Inquisidor (después del cual lo fue Pedro Moya de Contreras). El edificio del Santo Oficio, desde 1571, estuvo localizado frente a la denominada Plaza de Santo Domingo, mismo que a partir de 1854, funcionó como la Escuela de Medicina.

El Santo Oficio, que, en su procedimiento, funcionó en base al principio del “Secreto” en sus diligencias (lo que fue el alma de la Inquisición), implica la concentración de la acusación y la función jurisdiccional, en el mismo órgano. Funcionó hasta el año de 1820.

2. *Cárcel de la Acordada*

La Cárcel de la Acordada (o de la Misericordia) estuvo localizada a un lado del tribunal, lugar en donde estuvieron localizados los calabozos, caracterizados por una severa represión. Al lado de ésta funcionó la Cárcel de Ropería.

Referirse a la Cárcel de la Acordada implica necesariamente hacer mención al tribunal que le dio origen. En realidad, la Cárcel, como tal no existió sino hasta tiempo después. En sus inicios funcionó el Tribunal de la Acordada, el cual, en sus orígenes, no constituyó una organización definida con establecimiento propio, sino que surgió, como un título especial que fue otorgado a su titular, denominado juez o capitán del Tribunal de la Santa Hermandad o Tribunal de la Acordada, a quien le fueron conferidas amplias facultades para afrontar y resolver el problema social, de la delincuencia, considerado en su momento histórico como gravemente lesivo y alarmante (sobre todo asalta caminos). Recuerda así, Don Eusebio Ventura y Beleña, que fue establecido en el año de 1710, con arreglo y protección de Castilla, con sujeción y coordinación a la Real Sala del Crimen de México. Poco después sus facultades fueron ampliadas por la Real Cédula del 21 de diciembre de 1715, y con acuerdo de la Real Audiencia, se le fijaron las nuevas facultades, eximiendo al titular de dar cuenta a la Sala del Crimen.

Por esta razón y habiendo necesidad de un “acuerdo” de la Real Audiencia, quedó denominado como la Acordada. El juez de la Acordada implicó la presencia de éste, auxiliado por un cuerpo de personas, para dar remedio pronto y eficaz frente a los salteadores que se habían multiplicado en las carreteras de la Nueva España y, por tal razón, implicó la movilización del respectivo capitán o juez por diversas zonas del territorio.

Posteriormente, la Cárcel de la Acordada implicó un establecimiento grande que en el año de 1802 alojaba a más de 1,200 personas, en crítica de algunos de los problemas que en su momento presentó, Rivera Cambas recuerda, en alguno tic los pasajes de su interesante relato, sobre el tema: “figuras patibularias, fisonomías demacradas y degradadas, andrajos y suciedad, esto era el conjunto de aquella escuela de prostitución en que los menos delincuentes aprendían siempre algo de los unís famosos bandidos jóvenes que por sus ligeras faltas caían en aquel lugar de infamia y al salir aventajaban a los más famosos forajidos”.

Hubieron 9 capitanes de la Acordada, el primero de los cuales fue Don Miguel Velázquez Lorea y el último, Antonio Columna, en 1809.

En sus inicios la Acordada funcionó en galerones del Castillo de Chapultepec, después pasó a diferentes locales, hasta ocupar su edificio definitivo, localizado frente a la Iglesia del Calvario en 1787, donde funcionó hasta 1812, en que tite abolida la Cárcel de la Acordada.

Desde entonces el edificio quedó destinado a prisión ordinaria, carácter bajo el cual subsistió con el nombre de “Cárcel nacional de la Acordada”.A partir de esta última fecha, los reos fueron trasladados a la, entonces nueva “Cárcel de Belem”, quedando desde esa época conformado en sede del Cuartel Municipal.

3. La Real Cárcel de Cortes

La Real Cárcel de Cortes de la Nueva España, tuvo su origen en el siglo XVI, casi al inicio de la Conquista, correspondiendo, a la que era costumbre entre los pueblos orientados hacia la Conquista. Construcción de la cárcel como una de las primeras edificaciones de los pueblos conquistados.

La Real Cárcel de Cortes estuvo localizada en el Palacio Real, en el mismo lugar donde después quedo establecido el Palacio Nacional, en su esquina occidente norte, con vista a la Plaza del Volador por un lado y a la Plazuela de la Universidad por el otro. En el mismo lugar donde actualmente se ubica Palacio Nacional, frente a la Plaza de la Constitución, correspondiendo, al edificio en donde en su momento estuvo localizado el Palacio Nuevo o Palacio de Moctezuma. Rey de Tenochtitlán a la llegada de los españoles.

Surgió como consecuencia de la Real Cédula del 16 de agosto de 1570 que ordenó el establecimiento de un local para la Audiencia, Cárceles y Hacienda de la Nueva España. La Cárcel de Cortes estuvo funcionando en Palacio hasta 1699, cuando se produjo un incendio en el Palacio Real que destruyó diversas dependencias, afectando, entre otras, el área donde estuvo localizada la Real Cárcel de Cortes. A resultas de esto, la Cárcel debió funcionar principalmente en la Casa del Marqués

del Valle, hoy edificio del Monte de Piedad, para regresar después nuevamente al mismo edificio del Palacio Nacional. Así quedó localizada en el lado sur oriente, con la reconstrucción en el propio edificio del Palacio.

En la Real Cárcel de Cortes la comunicación con la visita se libraba en la Sala de Acuerdos del Crimen y la Sala de los Tormentos. José Joaquín Fernández de Lizardi en su obra *El Periquillo Sarmiento*, relata algunos de los pasajes de la vida en el interior de aquella cárcel.

4. Cárcel de Diputación o Cárcel de la Ciudad

Estuvo localizada en el centro de la ciudad de México, en el edificio que fuera el Palacio Municipal, en el lado sur del Zócalo Central, hoy plaza de la Constitución, precisamente en el edificio sede del gobierno del Distrito Federal. En el referido edificio, según refieren algunos autores, en el año 1564 residían, desde entonces, el ayuntamiento, la cárcel, la carnicería mayor y la alhóndiga. En el año de 1692 un motín generó un incendio, originando su temporal cambio; pero a partir de 1714, después de su reconstrucción, volvió a funcionar dicha Cárcel de la Diputación, que continuó funcionando con posterioridad a la independencia, en los bajos del mismo edificio, por el lado de la callejuela, junto con los Juzgados de Turno y el Cuartel general de la Gendarmería.

La cárcel fue denominada Cárcel de la Ciudad, por corresponder los presos a las personas sujetos a la jurisdicción de los Alcaldes ordinarios, y cuando las funciones de estos cesaron, siguió funcionando dicha Cárcel, hasta 1835, en que cesó su función. En 1860 la Cárcel de la Diputación, alojó, además de personas relacionadas con faltas administrativas, también a reos por delitos leves y la prisión preventiva de los reos por ser trasladados a la Cárcel de Belem. La población de este reclusorio fue aproximadamente de 200 individuos, siendo su aforo aproximadamente de 150, en una estructura consistente de dos dormitorios, un patio principal y una fuente al centro. No había enfermería, pero existía el médico de la cárcel, el practicante y en caso necesario se hacía un traslado al Hospital Juárez.

5. La Cárcel de Belem

En 1864 la “Guía el Viajero de México”, informaba que en México existía la Cárcel de Belem, la Cárcel de la Plaza francesa y la Cárcel de la Ciudad.

La “Cárcel de Belem” o “Cárcel nacional” originalmente estuvo localizada en el edificio de la Ex-acordada; después, pasó al Ex-colegio de Belem, lugar de donde adquirió el nombre por la que fue más conocida.

La Cárcel de Belem, cuyo funcionamiento como lugar de reclusión penitenciaria y de custodia preventiva inició en el año 1863, con la uti-

lización del Colegio de Niñas de San Miguel de las Mochas, o San Miguel de Bethlem, edificio que había sido fundado en 1683, precisamente para ser utilizado como Casa o Colegio, después de otros usos, tuvo finalmente el destino carcelario a partir de la fecha citada. El edificio estuvo compuesto de 7 grandes patios, el principal de los cuales llamaba la atención por su belleza en estilo sobrio y severo, que fueron divididos en departamentos de detenidos, encausados, sentenciados a prisión ordinaria, y sentenciados a prisión extraordinaria.

Acerca de su acondicionamiento físico como establecimiento penitenciario, vale recordar la aguda expresión del presidente Porfirio Díaz, cuando en su visita, con motivo de la inauguración, época en que expresaría “no esta mal la casa de vecindad”. Al frente de la misma se encontraba el alcalde, asistido por el “segundo ayudante”, con el celador de patios y el celador de pagos. En 1 887, observaba una población total de 1,612 reos, 1199 eran varones y 313 eran mujeres.

Asimismo, de ese número total, más del 50% eran encausados y el resto sentenciados. En esta época ya funcionaba atento a lo dispuesto en la ley, la libertad preparatoria y en la fecha indicada justamente se hacía mención de haber sido estas concedidas (29 libertades preparatorias). Entre los comentarios particular mente gráficos de lo que fue aquella institución penitenciaria, en especial resultan interesantes los de Guillermo García Mellado, que en los años 30, de este siglo, fueron recogidos en el periódico El Universal y en donde dicho articulista recordó el funcionamiento de los talleres, el llamado “patio de la holganza”, la figura del ‘presidente’, quien era el jefe de los reclusos que imponía su autoridad con el auxilio de un cuerpo de sus seguidores. El artículo relativo a la cárcel como “escuela de delincuentes”, hacía recordar los comentarios de El Periquillo Sarmiento, de Lizardi; las Bolinas, La Distinción el Patio del Jardín, y también a José Meléndez. el hombre del Corbatón, figura estereotipada de la justicia popular.

6. La Cárcel de Santiago Tlatelolco

La Cárcel de Santiago Tlatelolco existió desde 1883, habiendo correspondido. con anterioridad, al Convento de Santiago Tlatelolco, construido en 1535. Es un edificio de tipo fortaleza, que alojó la Cárcel militar de México, estando integrado en 2 Departamentos o Cuadras: una para la Oficialidad y otra para la Tropa. Dejó de funcionar al ser inaugurado el Centro penitenciario militar o Centro militar número 1 de Rehabilitación militar localizado en el Campo militar número 1, en la Av. Constituyentes.

7. El Presidio de San Juan de Ulúa

El Presidio de San Juan de Ulúa localizado en el Castillo del mismo nombre, en el Puerto de Veracruz, frente al Golfo de México, sobre un islote. Funcionó como fortaleza con posterioridad a la llegada de Cortés y Grijalba.

San Juan de Ulúa inició su funcionamiento como verdadero Fuerte en dicha localidad, para la seguridad del puerto. en contra de actos de piratería, y funcionó después como cárcel, sobre todo para la reclusión de personas relacionadas con motivos políticos. Entre otros de los famosos reclusos que llegó alojar, se recuerda a Juan Sarabia, quien fuera director del periódico “El Hijo del Ahuizote” y, posteriormente también, los hermanos Flores Magón. Don Federico Gamboa escribió su obra la “haga” recordando los calabozos húmedos e insalubres de dicho presidio, toda vez que se encontraba bajo el nivel del mar y su construcción era de piedra porosa. Entre otros de los nombres que tuvieron las galeras se recuerdan “el Infierno”, la “Gloria”, esta última por el solo hecho de estar colocada arriba de la anterior el “Purgatorio”, etcétera. Al triunfo de Carranza como primer Jefe del Ejército constitucionalista quedaron clausuradas aquellas mazmorras.

Además de ésta, hubo un número elevado de presidios y cárceles en diferentes partes del país.

En una relación que de ellas se hizo en 1815, se recuerdan poco menos de 50, en diferentes partes del país, entre otras la de Piedras Negras, en Monclova, Coahuila, Monterrey y Chihuahua, y las de Oaxaca, Campeche, el Carmen y Yucatán, en el Sur.

8. La Cárcel de Lecumberri

La Cárcel de Lecumberri fue inaugurada con el principio del nuevo siglo, en 1900, por Porfirio Díaz y obedeció, en su momento, precisamente al interés de superar las insuficiencias y deficiencias de los edificios anteriores, fundamentalmente fortalezas o edificaciones grandes y antiguas que fueron adaptados, para establecer un reclusorio, bajo las directrices estimadas más avanzadas en su tiempo. Para este efecto, México participó en diversos congresos penitenciarios en el extranjero, de las que se dio cuenta, en su tiempo, en interesantes publicaciones. Así, fue construida la denominada Cárcel de Lecumberri, bajo el sistema radial panóptico, más o menos inspirado en el centro penitenciario de Haviland, (EU.), y también en las de otros países cuyo origen remoto encuentra inspiración en el panóptico de Jeremías Ben than, desde el siglo XVII, en Inglaterra.

Para este efecto fueron elaborados proyectos que se iniciaron desde principio de la segunda mitad del siglo pasado. para quedar concluidos

en la institución que hubo de ser inaugurada en 1900. A la misma se trasladaron los reos alojados en la Cárcel de Belem, como sentenciados. Posteriormente, funcionó como cárcel preventiva.

En su interior, la arquitectura penitenciaria estaba orientada a permitir que las crujías estuviesen separadas como gajos de naranja, integrado a la clasificación interna, según la orientación de la técnica penitenciaria del momento. En el reclusorio fue construido, después, un Hospital y en el interior, se estableció un centro de trabajo, una escuela, zonas de visita, un área adaptada de visita conyugal e incluso área de reclusión especial.

Al ser inaugurada la penitenciaria del Distrito Federal, de Santa Marta Acatitla, en el año de 1959, fueron trasladados a esta última, las personas sentenciadas, para quedar Lecumberri como Cárcel preventiva de la Ciudad de México. Con el tiempo, también llegaron a plantearse en esta institución no pocos de los problemas a los que con anecdótico acento hicieron referencia, el recuerdo de la Cárcel de Belem y de otras.

9. La Penitenciaria de Santa Marta Acatitla

Creada la penitenciaria de Santa Marta Acatitla en 1959, procuró seguir las orientaciones más modernas de la estructura penitenciaria del momento, y siguiendo el sistema de peine o espina, con áreas, bien conformadas para permitir la clasificación penitenciaria, y el desarrollo de actividades diversas en el interior, correspondientes al micromundo de la prisión, con áreas deportivas, educativas, laborales, recreativas, de relación familiar, y social, etcétera.

10. Los nuevos reclusorios preventivos del Distrito Federal

En el año de 1973 se inició un programa para la construcción de cuatro nuevos reclusorios preventivos para el D. F., éstos localizados en los 4 puntos cardinales de la ciudad (norte, sur, oriente y poniente). además de un centro médico para los reclusos, con el fin de sustituir el funcionamiento de la cárcel de Lecumberri, que quedó convertida en el Archivo General de la Nación.

De dicho programa inicial sólo se construyeron los reclusorios Norte, Sur y Oriente, quedando pendiente el del lado Poniente. A su vez el centro médico de los reclusorios, al poco tiempo, por razón de su alto costo, dejó de funcionar como tal.

11. Las nuevas instituciones de máxima seguridad

A fin de complementar el sistema penitenciario en el país, procurando atender la problemática que en dicho campo aparecía planteado,

fue construido un Centro penitenciario de máxima seguridad, en Almoloya de Juárez, Estado de México, de jurisdicción federal, el cual a su vez en términos de lo dispuesto en el artículo 18 Constitucional, es susceptible de dar servicio asimismo, para la atención de personas relacionadas con delitos del orden común, en cumplimiento de lo suscrito con los Estados. Con posterioridad fue construido un segundo centro de estas características en el Estado de Jalisco y otros más aparecen proyectados o se encuentran ya en construcción.

Naturalmente, este tipo de instituciones aparecen relacionadas para satisfacer los riesgos derivados del nuevo tipo de criminalidad altamente peligrosa, sobre todo de la delincuencia organizada internacional, relacionada sobre todo con el narcotráfico, con trabando de armas y formas diversas de delito de cuello blanco y cuello dorado. Asimismo, se vincula también con la delincuencia más grave del orden común relacionada con delito contra la vida y la salud, y contra la libertad sexual, como también contra el patrimonio, cuando son cometidos de manera calificada.

12. La Colonia penal de Islas Marías

El 10 de marzo de 1920 se dictó el Reglamento Interior de Islas Marías integrado por 65 artículos, procura regular la vida de la colonia penal que, según el artículo 1, se destina a la regeneración de los culpables por medio del trabajo. El artículo 2, señala que la misma depende de la Secretaría de Gobernación la cual queda a cargo de su administración. En los artículos siguientes se establecen las características de la vida en el interior previéndose la incomunicación parcial, celular y con trabajo y trabajo en común fuera de la cárcel.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 1939 se dictó el Estatuto de las Islas Marías que amplió las bases de la nueva regulación de la misma.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO OCTAVO

OTRAS PENAS

SUMARIO: I. El tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad. II. El confinamiento y prohibición de ir a lugar determinado. III. La sanción pecuniaria. 1. La multa. 2. La reparación del daño. IV. El decomiso. V. La amonestación. VI. El apercibimiento y la caución de no ofender. VII. La suspensión y la privación de derechos. VIII. La publicación especial de sentencia. IX. La vigilancia de la autoridad. X. Conclusión.

I. EL TRATAMIENTO EN LIBERTAD, SEMILIBERTAD Y TRABAJO A FAVOR DE LA COMUNIDAD

El artículo 27 del código penal, que reglamenta el inciso segundo del artículo 24, expresamente señala:

El tratamiento de libertad de imputables, consiste en la aplicación de las medidas laborables, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

La semilibertad implica alternación de periodos de privación de libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: Externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta, o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

El trabajo en favor de la comunidad, consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social, o instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las laborales que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo a favor de la comunidad puede ser pena autónoma, o sustitutiva de la prisión o de la multa. Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad.

La extensión de la jornada del trabajo será fijada por el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

Las figuras incorporadas en el artículo 27: el tratamiento de libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad, expresamente se las contempla como penas sustitutivas y no como penas directas, salvo la última que si puede tener aplicación directa. De este grupo de sanciones que observaron su incorporación en la ley penal con las reformas de 1983 es el trabajo en favor de la comunidad la que ha obtenido una mayor aplicación. El contenido de ellas recoge el sentido de la p' prevención especial sobre la base de los objetivos de la readaptación social que refiere el artículo 18 constitucional, En relación con las penas sustitutivas, el "tratamiento en libertad", como la "semilibertad", si bien suponen ambas, dos fuentes importantes a través de las cuales puede procurarse una importante vía para evitar la aplicación de la pena de prisión y sustituirla cuando la misma no resulte indispensable, a la vez debe tenerse presente que tal aplicación implica la necesaria existencia de la infraestructura de atención, apoyo y seguimiento acerca de tales formas de respuesta social frente al delito, al igual que en el caso del trabajo en favor de la comunidad, a fin de no caer en el grave riesgo de que su aplicación se traduzca en formas desviadas para recuperar la libertad anticipadamente, sin guardar relación con el sentido y contenido mismo de la pena, en la orientación de la readaptación y reincorporación social de la persona, lo que naturalmente, significaría una puerta falsa a la impunidad

El trabajo en favor de la comunidad, observa como característica fundamental el que puede funcionar como pena sustituta o bien como pena directa. Debe ser desarrollado en jornadas de trabajo que correspondan a periodos distintos a los previstos como horarios laborales normales, a fin de no afectar la fuente de ingreso y de subsistencia para la persona y su familia; es necesario que el trabajo desarrollado no resulte contrario a la reincorporación social de la persona, por lo que no debe implicar periodos laborales que resulten ser superiores a la jornada extraordinaria del trabajo. A su vez, el trabajo, en las instituciones penales, supone la relación de disminución de la pena en función del trabajo a desempeñar a favor de la comunidad, bajo la regla de disminuir un día de prisión por cada jornada de trabajo en favor de la comunidad realizada.

II. EL CONFINAMIENTO Y PROHIBICIÓN DE IR A LUGAR DETERMINADO

El capítulo cuarto, del TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO del código penal, previene en su artículo 28, relacionado con el artículo 24, inciso cuarto, la pena de confinamiento, señalando:

El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia.

El confinamiento es una forma de restricción de la libertad individual que, en cuanto pena, bien podría encontrar mayor aplicación en lugar de la pena privativa de libertad de corta duración, desde luego en relación con el objetivo específico de evitar que la persona frecuente relaciones o lugares donde la circunstancia podría favorecer la situación de conflicto que supuso la conducta delictiva.

Complemento de esta pena y, en cierta forma como su contrapartida, es la pena prevista en el inciso quinto del artículo 24, consistente en la prohibición de ir a lugar determinado. Mientras que la primera ordena que la persona permanezca en un cierto lugar; la segunda, se refiere específicamente a la prohibición de ir a lugar determinado.

III. LA SANCIÓN PECUNIARIA

El capítulo quinto, del LIBRO PRIMERO, del código penal, refiere en el artículo 29, a su vez en relación con el artículo 24, inciso sexto, las bases de regulación de la pena pecuniaria, misma que es recogida en los 10 dispositivos legales siguientes.

El artículo 29 expresa:

La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño... “La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado que se fijará por días multas, Tos cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.”

1. *La multa*

El antecedente directo del concepto del día multa, encuentra base en la regulación correspondiente del código de 1929 y como antecedente remoto la regulación que sobre el particular contenía el Código de Brasil de 1830.

Las principales características de la multa son las siguientes. La jurisprudencia ha interpretado el alcance del artículo 29 citado, señalando que el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Criterio que resulta más claro y preciso que el relativo a la percepción neta diaria del

sentenciado, tomando en consideración todos sus ingresos, al momento de la comisión del delito, situación que resulta difícil de ser individualizada, a la vez que origina el cuestionamiento de considerar como base de la pena el monto del ingreso, en lugar del grado del injusto y de la culpabilidad, objeción que, sin embargo, es relativa porque en realidad el delito sí está determinado como en la punición.

Cuando el sentenciado no pueda pagar la multa o solamente pueda cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla total o parcialmente por prestación de trabajo en favor de la comunidad, en la inteligencia de que cada jornada de trabajo saldrá un día multa.

La multa, por otra parte, aparece también regulada como una forma sustitutiva de la pena de prisión (artículo 70, fracción III del código penal).

Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios a favor de la comunidad, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, la cual no deberá de exceder del número de días de multa sustituidos.

Si el sentenciado se niega sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la podrá exigir a través del procedimiento económico coactivo. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose la parte proporcional relativa a las jornadas de trabajo prestado a favor de la comunidad o el tiempo de prisión cumplido.

2. La reparación del daño

En relación con la reparación del daño, la misma aparece regulada en los artículos 30 al 34 y 39 del código penal. En lo fundamental dicha regulación establece:

La reparación del daño comprende:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no hiere posible, el pago del precio de la misma;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

1o. El ofendido;

2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento (artículo 30 bis).

La reparación del daño debe ser fijada por los jueces, atendiendo al daño

que deba ser reparado, en función a las pruebas obtenidas y acreditadas en el proceso. En relación con los delitos culposos independientemente de la resolución que dicte la autoridad judicial, la ley previene que el Ejecutivo reglamentará la forma en que deba garantizarse la reparación del daño, mediante seguro especial (artículo 31).

Esta reglamentación, indudablemente positiva y sin duda de importante auxilio para la mejor satisfacción de la situación de la víctima, no ha encontrado aún atención suficiente y continúa pendiente de cumplimentación; cuando así acontezca, implicará seguramente un relevante avance en la protección de los bienes jurídicos, sobre todo en el caso de los accidentes de tráfico entre automovilistas que constituya una de las manifestaciones más frecuentes en la incidencia delictiva culposa en las áreas urbanas.

Se previene, asimismo, la obligación de reparar el daño, a cargo de los ascendientes por los delitos de los descendientes que se hallen bajo su patria potestad; de los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; de los directores de internados o talleres respecto de los hechos de sus discípulos o aprendices menores de dieciséis años; los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros o empleados domésticos o artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio; y las sociedades por los delitos de sus socios o gerentes, directores; de dicha regla general se exceptúa la sociedad conyugal. Asimismo, previene la ley que queda obligado al pago de la reparación del daño, el Estado, en forma solidaria, por los delitos dolosos de sus servidores públicos, realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente, cuando aquellos delitos fueren culposos (artículo 32).

La obligación del pago de la reparación del daño y la multa, son preferentes respecto de otras obligaciones, salvo la relativa a los alimentos y las derivadas de las relaciones laborales. Atento a lo previsto por el artículo 29 y el 34 la reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y, por lo mismo, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, previéndose que el ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación. A su vez, la reparación del daño exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y se deberá tramitar en forma de incidente, en la manera en que lo determine el código de procedimientos penales y cuando por razón de sobreseimiento, de sentencias absolutorias o por no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Pú-

blico, concluya la causa o averiguación previa, en su caso, se podrá acudir a la vía civil, en los términos de la legislación civil correspondiente.

Por otra parte, en relación con la pena pecuniaria, el importe de la misma se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida, en manera que al primero le corresponde el importe de la multa y al segundo el de la reparación del daño. El pago preferente será el relativo a la reparación del daño y si la parte ofendida renuncia a la misma, el importe se aplicará a favor del Estado.

Cuando sean varias las personas que intervienen en la comisión del delito, corresponde al juez fijar la multa a cada delincuente, según su participación y sus condiciones económicas.

Asimismo, los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño, cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

En la reparación del daño, la deuda es mancomunada y solidaria. La reparación del daño se mandará hacer efectiva en forma similar al de la multa, lo cual implica que se puede utilizar la facultad económica coactiva del Estado, cuando se niege el pago de la reparación del daño sin causa justificada (párrafo 6o. del artículo 29). Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le haga falta; naturalmente, esto, con independencia de las reglas de la prescripción respecto al pago de la reparación del daño.

Finalmente, se previene la posibilidad del pago de la reparación del daño en plazos, que no serán mayor de un año, teniendo en cuenta la situación económica del sentenciado.

IV. EL DECOMISO

El Capítulo Sexto, intitulado “decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito”, previene en los artículos 40 y 42 del código penal relacionados con el artículo 24, inciso octavo, las reglas del decomiso o comiso.

El artículo 40 expresa:

Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 400 de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la re-

lación que aquél tenga con el delincuente, en su caso. Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o en el proceso. Se actuará en los términos previstos por este párrafo, cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito. Si los instrumentos o cosas decomisadas son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán, a juicio de la autoridad que este conociendo, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales, pero aquélla, cuando lo estime conveniente, podrá determinar su conservación para fines de docencia o investigación. Respecto de los instrumentos del delito, o cosas que sean objeto o producto de él, la autoridad competente determinará su destino, según su utilidad, para beneficio de la administración de justicia.

El artículo 41 siguiente, refiere:

Los objetos o valores que se encuentran a disposición de las autoridades investigadoras o judiciales, que no hayan sido decomisados y que no sean recogidos por quien tenga derecho a ello, en un lapso de noventa días naturales, contados a partir de la notificación al interesado, se enajenarán en subasta pública y el producto de la venta se aplicará a quien tenga derecho a recibirlo. Si notificado, no se presenta dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación, el producto de la venta se destinará al mejoramiento de la administración de justicia, previa las deducciones de los gastos ocasionados. En el caso de bienes que se encuentren a disposición de la autoridad, que no se deban destruir y que no se puedan conservar o sean de costoso mantenimiento, se procederá a su venta in mediata en subasta pública, y el producto se dejará a disposición de quien tenga derecho al mismo, por un lapso de seis meses a partir de la notificación que se le haga, transcurrido el cual, se aplicará al mejoramiento de la administración de justicia.

En relación con el comiso, vale observar que siendo una pena, debe operar sólo como consecuencia de una resolución judicial condenatoria.

V. LA AMONESTACIÓN

El capítulo séptimo del LIBRO PRIMERO del código penal, previene en el artículo 42 relacionado con el artículo 24, inciso nueve, el contenido general de la amonestación en los términos siguientes:

La amonestación consiste: en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándole a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere. Esta manifestación será en público o en lo privado, según parezca prudente al juez.

La amonestación, implica, así, una pena accesoria que supone una llamada de atención al sentenciado y, a través de la cual, previa la ad-

vertencia que supone, puede incrementarse la sanción a la persona por el nuevo delito cometido, lo cual, sin embargo, sobreviene en relación con el alcance del artículo 52 del código penal, que establece las reglas generales de la individualización. Se previene, asimismo, la posibilidad de aplicación de la amonestación de dos maneras: la amonestación pública y la amonestación en privado, que naturalmente, tiene un efecto social distinto.

VI. EL APERCIBIMIENTO Y LA CAUCIÓN DE NO OFENDER

Aparecen reguladas dichas penas en los artículos 43 y 44 del capítulo octavo, del LIBRO PRIMERO del código penal, en relación con los incisos 10 y 11 del artículo 24, en los términos siguientes, artículo 43:

El apercibimiento consiste en la conminación que el juez hace a una persona, cuando ha delinquido y se teme con fundamento que esté en disposición de cometer un nuevo delito, ya sea por su actitud o por amenazas, que en caso de cometer éste, será considerado como reincidente.

La figura supone una llamada de atención al sentenciado que guarda cercanía con la amonestación, respecto de la cual, sin embargo, se diferencia en el hecho de que el apercibimiento plantea una situación de mayor gravedad desde la perspectiva del juzgador, derivado del temor fundado de la autoridad, de que pueda ser cometido un nuevo delito. El efecto de la misma es considerar a la persona como reincidente.

Al respecto, vale observar, a la vez, que la figura de la reincidencia fue sustancialmente modificada en el año de 1994 y, como consecuencia, la misma, en los términos del artículo 65 reformado del código penal, se entiende únicamente para los efectos de valoración de la individualización de la pena, sin que suponga por sí misma un incremento en la sanción.

También tiene relevancia la reincidencia para la concesión de los beneficios previstos por la propia ley penal. El artículo 65, refiere, así:

La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tornada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los substitutivos penales que la ley penal prevea. En caso de reincidencia, el juzgador sólo impondrá la pena que corresponda al delito que se juzga en los términos del artículo 52.

El artículo 44, por su parte, se refiere a la caución, expresando: “Cuando el juez estime que no es suficiente el apercibimiento, exigirá además al acusado una caución de no ofender, u otra garantía adecuada, a juicio del propio juez”.

Como se observa, la caución de no ofender, se aleja aún más que el apercibimiento del principio de la pena por el hecho cometido, para

acercarse al criterio de la pena impuesta en función de la peligrosidad, es decir, en relación con la probabilidad de comisión de un futuro delito, el cual se intenta evitar con la pena, razón por la cual observa los cuestionamientos propios a tal consideración, en relación con la peligrosidad como criterio de la imposición penal. Observa, asimismo, la característica de ser una pena accesoria que cuando se aplica, aparece impuesta en función de otra, la principal, que sí responde al principio de culpabilidad por el hecho cometido.

VII. LA SUSPENSIÓN Y LA PRIVACIÓN DE DERECHOS

La suspensión y la privación de derechos como pena, aparece prevista en los artículos 45 y 46, del capítulo noveno, del TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO del código penal, en relación con el artículo 24, inciso 12, en los términos siguientes:

Artículo 45 La suspensión de derechos es de dos clases:

- I. La que por ministerio de la ley resulta de una sanción, como consecuencia necesaria de ésta.
- II. La que por sentencia formal expresamente se impone como sanción.

En el primer caso, la suspensión comienza y concluye en los términos previstos en la ley que la previene como consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia.

El artículo 46, a su vez, previene los casos más regulares de la suspensión de derechos por ministerio de ley mencionados en el artículo 45 fracción I, cuando refiere:

La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor de quiebras, arbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

La suspensión de derechos judicial en cambio, a diferencia de las sanciones que son impuestas de manera simultánea, como es el caso de las penas de prisión y multa y la misma suspensión por ministerio de ley, cuando se aplica en forma conjunta con la prisión, comenzará a cumplirse a partir del momento en que concluya la pena de prisión, siendo su duración la que específicamente se señale en la propia sentencia.

VIII. LA PUBLICACIÓN ESPECIAL DE SENTENCIA

El capítulo décimo, del TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO, del código penal, con la denominación de “Publicación especial de sentencia”, previene en los artículos 46 al 50, en relación con el artículo 24, inciso 14, las reglas generales a través de las cuales se debe atender el cumplimiento de la pena de publicación especial de sentencia. El artículo 47 expresa:

La publicación especial de sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno o dos periódicos que circulen en la localidad. El juez escogerá los periódicos y resolverá la forma en que deba hacerse la publicación.

“la publicación de la sentencia se hará a costa del delincuente, del ofendido si este lo solicitare o del Estado si el juez lo estima necesario”.

En las disposiciones siguientes se previene que el juez, a petición y a costa del ofendido, ordenará la publicación de la sentencia en entidad diferente o en algún otro periódico.

La publicación de sentencia se ordenará a título de reparación del daño moral ocasionado, a petición del interesado, cuando fuera absuelto, el hecho imputado no constituya delito, o él no lo hubiere cometido, que son los casos que explican y justifican la publicación especial de la sentencia. Asimismo, cuando el delito se hubiese cometido a través de la prensa, la publicación de la sentencia deberá aparecer también en el mismo periódico que fue empleado para cometer el delito.

IX. LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD

El capítulo once, del TÍTULO SEGUNDO, del LIBRO PRIMERO, del código penal, bajo la denominación de “Vigilancia de la autoridad”, previene en el artículo 50 bis, a su vez relacionado con el artículo 24, inciso 15, esta forma de sanción, al expresar:

Cuando la sentencia determine restricción de libertad o derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá la vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado, que tendrá la misma duración que la correspondiente a la sanción impuesta.

La vigilancia consistirá en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad.

Entendemos que esta forma de sanción penal debería ser complementaria de la aplicación de los sustitutivos penales de la semilibertad y el tratamiento en libertad, como también del trabajo en favor de la co-

munidad o de la libertad preparatoria, como también de las diversas formas de preliberación previstas en la etapa de la ejecución y debe suponer su atención por vía del personal que debe ser especialmente calificado para dicha función.

Además de las penas mencionadas, la ley penal en los restantes incisos del artículo 24 del código penal, prevé otras sanciones en relación con determinados tipos delictivos en concreto y que, por las razones que en su oportunidad mencionamos, reúne con mayor razón las características de medidas de seguridad. Tal es el caso previsto en el inciso 16 del artículo mencionado, que se refiere a la suspensión o disolución de sociedades, el cual se vincula con el contenido del artículo 11 del código penal, relativo a las personas morales, que a su vez expresa:

Quando un miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delicto con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Naturalmente, tal dispositivo encuentra relación y, en su caso, aplicación con algunas disposiciones previstas en leyes penales especiales, particularmente en la ley general de sociedades mercantiles.

Por otra parte, en relación con las medidas tutelares, previstas en el inciso 17, del artículo 24, del código penal, las mismas aparecen previstas en la Ley para el Tratamiento de Menores infractores para el Distrito Federal, en materia del fiero común y para toda la República en Materia Federal, publicado en diciembre de 1991, quedando previstas las mismas, principalmente en lo dispuesto en los artículos 88 a 119 de la propia ley.

En relación con las medidas aplicables a las personas calificadas como inimputables (independientemente de lo poco afortunado de tal expresión, ya que sostener que una persona sea “inimputable” implica una negación a su condición humana, que es en sí, por lo mismo estigmatizante, son aplicables los artículos. 67 a 69 *bis*, a los que en su oportunidad nos referimos al ocuparnos de la inimputabilidad como causa de inculpabilidad.

X. CONCLUSIÓN

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que las penas previstas en el código penal mexicano, son fundamentalmente las siguien-

tes: penas privativas de libertad (artículo 2526); penas restrictivas de la libertad (artículo 2728); penas privativas y restrictivas de derechos (artículos 45 y 46); penas pecuniarias (artículo 2939). La pena de muerte aparece excluida de la legislación penal secundaria, de la sociedad civil.

La pena mayormente aplicada en el código penal es la pena de prisión, la cual puede ser sustituida por otras formas más leves que vienen a ser formas que implican verdaderas penas restrictivas de la libertad, con características y sentido diferentes, como es el caso del tratamiento en libertad, la semilibertad, la condena condicional y la libertad preparatoria o el trabajo a favor de la comunidad.

Entre las penas restrictivas de la libertad aparece también el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado.

Entre las penas privativas de derechos, aparecen la inhabilitación absoluta y de entre las restrictivas de derecho, aparece la suspensión de derechos.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO NOVENO

LA LIBERTAD PREPARATORIA Y LA CONDENA CONDICIONAL

SUMARIO: I. La libertad preparatoria. II. La condena condicional.

Dos formas de pena o, con mayor precisión, de beneficio en la imposición de la pena, de antiguo cuño, que recoge el código penal, son: una, la suspensión de la pena de prisión, en tratándose de penas de corta duración, conocida como la condena condicional (artículo 90) y la otra, que supone la suspensión de la última parte de la pena que es lo que caracteriza a la libertad preparatoria (artículo 847 del código penal) y cuyo antecedente procede de tiempo atrás, desde legislaciones penales anteriores a la vigente, según fue informado en su oportunidad.

I. LA LIBERTAD PREPARATORIA

Aparece regulada en términos de lo dispuesto en el artículo 84 del código penal. históricamente apareció recogida desde el código penal de Martínez de Castro, de 1871, el cual, con su incorporación, había impuesto un importante avance en la legislación penal de su tiempo, al incorporarla como la fase última del tratamiento penitenciario, conforme a la interpretación y alcance del principio de la pena prevención especial orientado a lograr la readaptación social de la persona, dentro del régimen progresivo técnico, favorecido por la ideología del tratamiento. La regulación de la libertad preparatoria se encuentra en los artículos 84 al 87 del código penal. Sus rasgos generales son los que a continuación se refieren, atento a lo dispuesto en ellos:

Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de procedimientos penales, a quien hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

Fracción 1. Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia;

Fracción II. Del examen de su personalidad se presume que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y

Fracción III. Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para delito objeto, sino puede cubrirlo desde luego (artículo 84).

Satisfechos los anteriores requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones:

- a) Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informar a la autoridad competente de los cambios de su domicilio. La designación del lugar su residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se le fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;
- b) Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviera medios propios de subsistencia;
- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes, y del empleo de estupefacientes, y psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica;
- d) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que le fuera requerido.

La libertad preparatoria no se concederá en relación con los delitos contra la salud, delitos de violación y violación equiparada en los artículos 265 y 266 bis; los delitos de plagio y secuestro; el robo, con violencia en las personas, de un inmueble habitado o destinado a habitación; y en relación con los delitos patrimoniales sólo se otorgará cuando se hubiere satisfecho la reparación del daño.

Por otra parte, se establece también las causas de revocación de la libertad preparatoria, por razón del incumplimiento de las condiciones fijadas como requisitos, o bien, por la comisión de un nuevo delito doloso, con la consecuencia, de que tal revocación obliga a cumplir el resto de la pena impuesta.

II. LA CONDENA CONDICIONAL

Esta figura jurídica, también de antiguo cuño, consiste en la sustitución de la pena privativa de la libertad de corta duración. Es ésta una fórmula utilizada en las legislaciones de diversos países, básicamente en relación con dos sistemas. Por una parte, el sistema belga-francés, para el cual, el sustitutivo se conforma con su otorgamiento, sin más requisito, dejando en suspenso la ejecución de la pena privativa de la libertad de corta duración, generalmente entre dos y cinco años.

En el caso de la ley penal mexicana, atento a lo dispuesto en el artículo 90 fracción I, inciso a) la prisión no debe ser mayor de cuatro años y transcurrido dicho tiempo, si el sujeto no ha delinquido nuevamente, se da por cumplida la pena. Generalmente, la condena condicional sólo reduce la pena privativa de libertad, dejando intocadas las penas accesorias impuestas. Por otra parte el sistema angloamericano (*probation*), implica también dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta por un cierto plazo, pero con la característica de que se impone una determinada condición a la persona, o cierta actividad que debe de cumplir y, en función de esto, es que dicha suspensión puede continuar hasta dar por cumplida la pena o bien ser revocada ante el incumplimiento o como resultado de las observaciones formuladas por el personal especializado a cargo. Lo que evidentemente implica una variante que es de relevante importancia que claramente se presenta como un sistema más completo y por lo mismo mejor, pero que, a la vez, implica elevado costo en su existencia.

El artículo 90 que regula la institución de la condena condicional de México, expresa:

El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

Fracción I. El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones;

- a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años;
- b) Que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y
- c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

II. Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá:

- a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido;
- b) Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia;
- c) Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos;
- d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de es-

- tupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y
- e) Reparar el daño causado.

Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá en el plazo que se fije, esta obligación.

- III. La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso.
- IV. A los delincuentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo.
- V. Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.
- VI. En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de este artículo, la obligación de aquél concluirá seis meses después de transcurrido el término a que se refiere la fracción VII, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absolutoria. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, lo expondrá al juez a fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarse, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede.
- VII. Si durante el término de duración de la pena, desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquella. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será consignado como reincidente sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de este Código. Tratándose del delito culposo, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida.
- VIII. Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término a que se refiere la fracción VII tanto si se trata del delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia firme.
- IX. En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas

el condenado el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción.

- X. El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

SUMARIO: I. Concepto. II. Clasificación de la individualización, 1. Individualización Legislativa 2 individualización judicial. 3. Individualización en la etapa de la ejecución. III. Criterios que fundamentan la individualización de la pena. 1. Criterio de la culpabilidad. 2. Criterio de la peligrosidad. 3. Criterio político criminal de la pena. IV. Sistemas de determinación de la pena. 1. Sistema de la indeterminación absoluta. 2. Sistema de la indeterminación legal relativa. 3. Sistema de la indeterminación judicial relativa. 4. Sistema de penas fijas.

I. CONCEPTO

Individualizar la pena significa decidir el quantum de la pena, determinando y precisando su monto, en calidad y cantidad, lo que, naturalmente, es una decisión que guarda relación con el sentido y fin de la pena.

II. CLASIFICACIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

Al hacer referencia a la individualización es frecuente que se haga referencia al órgano del que deriva y que incide en sus características. Se habla así de:

individualización legal o legislativa
individualización judicial o procesal
individualización administrativa o de la ejecución de la pena.

1. *Individualización legislativa*

Hace referencia a las bases de la individualización que previene la propia ley y que implica la individualización legislativa.

Es la que aparece prevista en la ley penal cuando señala en el LIBRO SEGUNDO, la pena aplicable para cada uno de los delitos previstos en él, dentro de los márgenes del intervalo de punibilidad previsto, naturalmente tanto respecto de los tipos básicos, como de los especiales y

los complementados. También cubre las referencias legales previstas en el LIBRO PRIMERO del propio ordenamiento, señalando los diversos criterios para determinar la pena en el caso concreto, haciendo uso de las diferentes instituciones jurídicas reguladas (Vgr.: la tentativa, la participación, el concurso de delitos, la comunicabilidad de las circunstancias, dolo, culpa, etcétera) y las disposiciones legales previstas para determinar en la ley penal el proceso de individualización de la pena, y que la ley penal mexicana recoge básicamente en los artículos 51 y 52.

2. Individualización judicial

La individualización judicial corresponde a la función jurisdiccional, en el momento de dictar la sentencia, acto que precisamente implica resolver la situación en controversia sometida a su consideración, determinando la verdad jurídica y segundo, imponer la pena correspondiente, como consecuencia y resultado final del procedimiento de verificación que implica el proceso penal, en donde asimismo se resume el por qué y el para qué de la pena.

Implica la fase de la individualización de la pena que supone el conocimiento y valoración por parte del órgano jurisdiccional, de todos los elementos de prueba que se hubieran presentado en la secuela de un proceso y que le permiten determinar la verdad jurídica, por vía de la función que lo define. Resuelta la controversia con la sentencia que da fin al proceso, en caso de ser esta condenatoria, la misma es la base jurídica para la imposición de la pena que deberá ejecutar la autoridad administrativa correspondiente, en la inteligencia de que la sentencia implica la individualización judicial de la pena que concreta los criterios de la individualización legal o legislativa, con lo cual se da inicio a la fase de la ejecución.

3. Individualización en la etapa de la ejecución

Se habla de la función individualizadora en la ejecución, que en general corresponde al poder Ejecutivo y ya no al poder judicial, si bien, en algunos países, este último mantiene una relación supervisora que puede ser de mayor o menor grado, como es el caso del “Giudice di Sorveglianza” en Italia. Dicha etapa tiene inicio en la fase siguiente al dictamen de la sentencia condenatoria y al respectivo incidente de ejecución, por virtud del cual la autoridad judicial, cumplida su función jurisdiccional, pone a disposición de la autoridad administrativa correspondiente, al sentenciado, en los términos de la pena impuesta en la resolución condenatoria, obligando a esta última a ejecutar la pena en cumplimiento del mandato del órgano jurisdiccional. Naturalmente,

en esta última fase, se dan aspectos de individualización que son propios y específicos de la autoridad administrativa.

Siendo en la sanción penal más frecuentemente aplicada la pena de prisión (pero no exclusivamente) corresponde a la etapa de la ejecución toda la actividad vinculada con la función penitenciaria.

En México, atento a lo dispuesto en la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, a su vez relacionada con las diversas leyes o reglamentos de ejecución penitenciaria, de las entidades de la República, la fase de la individualización penitenciaria es particularmente relevante. Entre otras de las instituciones jurídicas penitenciarias que se previenen, vale recordar sobre todo lo dispuesto en los artículos 8 y 16 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados que previenen, respectivamente, formas diversas de preliberación, de libertad anticipada y de libertad intermedia, como también la de medidas orientadas a la readaptación social en internación por vía del régimen progresivo técnico que se prevé y, por otra parte, la remisión parcial de la pena en base al trabajo, con la intervención de un “Organismo Técnico Criminológico” (artículo 6, 7 y 9 de la ley mencionada).

Naturalmente, a esta fase de la individualización administrativa, corresponde también la actividad de otros órganos del Ejecutivo, vinculadas con el cumplimiento de otras penas diversas de la prisión. Como comentario final al tema expuesto en este apartado, vale señalar que independientemente de la validez conceptual de cada uno de los ámbitos específicos señalados de la individualización legislativa, judicial y ejecutiva, es lo cierto que tales manifestaciones específicas del proceso de individualización no son independientes entre sí, sino que aparecen estrechamente interactuados, en manera tal que se integran todos en un único concepto general de la individualización de la pena, que naturalmente es el que se define por la función jurisdiccional del órgano judicial, en la inteligencia de que la misma implica a los otros, sin los cuales no se le podría entender, ya que la misma sólo supone la aplicación y concreción de la ley, a la vez que apoya su validez en la realidad de su ejecución.

En resumen por individualización de la pena debe entenderse un concepto único, que naturalmente abarca a los tres contenidos parciales mencionados.

III. CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La pena aparece delimitada, por los efectos de su individualización, en base a los criterios generales siguientes:

Criterio de la culpabilidad por el hecho.

Criterio de la peligrosidad

Criterio político criminal (basado en principio de culpabilidad y en la prevención general y especial).

1. *Criterio de la culpabilidad*

Independientemente de los cuestionamientos doctrinales señalados a la culpabilidad, a los que en su oportunidad se hizo alusión, es indudable que en la opinión mayoritaria de la doctrina penal el criterio de la culpabilidad es, acaso, el criterio más generalizado para la determinación de la pena, tanto en relación con su fundamento, como para la definición de sus límites.

Esta observación se confirma si se tiene en cuenta que una parte de la doctrina considera a la culpabilidad como reproche ético individual y social, fundado en el libre albedrío, que otros cuestionan. Otra parte de la doctrina, en cambio, aún negando o sustituyendo tal fundamento por otros, en general mantienen el concepto de la culpabilidad, a la que en última instancia reconocen fundamental importancia, sea porque su contexto permite revisar el contenido de la responsabilidad o bien por su relevancia sobre todo desde una perspectiva garantista, independientemente de delimitar el criterio con otros como el de la necesidad de la pena.

En síntesis, el criterio de la culpabilidad, afirma que la pena y su individualización, no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o a cualesquiera otra referencia con la así denominada culpabilidad del autor y, por tanto, limitan también a la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado. Por otra parte, dentro del ámbito mismo del criterio de culpabilidad, se observa que, pretender la imposición punitiva en el estricto límite del hecho cometido, es decir, el grado del injusto, resulta ser un criterio excesivamente restrictivo y por lo mismo incorrecto e injusto, razón por la cual, con justicia el propio principio de culpabilidad es en general entendido, de manera tal que, su contenido, en cuanto reproche, supone también la valoración de ese otro ámbito graduable de la culpabilidad de la persona que deriva de su mayor o menor grado de libertad de actuar como persona, lo que significa valorar todas las circunstancias que en este sentido implique precisamente la libertad de actuar y los restrictores que lo impiden, dentro del límite de la responsabilidad punible, para autodeterminarse y conducirse conforme a tal o para haber tenido conocimiento de la antijuridicidad de su acto o,

en fin, para que hubiera podido serle exigible otra conducta diversa por él realizada.

En síntesis, el criterio de la culpabilidad subsiste, sin que necesariamente tenga que acudirse para esto a sostenerlo en base sólo al criterio del libre albedrío, que resulta ser cuestionable, por la imposibilidad de su demostración; pero que, en cambio, puede ser sostenido en base a otros criterios, como lo es, la conciencia de la propia persona de que al vivir en el seno de un grupo social tiene responsabilidades que cumplir frente a la misma y su incumplimiento lo hace merecedor de una respuesta penal de la propia comunidad, lo que a su vez, se relaciona con el límite de la necesidad de la pena, a su vez en relación con el entendimiento de que la convivencia social exige respetar determinados papeles sociales, sin los cuales la convivencia no sería dable y, por esto, más que por un fundamento ético individual, es por un fundamento ético social que se da la exigibilidad de la conducta conforme a derecho; lo que a su vez no impide, sino que exige, examinar la posible responsabilidad de la persona como base del reproche, responsabilidad, ésta, que precisamente se refiere a su capacidad de autodeterminación, a la conciencia de la antijuridicidad, y a la no exigibilidad de otra conducta, aspectos, éstos, que sin la culpabilidad no sería posible revisar, como acertadamente ha sido relevado, naturalmente este criterio de culpabilidad que se sostiene, de entrada niega y se opone a la culpabilidad de autor.

2. Criterio de la peligrosidad

En sentido opuesto al principio de culpabilidad señalado, el criterio de la peligrosidad, surgido y desarrollado al amparo del positivismo sociológico italiano en el derecho penal, y de allí extendido a otros países, que afirmó la idea de punir en función de la peligrosidad manifestada por la persona y en este sentido, a la vez que afirmó la existencia de las medidas de seguridad, específicamente aplicadas en función de la peligrosidad, en relación con la responsabilidad social y no la responsabilidad personal que fundaba a la culpabilidad, también sin embargo, tradujo no pocas de sus consecuencias al ámbito mismo del contenido de la pena, antes impuesta en función de la culpabilidad, lo que llevó al concepto de un derecho penal de peligrosidad, a su vez en relación con un derecho penal de autor y no de acto, como también a una culpabilidad de autor y no culpabilidad por el hecho cometido, propiciando la existencia de medidas no sólo posdelictuales sino también predelictuales, a partir del “estado peligroso”, de la persona, con los graves cuestionamientos a la luz del principio de legalidad y, consecuentemente, de los principios de tipicidad y culpabilidad por el acto.

Este criterio de imposición de la pena aparece definido en función de evitar la comisión de la conducta delictiva futura y no como pena por el delito ya cometido. Los excesos a que se prestaba la aplicación de este principio, llevó a que en algunas de las orientaciones desarrolladas en las legislaciones que la han favorecido, se procurara su interpretación con criterios que intentaban moderar tal aplicación, entre las cuales, la “teoría simoniática” relativa a la delimitación del alcance de la peligrosidad a partir de la peligrosidad manifiesta por la conducta delictiva realizada. En fin, es el caso que la tendencia en las modernas legislaciones penales ha sido en el sentido de ir limitando, cuando no excluyendo, el alcance de la peligrosidad, evitando “los peligros del peligro sismo”, para afirmar el principio de la culpabilidad por el acto, como, asimismo, seguir manteniendo el propio principio de culpabilidad como un elemento garantista que permite revisar el contenido de la responsabilidad, no necesariamente en sentido ético individual, sino en sentido ético social, si bien (sin perder de vista que el contenido ético social del derecho, se sustenta en la suma de la voluntad ético individual de las personas miembros de la comunidad social que, en la unidad general de su voluntad, integren la voluntad social institucionalizado del estado de derecho democrático, liberal y republicano), a su vez en relación con los principios del merecimiento y de la necesidad de la pena. Tales conceptos, naturalmente aparecen en juego. en función de los principios de la prevención general o prevención especial.

Por la individualización de la pena, igualmente se ha hecho referencia a los principios fundadores de la misma pena y, en tal sentido, su alusión a la prevención general especial. Básicamente se formula apoyado en el principio de la retribución, que, en su contexto, de prevención general, lo mismo se dirige a toda la sociedad civil, en su interés de evitar que se cometan nuevos delitos (contenido conminatorio e intimidatorio del derecho-prevención general legislativa, pero, también, en su alcance, respecto de la judicial y ejecutiva), que aparece conformada básicamente a partir de la retribución que implica la estructura lógica del derecho (si “A” es, debe ser “B”; o lo que es lo mismo, “A” debe ser “B” y si no es “1V” será “C”, es decir, si “A” mata, se hace merecedor de una pena “B”, o bien “A” no debe matar a “B”, pero si lo mata se hace acreedor a la pena “C”) y que opera lo mismo en forma pasiva y respecto de la población general, en que recoge un contenido que se apoya en la retribución unido al de la “ejemplaridad de la pena”, como efecto frente a toda la sociedad y cuyo concepto apunta la importancia de la eficacia real de la imposición, a la vez que los negativos efectos de la impunidad. A la vez, en este sentido, es acaso, uno de los más severos cuestionamientos que se formulan a este criterio, en

términos de la seria observación kantiana, en el sentido de que siendo la persona un fin en sí misma, no es moralmente admisible que se le observe como medio en el alcance de objetivos que están más allá de su persona misma. Cuestionamiento que aparece posteriormente contestado, al observarse, que no es el efecto del reflejo intimidatorio a la sociedad y de ejemplaridad de la pena lo que lleva a castigar a una persona, sino que es delictivo lo que la motiva, independientemente del señalado efecto que, supone la prevención general pasiva, respecto de la prevención general activa, que en este sentido implica la retribución al autor por un delito cometido, incluso en los límites de la “pena justa”, propio del concepto de la pena absoluta, lo que significa que dicho efecto es solo una consecuencia colateral pero no por ello, asimismo, fundamental y relevante para el derecho. En síntesis, la prevención general, así, aparece entendida en un doble sentido, uno relativo al efecto respecto de la población en general; y el otro, en relación directamente con el autor. Consecuencia del avance del cientifismo y de la correspondiente filosofía positivista, se pronunció un interés en el contenido de la pena específicamente en relación con la persona sujeto a ella, como consecuencia de haber cometido un delito, ámbito en el cual, sobre la base de procurar la “corrección del delincuente” y la “adaptación” o “readaptación” o “reincorporación” social, desarrolló, sobre todo en relación con la pena de prisión, la ideología del tratamiento, orientada a la reincorporación social útil de la persona, la cual en sus objetivos resultaba ser clara y positiva, si bien, en relación con la ideología, se orientó a intentar precisar la etiología del delincuente (después impugnada por otra corriente, la criminología, orientada a estudiar los procesos de criminalización, a su vez relacionados con el *labelling* y el “etiquetamiento” estigmatizador), que, sin embargo, ha sido también objeto de serios cuestionamientos por la dificultad real para alcanzar los nobles fines propugnados, derivados de razones diversas! algunas funcionales y otras técnicas y económicas, a la vez que otros cuestionamientos se han referido en relación con el concepto mismo del tratamiento, a la luz de los derechos humanos, en relación con la validez del parámetro para determinar la conducta socialmente positiva, a partir, sobre todo, de las corrientes de la asociación diferencial y del interaccionismo.

3. *Criterio político criminal de la tema*

Dentro de la pluralidad de vertientes existentes en esta línea de ideas, en general puede observarse que, a la vez de reconocer que el principio de la prevención general es expresión del contenido mismo de la retribución a la base de la potestad punitiva del Estado, a la vez,

se reconoce también que ello significa que la pena es, por lo mismo, autoconstatación simbólica e ideológica del Estado, en tanto que, naturalmente, ésta ha de constatarse en los términos de las características jurídico políticas, a través de las cuales el propio Estado aparece estructurado.

En relación con el Estado mexicano, en la medida en que éste se define como democrático liberal, esto significa el interés en la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, como base de la seguridad jurídica, así como el interés en el establecimiento de bases firmes para el equilibrio y la paz social, como bases de la convivencia y, como consecuencia, solo en función de esto es dable su potestad soberana para imponer sanciones, como fórmula para dar fuerza vinculante al valor de sus normas jurídicas.

Lo anterior significa que lo fundamental para el derecho es el constituirse en un sistema de relación social con esa finalidad de protección de bienes jurídicos de los miembros de la sociedad civil y, sobre tal base, lograr el establecimiento del equilibrio y la paz social. En tal sentido, los contenidos y las alternativas que por una parte implica el orden normativo del derecho penal y, por otra parte, el orden de derechos y deberes que significa el derecho, en general, como también las respuestas punitivas para quienes lesionan esos bienes jurídicos, violando el contenido normativo del derecho, deben ser alternativas a través de las cuales se fortalezca la capacidad de la persona para “ser” y para que cuente con los elementos que le permitan llegar a serlo; lo que significa, opciones orientadas a su integración digna como “ente” que forma parte de un grupo social. Por esto, también, frente al criterio preventivo general, en que la pena tiene un contenido medular de retribución, en cuanto se refiere al agente, el contenido de tal retribución, tiene que estar dado precisamente con las características de definición jurídica política del Estado que se señalan.

En este orden de ideas, si las características del Estado mexicano lo definen como democrático y liberal, desde el nivel mismo de la ley, no solo el contenido preceptivo de las normas, sino también el contenido de la retribución, propia de la coercibilidad, tiene que ser manifestado con las características de respeto a la dignidad de la persona y de fortalecimiento de lo necesario para su adecuada incorporación social, sobre la base del reconocimiento y afirmación de su capacidad y libertad para ser y llegar a ser, sin que esto signifique perder de vista que la sanción no es premio, sino precisamente la respuesta de aflicción coercible frente a la conducta delincinencial, de quien tiene una responsabilidad no solo ético individual frente a sí, en sentido moral, sino ético individual social, es decir, que como miembro de la sociedad debe cumplir y res-

petar los valores y límites que la propia voluntad social exigen para la convivencia.

Este mismo criterio, naturalmente, es el que está en la base del principio de la necesidad de la pena, ya que si el Estado existe para salvaguardar la convivencia de los hombres en un ámbito de satisfacción de lo necesario para su bienestar y Felicidad, en cuanto personas que tienen una dimensión individual y social, naturalmente no tendría sentido imponer una pena, cuando ésta resulta ser socialmente innecesaria. Por esto el alcance de la coercibilidad de la norma penal encuentra también un límite en la necesidad de la pena.

A su vez, el criterio preventivo especial de la pena, que es el que pone el acento de atención en la persona del sujeto responsable y culpable y su reincorporación social útil, aparece orientado y delimitado en la lírica del respeto al principio de legalidad, recogiendo también las características fundamentales que definen al estado de derecho y, por tanto, la concepción misma de la pena como autoconstatación del Estado, que lleva a confirmar el sentido y fin de la pena de acuerdo con las características que le derivan de la estructura jurídico política de aquél, de manera tal que son estos los límites de la prevención especial, orientada hacia fines de corrección y de reincorporación social útil del sentenciado. Como se observa, en orden de ideas que se señala, ambos conceptos, de la prevención general y especial se acercan, en su delimitación al común denominador de las características del *ius puniendi* del Estado recogido en la Constitución. Así, ambos conceptos se apoyan en la culpabilidad, entendida también en los términos en que han sido señalados. En un orden de pensamiento distinto, solo para aquellos autores para quienes la culpabilidad no existe o no se justifica y que no la admiten ni siquiera en su sentido garantista, la pena tendrá que justificarse sólo en función de objetivos políticos penales, lo que naturalmente a su vez, obliga a cuestionar tal orden de ideas porque deja sin posibilidad de estudio y sin base sistemática el análisis de la responsabilidad del agente.

En nuestra opinión, la ley penal mexicana se apoya en estos criterios, a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución en que expresamente se hace referencia al principio de la readaptación social, el cual se relaciona con las bases de la decisión política fundamental del Estado mexicano, que definen su estructura política, en la cual se reconoce a la persona en su dimensión individual y social, a partir de la declaración que afirma la soberanía originaria del pueblo, como base del gobierno democrático, republicano, representativo y federal, bajo el principio de la división de poderes, en los términos de lo dispuesto en

los artículos 39, 40, 41, 49, a su vez en relación con los derechos humanos que como garantías individuales y sociales aparecen previstas principalmente en el capítulo primero de la Constitución.

Sobre dichas bases, recogen su orientación la legislación penal mexicana, tanto la sustantiva, con el código penal y las respectivas leyes penales de los Estados, como la adjetiva, de la legislación procesal penal Federal, la del Distrito Federal y la de los Estados, como también las Orgánicas y otras relacionadas, como las de protección a los derechos humanos, las leyes de responsabilidades de los servidores públicos Federal y de los Estados, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y asimismo las leyes relacionadas con la ejecución, a partir de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados y demás leyes y reglamentos de la ejecución de los Estados, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia del hieo común y para toda la república en materia federal, y las correspondientes de los Estados y demás leyes relacionadas.

IV. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Para la determinación de la pena, se siguen diversos sistemas, que, en general, responden a los modelos siguientes:

Sistema de la indeterminación absoluta.

Sistema de la indeterminación legal relativa.

Sistema de la indeterminación judicial relativa.

Sistema de penas fijas.

1. *Sistema de la indeterminación absoluta*

Implica la inexistencia de límites a las penas previstas en la ley y, consecuentemente, tampoco existen límites en la imposición al momento de dictar la sentencia. En el fondo, es el sistema punitivo que en tendió a la base de la estructura monárquica absoluta y feudal y en general en los sistemas anteriores a la concepción del estado de derecho en sentido moderno, donde la pena fue impuesta sin más límite que la decisión personal del titular del poder. Con posterioridad, bajo una concepción distinta, supuso también el resultado de los extremos de la escuela positivista italiana que afirmaba la indeterminación de la pena, entregada totalmente a la autoridad que debería ejecutarla, sobre la base de que el fin de tal indeterminación, obedecía, en su totalidad, a la idea de que la persona ya no representarla un peligro para la sociedad y que hubiese logrado su total readaptación social, evaluación, ésta, que naturalmente quedaba supeditada a la autoridad administrativa, apoyada en la opinión técnica e interdisciplinaria criminológica.

Independientemente de la relevancia que en su momento representó, al reflejar su preocupación más que por la ley por la situación del delincuente, lo que permitió un importante factor de avance en la orientación del derecho penal posterior en este sentido, lo que favoreció el desarrollo en el interés por el futuro respeto a los derechos humanos; por otra parte, sin embargo, la pena indeterminada supuso una grave afectación al principio de legalidad, base de la certeza jurídica para el derecho penal y, por lo mismo, también un grave nuevo riesgo de la imposición penal frente a la luz de los derechos humanos de la persona, razón por la cual fue una dirección rechazada por el derecho.

2. Sistema de la indeterminación legal relativa

Es el sistema que sigue el código penal mexicano y que en general siguen, en mayor o menor medida, una buena parte de las legislaciones penales que derivan de la formación jurídica occidental europea de origen latino. Se caracteriza por el establecimiento de límites mínimos y máximos como intervalo de la punibilidad, dentro de cuyo marco corresponde al órgano jurisdiccional concretar la pena, lo que permite afirmar el principio de legalidad y el principio de libre discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas y, en función de esto, en la determinación de la pena.

Dentro del intervalo de punibilidad previsto para cada delito, corresponde al juez concretar la pena haciendo referencia a las diversas instituciones jurídicas previstas en el propio código, las cuales, precisamente como consecuencia de la atribuidad al tipo, de la conducta típica dentro del ámbito situacional en que se presenta, permite el mayor grado de concreción, atento a las características y circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. Así, dentro de dicho margen de punibilidad, corresponden ser valorados, lo mismo la participación, la teitaiiva, las circunstancias subjetivas y objetivas, el dolo y la culpa y las circunstancias agravantes y atenuantes, todas y cada una en sus respectivas métricas, que permiten al juzgador concretar e individualizar la pena, en función, a su vez, de los criterios de la individualización de la pena previsto en la propia ley y que, en el caso de la ley penal mexicana aparecen recogidas en los artículos 51 y 52, que, por lo mismo, se constituyen, en el eje de la individualización penal. Naturalmente, dentro de este sistema de la indeterminación legal relativa, existen diversos sistemas que establecen diferencias en las reglas de imposición, así, mientras que la ley penal mexicana establece como punibilidad los límites máximos y mínimos, en cambio, en otros países no se previenen los límites máximos, los cuales aparecen someti

dos a ciertas reglas que los cierran (Alemania); o bien, en otros países se establece un sistema marco que recoge, a partir de un grupo de reglas, las escalas, grados y circunstancias modificativas, que son la base de la métrica penal a la que debe ajustarse el juzgador (sistema español).

3. Sistema de la indeterminación judicial relativa

Previene este sistema, que sea el juez quien fije el término mínimo o máximo de la condena, pero sin precisarla con exactitud, a fin de dar juego al amplio campo del tratamiento en la ejecución en manera de que, de acuerdo con la evolución concreta de cada caso, concluya aquella cuando se estime que el objetivo readaptador de la pena ha sido alcanzado.

4. Sistema de penas fijas

En el interés de recoger con la mayor precisión los principios de igualdad y legalidad, fue inicialmente ideado el sistema de imposición de las penas fijas, que, en su oportunidad, incorporó el código penal de Francia de 1791, que intentó recoger el espíritu de la Revolución francesa de 1789, a diferencia del código penal napoleónico de 1810, más técnico y elaborado, representado ya, en todo su alcance, el concepto del derecho penal de un Estado entendido en sentido moderno, regido sobre todo por los principios de legalidad, dentro de una concepción de la estructura de poder limitada por el principio de la división de poderes, en el cual la regulación del ordenamiento se ocupa de un contenido estrictamente de carácter penal, que aparece desarrollado en base a una nueva y más elaborada sistemática, con un contenido igualmente más técnico y elaborado; a la vez, que supuso también la presencia de un código penal que básicamente respondía a la defensa de los intereses de la estructura de poder del Estado imperialista de Napoleón, de manera similar a como en su momento ocurrió también en el derecho romano. Aquel código de 1791, ante su falta de flexibilidad, fue origen de serios cuestionamientos, que lo impugnaron tanto como la arbitrariedad del absolutismo monárquico precedente.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO PRIMERO

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO

SUMARIO: I. Las escalas de interpretación en la individualización. 1. Grado del injusto. *a)* Intervalo de punibilidad previsto para los delitos. *b)* Circunstancias de lugar, tiempo, Modo, Ocasión y medios. *e)* Escalas específicas para los delitos dolosos o culposos. *d)* Escala relativa al grado de consumación del delito (delito tentado y consumado). *e)* Escala relativa al grado de participación en la comisión del delito. *j)* Escala del error. *g)* Escala relativa al concurso de delitos y al delito continuado. *h)* Escala relativa a la sustitución de sanciones. *i)* Escala relativa a la comunicabilidad de circunstancias objetivas y subjetivas. *j)* Escala especificadora de los criterios de la individualización de la pena, prevista en los artículos 51 y 52 del código penal. 2. Grado de la culpabilidad. 3. El correctivo por la peligrosidad. 11. Sistemas de penas. \. Sistema Unitario. 2. Sistema pluralista. III. Legislación penal mexicana.

El código penal mexicano sobre la base de las características del *ius puniendi* del Estado, a que se ha venido haciendo referencia con los límites del modelo de la potestad punitiva en los principios de la Prevención general y de la prevención especial afirmado por el artículo 18 que recoge el principio de la readaptación social sobre la base fundamentalmente del trabajo y la educación y por el artículo 22, que afirma los principios de la incolumidad humana y dignidad de la persona, se establecen las bases de la imposición penal en México, a su vez concretamente regulada en los términos de lo dispuesto en el código penal general y, específicamente conforme a los criterios señalados en los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento.

I. LAS ESCALAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN

Las escalas de interpretación en la individualización pueden distinguirse de la siguiente manera:

Grado del injusto.

Grado de la culpabilidad.

Correctivo por la peligrosidad: en los términos en que la ley

Penal reformada la recoge sobre todo por vía de la reincidencia mantenida solo como criterio para la individualización de la pena (artículo 52).

1. Grado del injusto

El concepto "grado del injusto" hace referencia a la posibilidad y necesidad de graduar la gravedad, mayor o menor del injusto, entendido como la conducta típica y antijurídica o delito en sentido estricto. Hace referencia a la objetividad del delito realizado. en tanto que conducta que produce un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente protegidos, que suponen la violación al orden jurídico penal sin que estén protegidos por la presencia de reglas permisivas que supongan el ejercicio de derechos reconocidos por la ley. Implica por tanto todos aquellos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y resultados típicos que precisamente deben ser objeto de valoración en el juicio de reproche de culpabilidad.

A nuestro parecer, los aspectos vinculados con el grado del injusto, son los siguientes:

a) Intervalo de punibilidad previsto para los delitos

Penas previstas dentro de los límites mínimo y máximo, del intervalo de punibilidad previsto para todos y cada uno de los delitos, regulados en cada uno de los artículos del Libro Segundo del código penal. (*Vgr.*: artículo 307: "Al responsable de cualquier homicidio simple... se le impondrá de 8 a 20 años de prisión"; en el delito de robo. la punibilidad recogida en el artículo 370. refiere tres posibilidades. de acuerdo con el valor de lo robado. etcétera).

b) Circunstancias de lugar, tiempo, modo, ocasión)' medios

Las penas aparecen tanto en relación con los tipos básicos, como también en relación con los tipos especiales. y con los tipos complementados o circunstanciados, conformados ambos en forma privilegiada o calificada. Como ejemplo de los tipos especiales: el parricidio respecto del homicidio simple, hoy denominado como homicidio agravado por razón del parentesco artículo 323; respecto del tipo básico de homicidio simple, para el caso del calificado o agravado: como ejemplo de los tipos circunstanciados o complementados y en su forma agravada: (*Vgr.*: véase el artículo 372 que señala.):

Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que le corresponda por el robo simple se agregará de seis meses a cinco años de prisión; artículo 381: "además de las penas que correspondan conforme a los artículos 370 y 371 se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión en los casos siguientes: previéndose catorce fracciones que contemplan situaciones cali

ficantes diversas, tales como la comisión del delito en lugar cerrado, el robo cometido por el dependiente o doméstico, el robo cometido estando la víctima a bordo de un vehículo particular o de transporte público, la comisión del delito con intervención de varias personas, la presencia de personas, armadas, etcétera". A su vez, como forma atenuada: en los delitos contra la vida o la integridad corporal previstos en los artículos, 308 y 314 que regulan la riña. "si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de -1 a 12 años de prisión".

En general, como se observa, los tipos especiales y circunstanciados suponen la realización de la conducta regularmente prevista en el tipo básico, pero bajo ciertas condiciones exigidas por la ley que implican, en general, circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión, que implican un más grave riesgo para el bien jurídico protegido, o bien la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos penalmente protegidos que, por lo mismo, generan el incremento en la penalidad correspondiente y que, a su vez, suponen tales circunstancias, precisamente el contenido del ámbito situacional relevante para la ley penal.

c) *Escalas específicas para los delitos dolosos o culposos*

Todos los tipos delictivos previstos en el código penal, aparecen en general previstos como tipos delictivos dolosos, salvo los expresamente referidos en el artículo 60 párrafo segundo. Así, la escala del delito doloso, es la que como principio general aparece expresamente prevista en el Libro Segundo del código penal, cuya interpretación debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del código penal. A su vez, y como excepción a la regla general de punición al delito doloso, se da el caso de la forma de comisión culposa, para cuyo efecto la respectiva regulación aparece recogida en los mismos artículos mencionados, en relación con lo, dispuesto en el artículo 60 siguiente.

Para la escala del delito doloso, el artículo 8 expresa: "Las acciones en omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente"; y el artículo 9 refiere: "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...".

La escala para los delitos culposos, aparece especificada en el mismo artículo 9, segundo párrafo, que expresa:

...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 a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

A su vez, el artículo 60 relativo a la aplicación de la sanciones a los delitos culposos, expresa:

En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas 'por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos que la ley señale una pena específica. Además se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos, solo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150. 167 fracciones VII. 169. 199 bis, 290. 291. 292. 293. 302. 307, 323. 397 Y 399 de este Código.

Quando como consecuencia de actos o hechos culposos calificadas
Como graves la pena será de cinco a veinte años de prisión...

d) *Escala relativa al grado de consumación del delito (delito tentado y consumado)*

Bajo este aspecto se previene los casos del delito consumado y del delito tentado o tentativa de delito. En términos generales, los tipos delictivos previstos en el LIBRO SEGUNDO del código penal, aparecen previstos como delitos consumados, razón por la cual la penalidad correspondiente al delito consumado, es la que se refiere en los mismos. A diferencia de éstos, la escala de la tentativa del delito, aparece prevista en términos de lo dispuesto en el artículo 12 del código penal, a partir del concepto de la tentativa punible, misma que aparece definida haciendo referencia a sus diferentes posibilidades, distinguiendo entre la tentativa acabada e inacabada o delito frustrado, y haciendo referencia al desistimiento y al arrepentimiento. La penalidad, a su vez, aparece prevista en el artículo 63, que expresa:

Al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio de Juez, y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar...

e) *Escala relativa al grado de participación en la comisión del delito*

El artículo 13 del código penal, previene en ocho fracciones las diversas formas en que se manifiesta la responsabilidad de las personas que intervienen en la comisión del delito, y que, en general la doctrina los refiere como autores y partícipes. La punibilidad, a su vez aparece señalada en el artículo 64 bis, que expresa: "En los casos previstos para las fracciones VI, VII Y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente del delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".

f) *Escala del error*

El artículo 15 del código penal, en relación con la escala del error vencible, expresa;

En caso de que el error al que se refiere el inciso *a)* de la fracción VIII, del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible corresponde al inciso *b)* de la misma fracción. la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

g) Escala relativa al concurso de delitos y al delito continuado

Conforme a lo dispuesto en los artículos 64 del código penal, a su vez en relación con los artículos 7, 18 Y 19 sobre concurso de delitos, se establecen las bases de regulación de esta escala.

Respecto del concurso de delitos, el artículo 64, expresa:

En caso de Concurso Ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellos son de diversa especie, si son de la misma especie, se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin que excedan de los máximos señalados en este Código.

Por su parte, en relación con el delito continuado, el mismo artículo 64 expresa, en su tercer párrafo: y en caso de delito continuado se aumentará hasta una tercera parte la pena correspondiente al delito cometido".

h) Escala relativa a la sustitución de sanciones

En los artículos 70 a 76 del código penal se previene la regulación correspondiente.

El artículo 70 establece la base de esta regulación, al expresar:

La prisión podrá ser sustituida a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

Fracción I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años;

Fracción II. Por tratamiento en libertad. si la prisión no excede de cuatro años o;

Fracción III. Por multa si la prisión no excede de tres años.

i) Escala relativa a la comunicabilidad de circunstancias objetivas y subjetivas

El artículo 53 del código penal expresa: "No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido si las ignoraba, inculpablemente, al cometer el delito."

j) *Escala especificadora de los criterios de la individualización de la pena prevista en los artículos 51, y 52 del código penal*

Las reglas señaladas en las anteriores escalas previenen las diferentes reglas que la ley contempla para la individualización de la pena. Todas, ellas, a su vez encuentran aplicación a través de las dos reglas fundamentales que previene la ley penal para la individualización de la pena y que se precisan en los artículos 51 y 52 del código penal, mismas que por tanto se presentan como las reglas finales básicas modeladoras del proceso de individualización de la pena, en la ley penal mexicana, que culmina y perfecciona el resultado de todas las escalas anteriores que a su vez suponen la estructura básica general de la individualización de la pena. Los criterios señalados se refieren a aspectos que se vinculan tanto con el grado del injusto, como también con el grado de la culpabilidad, como explicamos a continuación:

En relación con el grado del injusto para la individualización de la pena, en el análisis de los artículos 51 y 52 del código penal, los criterios son los siguientes. El artículo 51 expresa:

Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de la justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60 fracción VI. 61. 63 64. 64 *bis* Y 65 Y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado. la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales. la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

En general, las circunstancias exteriores de ejecución, son aspectos del grado del injusto, salvo que se relacionen con la libertad de la persona en su actuar. El artículo 52 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

Fracción 1. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

Fracción 11. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutada. (En general implican aspectos relacionados con el

grado del injusto, pero en la medida en que reflejan aspectos vinculados con la libertad de actuar, naturalmente ello significa un ámbito relacionado con el grado de la culpabilidad.)

Fracción III. Las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho realizado. (En general suponen aspectos del grado del injusto, pero pueden involucrar aspectos del grado de la culpabilidad.)

Fracción IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y de la víctima u ofendido. (Observa aspectos relativos tanto al grado del injusto como al de la culpa.)

Fracción V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres. (Se relaciona con aspectos del grado de la culpabilidad en la medida en que se les entienda en función de la conformación de la libertad de la persona para actuar. De no ser así entendidas, se caería en la nesga de una equívoca interpretación vinculada con un derecho penal de autor).

Fracción VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido. (Criterio de peligrosidad.)

Fracción VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma." (Grado de culpabilidad.)

2. Grado de la culpabilidad

Por cuanto se refiere al grado de la culpabilidad del agente, sobre la base de entender ésta como el reproche por la responsabilidad de la persona: se observa que esta última se asienta en:

Aspectos relativos a la imputabilidad del agente:

Aspectos relativos al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta;

Aspectos relativos a la no exigibilidad de otra conducta.

En este orden de ideas, el grado de la culpabilidad, aparece recogido entre otros aspectos en los siguientes:

La referencia prevista en el artículo 31, relativa a que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones teniendo en cuenta las circunstancias peculiares del delincuente".

El artículo 52 del código penal, como referencia general, en su rubro señala que "el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los máximos y mínimos señalados para cada

delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de la culpabilidad del agente, teniendo en cuenta.....

El artículo 52, reacción IV, cuando se refiere la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

"La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres";

El artículo 52, fracción VII refiere: "las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a exigencias de la norma",

Independientemente de lo dispuesto en los artículos 51 y 52, otros artículos penales relacionados con aspectos referentes a la valoración del grado de la culpabilidad, son:

a) Artículo 54 "el aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquel",

b) Artículo 66: "en caso de que el error a que se refiera el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible. se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trate admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el permiso del inciso "B" en dicha fracción. la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate".

3. El correctivo por la peligrosidad

El contenido de la peligrosidad que aún conserva el ordenamiento penal mexicano son las siguientes:

Artículo 52 fracciones VI: "El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido".

La reincidencia, prevista en los artículos 20 a 23. a su vez relacionadas con el artículo 65 que expresa: "la reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o sustitutivos penales que la ley prevea". En caso de reincidencia el juzgador sólo impondrá la pena que corresponda al delito que se juzga en los términos del artículo 52.

Artículo 84, relativo a la libertad preparatoria que en lo relativo señala: "Se concederá libertad preparatoria al condenado... fracción 11, que del

examen de su personalidad se presume que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir."

Artículo 90: "El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:...

Fracción I. letra b. que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y además que haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible.....

Fracción I. letra c. "que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como su naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presume que el sentenciado no volverá a delinquir".

Las penas de apercibimiento y de amonestación que incorporan el concepto de la reincidencia.

Regulación de la ley penal relativa a las medidas de seguridad.

En relación con las medidas de seguridad, funcionan los criterios siguientes:

Definición del estado de inimputabilidad, a partir de lo dispuesto en el artículo 15 fracción VII que expresa:

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 comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre \ cuando lo haya previsto o le fuere previsible,

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida. se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis.

Criterio de la imputabilidad disminuida, en su caso, atento a lo dispuesto en el artículo 69 bis:

Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión., sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del Juzgador, según proceda, se le Impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 6i o bien ambas. En caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor. Parte de lo previsto se vincula con la respuesta de la medida de seguridad,)

II. SISTEMA DE PENAS

De acuerdo con la forma de imposición de la pena se desarrollan los diferentes sistemas punitivos o sistemas de aplicación de la pena. En general son dos los sistemas punitivos existentes. el sistema unitario y el sistema pluralista.

1. Sistema unitario

El sistema unitario, que afirma que frente al hecho delictivo debe de imponerse sólo una respuesta punitiva. Plantea dos vertientes que ahora explicamos.

El sistema unitario de un derecho penal de culpabilidad, que estima que a los infractores de la ley penal, ha de aplicarse exclusivamente una pena atento al criterio de la retribución de la prevención general y también en la prevención especial.

El sistema unitario de un derecho penal de peligrosidad. Una segunda vertiente de este sistema unitario de la aplicación de las penas, se funda en el derecho penal de peligrosidad en donde se afirma que la respuesta social aplicable, debe de ser la necesaria para eliminar y neutralizar la peligrosidad que representa el autor.

2. Sistema pluralista

En oposición a los sistemas unitarios señalados. se observa el sistema pluralista en la imposición de la pena, que deriva de posiciones mixtas o intermedias, que intentan recoger aspectos de una y otra situación planteada, como base de las posiciones unificadoras o unitarias, y que plantean así, tanto la posibilidad de aplicación de las penas, en función de la culpabilidad, como asimismo la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad o medidas en general, en relación con un contenido de peligrosidad.

Como es natural, el doble contenido de culpabilidad y de peligrosidad como fundamento de la aplicación punitiva de la coercibilidad penal, genera dificultades en relación con su fundamentación, que no resultan fáciles de solucionar. A su vez, también se plantean dificultades en la presencia de las penas mismas, que no siempre encuentran una clara distinción entre unas y otras. En el sistema pluralista fundamentalmente operan dos formas:

El sistema dualista o sistema del *doppio binario* que tuvo particular aceptación en el código penal italiano Rocco de 1930 que incorporó el sistema de la doble vía o sistema doble (*doPPio binario*), y en donde se acepta la posibilidad de la aplicación de la penas a las personas, en función del reproche de culpabilidad derivado de su comportamiento delictivo y. por otra parte, en forma simultánea se acepta la posibilidad de la imposición de la medida de seguridad, en función de la peligrosidad manifestada por la persona, en la inteligencia, de que en tratándose de personas sin capacidad de autodeterminación o para conducirse conforme a ella, es decir, de los inimputables, únicamente podrá ser impuesta la medida de seguridad.

El sistema "vicariante" en donde se concede la oportunidad de la aplicación de la pena, la cual de acuerdo con las circunstancias puede ser sustituida por la medida, que en ese sentido se presenta como una forma "vicariante", que significa sustitutiva de la pena. De acuerdo con las circunstancias del caso, la persona, así, a veces será objeto de imposición de una pena y en otras ocasiones de la aplicación de una medida de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y. que corresponde al sistema aceptado por el código penal alemán de 1975; naturalmente, para el caso de la presencia de los inimputables, únicamente será aplicada la medida de seguridad.

Por cuanto se refiere al ámbito de las medidas, las leyes de algunos países, apoyadas sobre todo en la época del mayor auge del "defensismo" (defensa social) incorporaron tanto las así denominadas medidas predelictuales, como también las medidas posdelictuales, siendo la tendencia actual la supresión de las primeras, para mantener solo las segundas. Aquéllas se caracterizan por su posibilidad de aplicación incluso antes de la comisión del delito, con el fin de prevenir/o. razón por la cual, lleva regularmente al así denominado "estado peligroso" aún antes de la comisión del delito. lo que ha sido regularmente objeto de rechazo v cuestionamiento por parte de la doctrina, no obstante lo cual algunas legislaciones penales incorporan tipos delictivos con esas características, como es el caso, entre otras, de los así denominados "delitos de situación, posición o estado", tales como la prostitución la vagancia, la mal vivencia, en donde la conducta. en si misma es castigada, independientemente de que se de una verdadera lesión a un bien jurídico penalmente protegido, razón por la cual son en general impugnadas por considerarse contrarias al principio del bien jurídico. y en función de éste a los principios de tipicidad, de culpabilidad v legalidad. Y las medidas posdelictuales que son aquellas aplicadas como consecuencia de la comisión de un delito, sea que se apliquen en sustitución de la pena, caso en el cual estaríamos frente al sistema carente, o bien de la doble vía para el caso de la aplicación conjunta de la pena y medida de seguridad del sistema penal plural o bien tratándose del sistema punitivo unitario, son las medidas que resultan aplicables en un derecho penal de peligrosidad en forma exclusiva y tal sería el caso, de la aplicación respecto de los reincidentes, de la habitualidad y la profesionalidad, entre otros casos,

III. LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

Por cuanto se refiere al sistema seguido por la ley penal mexicana, es de observarse que el Título Tercero del código penal recoge como denominación el de "penas y medidas de seguridad", A continuación en

el artículo 24, formula una relación de las diversas sanciones recogidas en 18 incisos, y en donde aparecen señaladas taxativamente dichas penas y medidas de seguridad. Sin embargo, el legislador no define ni en esta disposición ni en las subsecuentes, cuáles de entre éstas, han de ser entendidas como penas y cuáles como medidas de seguridad. Para esto, se hace necesario acudir a las características generales del código penal mexicano de 1931 al documento que a manera de Exposición de Motivos circuló con posterioridad a la promulgación de la ley, según se señaló en su oportunidad, con el acuerdo de la comisión redactora, como en las respectivas exposiciones de motivos o documentos relacionados que han acompañado a las reformas posteriores.

El artículo 24 (Título segundo), previene el catálogo de las penas y medidas de seguridad.

Asimismo pueden tener un contenido no directamente vinculado con un criterio de culpabilidad y de estricta responsabilidad personal y jurídica, sino también vinculado con el contenido de la responsabilidad social, los incisos cuarto, relativo al confinamiento: el quinto, relativo a prohibición de ir a lugar determinado: el doce sobre la suspensión y privación de derechos; el trece sobre inhabilitación, destitución o suspensión de función o empleo; el quince sobre vigilancia de la autoridad; el dieciséis, sobre suspensión o disolución de sociedades.

Los artículos 67, 68 Y 69 son relativos al tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad. Los artículos 65 y 66, reformados, sustancialmente se referían al contenido de la reincidencia y de la habitualidad y a su vez, el artículo 84, también reformado, hace referencia a que deberá tenerse en cuenta a la reincidencia en la individualización de la pena, a que a su vez se refieren los artículos 51 y 52 del código penal. Asimismo, el nuevo artículo 69 *bis*, reformado en 1994, al referirse a la imputabilidad disminuida, se relaciona con el tema en cuestión, a su vez en relación con un sistema punitivo vicariante.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE U. PENAY DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

SUMARIO: I. Muerte del delincuente. II. Amnistía. III. Perdón del ofendido. IV. Indulto. V. Reconocimiento de inocencia. VI. Prescripción.

I. MUERTE DEL DELINCUENTE

El artículo 91 previene la muerte del delincuente, lo que evidentemente, implica una causa biológica y natural que lógicamente da por terminada la penalidad correspondiente al dejar de existir la persona a quien se aplica.

II. AMNISTÍA

La amnistía aparece recogida en el artículo 92 del código penal al expresarse:

La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dicte concediéndola, y si no se expresare, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito.

Conforme al texto expuesto. la amnistía es una causa de extinción tanto de la sanción como de la responsabilidad penal, que deriva de una ley del Congreso de la unión y que. por lo mismo, tiene efectos respecto de todas las personas que en la misma se contemplan; puede ser promovida en cualquier momento de la secuela del procedimiento, o bien con posterioridad a éste, durante la ejecución, y abarca a todas las sanciones impuestas salvo a la reparación del daño. a la que también abarca si en la correspondiente ley de amnistía no se hace expresa referencia al respecto.

III. PERDÓN DEL OFENDIDO

El artículo 93 del código penal previene el caso del perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo en los términos siguientes:

El perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo extingue la acción penal, respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el ministerio público, si este no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional, antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, este no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo puedan ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por alguno otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando son varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor. El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora

Las características generales bajo las cuales opera el perdón del ofendido, como causa personal de cancelación de la pena, aparece claramente recogido en los términos de la disposición antes referida: extingue tanto a la acción penal o pretensión punitiva, como a la pena impuesta misma. La primera, siempre que se trate de delitos perseguibles por querrela de parte, caso en el cual opera en cualquier momento del procedimiento hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia, asimismo, en términos del párrafo último, también opera el propio perdón del ofendido como causa de inexistencia de la sanción penal impuesta, caso en el cual deberá ser promovida ante la autoridad ejecutiva.

Por otra parte, si son varios los ofendidos, el perdón opera sólo respecto de la persona a favor de quien otorga y no respecto de los demás. Sin embargo, si el interés jurídico relacionado se encuentra totalmente satisfecho, entonces sí beneficiará a todos los inculpados y demás personas relacionadas con el delito, incluso al encubridor (artículos 93 párrafo 3° 4° 5°).

IV. INDULTO

El artículo 94 previene el caso del indulto, el cual opera siempre en relación con la sentencia impuesta en forma irrevocable, es decir, no puede operar respecto de la acción penal, durante el procedimiento.

Implica un acto del ejecutivo, a diferencia de la amnistía, que opera como un acto del legislativo, en la inteligencia de que ambas figuras observan un contenido de sentido eminentemente político, en donde, precisamente en el caso de la segunda, la expresión misma de "amnistía" significa "olvido" político acerca de la situación que originó el hecho; en tanto que el caso del indulto implica un acto político del gobernante, relacionado con el acto de gracia que históricamente fue ejercido por el monarca, como una manifestación a la vez que de su autoridad soberana, también de su magnanimidad y misericordia.

Así, la amnistía observa un sentido político de esencia democrática que propugna la tranquilidad y paz social a través de un acto que significa prudencia, concordia, comprensión y entendimiento de la autoridad gubernamental acerca de la pluralidad social y, por lo mismo, del "olvido" de los hechos respecto de los cuales aquéllas se conceda; en tanto que el indulto como acto político observa una carga más autoritarista en tanto que solo identifica la benevolencia y magnanimidad del soberano.

Los casos en que procede el indulto, aparecen recogidos en lo dispuesto en el artículo 97 siguiente, que expresa:

Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su libertad no represente un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida, ni de reincidente por delito intencional, se le podrá conceder el indulto por el ejecutivo federal, en uso de las facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos, en los casos siguientes:

I. Por delitos de carácter políticos a que alude el artículo 114 de este Código:

II. Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político y social.

III. Por delitos del orden federal o común en el Distrito Federal cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la nación y previa solicitud.

Por su parte, el artículo 98 establece: "El indulto en ningún caso extingue la acción de reparar el daño causado Y, asimismo el artículo 95 expresa:

No podrá concederse (el indulto) de la inhabilitación para ejercer una profesión o alguno de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistía o la rehabilitación.

V. RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA

El artículo 96, hace referencia al reconocimiento de inocencia, expresando:

Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de procedimientos penales aplicable. y se estará a lo dispuesto en el artículo 49 de este Código.

A continuación el artículo 98, en su parte segunda expresa que el reconocimiento de la inocencia extingue también la obligación de reparar el daño, lo cual es una consecuencia lógica y natural toda vez que precisamente se está reconociendo la inocencia de la persona.

VI. PRESCRIPCIÓN

La prescripción aparece prevista en los artículos 100 a 115 del código penal y, como se refiere en el primero de ellos, se observa que la prescripción extingue la acción penal y las sanciones, conforme a los artículos que más adelante señalaremos.

La prescripción es una consecuencia jurídica que nace como resultado del solo transcurso del tiempo, sea a partir de la comisión del hecho delictivo sin haber ejercitado la pretensión punitiva, o por haberla suspendido una vez iniciada ésta, o bien, por no haberse ejecutado la sanción impuesta, la cual puede derivarse tanto de la imposibilidad para ejercitar la acción penal o por resultar extinta la acción penal misma, ya iniciada cuando no se hubiera llegado a sentencia de segunda instancia o bien porque quede extinta la pena impuesta.

El ámbito de la prescripción implica un ámbito de conocimiento que, en opinión de algunos, está ubicado fuera del derecho penal sustantivo para quedar encuadrado con mayor precisión en el ámbito del derecho procesal penal, en tanto que para otros, tiene un contenido sustantivo incuestionable. En nuestra opinión, si bien es cierto que la prescripción observa un ámbito estrechamente vinculado y que traduce parte importante de su función en el campo del derecho procesal, también es cierto que su contenido implica una institución del derecho penal sustantivo, en tanto que forma de extinguir penas o medidas y esto, unido a su presencia en el contexto de la ley penal sustantiva, nos lleva a recogerla tal y como aparece prevista en la ley penal.

Las características fundamentales a través de las cuales funciona el instituto de la prescripción en el país a nivel federal y en el Distrito Federal derivan de la regulación que existe en la materia, la cual, en seguida sintetizamos.

La acción penal prescribe en un año para la pena de multa.

En la pena privativa de la libertad o alternativa. La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena señalada en la ley para el delito de que se trate, sin que nunca pueda ser menor de tres años (artículos 104 y 105).

La acción penal, para los delitos de destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, prescribe en dos años (artículo 106).

La acción penal por delitos perseguibles por querrela de parte, salvo que la ley prevenga otra cosa, prescribe en un año (artículo 107); dicho plazo contará a partir del día en que quien pueda formular la querrela o el acto equivalente, tenga conocimiento del delito y del delincuente o bien, en tres años fuera de esta circunstancia. Formulada la querrela, dentro de los plazos aludidos, la prescripción seguirá las reglas previstas para el delito perseguido *ex-offteio*.

Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos, considerando al delito con sus modalidades, y se contarán a partir del momento en que se consumó el delito, si fuera instantáneo; en el caso de la tentativa, a partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida; en el caso del delito continuado, desde el día en que se realizó la última conducta; y en el caso del delito continuo o permanente, desde la cesación del estado de antijuridicidad, que implica la consumación en los delitos de tracto sucesivo (Artículo 102).

En el caso del concurso de delitos. Las acciones penales de ellos resultantes, prescriben cuando prescriba el delito que merezca la pena mayor (artículo 108).

La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aún cuando por ignorarse quienes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada; y si se dejare de actuar la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente de la última diligencia (artículo 110).

El requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente y las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional y el requerimiento de entrega del inculpado que haga el ministerio público de una entidad federativa a otra interrumpen también la prescripción de la acción penal y amplían el plazo de ésta hasta una mitad más de los plazos previstos en los artículos 105, 106 Y 107 (tercer y cuarto párrafo del artículo 110).

Cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, salvo el plazo de la querrela conforme al artículo 107, no operarán las prevenciones sobre

la interrupción de la prescripción de la acción penal, previstas en el artículo 110 en los dos primeros párrafos y en el primer caso del párrafo tercero.

Cuando para hacer valer una acción penal la ley exige la previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones realizadas a este fin interrumpen la prescripción, siempre que no haya transcurrido la mitad de lapso para la prescripción a que hace referencia el artículo 111 (artículo 112).

En relación con la prescripción de la sanción penal y ya no de la acción penal, la pena privativa de la libertad prescribe en un tiempo igual al fijado _ en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años (artículo 113. parte primera).

La pena de multa prescribe en un año (artículo 113. segunda parte).

Las demás sanciones prescriben en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más sin que pueda ser inferior a dos años (artículo 113 tercera parte).

Las penas que no tengan temporalidad prescribirán en dos años (Artículo 113, cuarta parte).

Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Los plazos para la prescripción de las sanciones son continuos y corren desde el día siguiente a que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad. y si no lo son, desde la fecha en que la sentencia que causa ejecutoria (artículo 103).

La prescripción de la sanción privativa de la libertad sólo se interrumpe aprendiendo al reo, aunque la detención se ejecute por otro delito diverso o por la formal solicitud de entrega que el ministerio público de una entidad federativa haga al de otra, en donde se encuentra detenido, y subsistirá la interrupción mientras la autoridad requerida niegue dicho derecho o aparezca la situación legal del detenido que motive aplazar el cumplimiento de cuanto se solicita (artículo 115. párrafo primero).

La prescripción de las demás sanciones se interrumpe por cualquier acto de la autoridad competente para hacerlas efectivas; también se interrumpe, en el caso de la prescripción de la pena de reparación del daño u otras de carácter pecuniario, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación haga ante la autoridad fiscal correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio del juicio ejecutivo ante la autoridad civil, usando como título la sentencia condenatoria correspondiente (artículo 115, párrafo segundo).

Cuando se hubiere extinguido ya una parte de su sanción, para la prescripción se requiere un plazo equivalente al tiempo que falte para el cumplimiento de la condena y una cuarta parte más, y no podrá ser menor de un año (artículo 114).

Asimismo son causas que extinguen la pena impuesta, del capítulo de extinción de la responsabilidad penal, la prevista en el artículo 117, relativa a la vigencia y aplicación de la ley más favorable, cuya regulación expresamente señala: "la ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56". A su vez, el mencionado artículo 56, expresamente señala:

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuye dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre los términos mínimo y máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

El artículo 118, previene el caso de la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos, es decir, el principio del *non bis in ídem*, recogido en el artículo 23 de la Constitución, aquí regulado como sigue:

Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona o por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término.

En relación con las medidas de seguridad en el tratamiento de inimputables, el artículo 118 *bis*, previene:

Cuando el inimputable sujeto una medida de tratamiento se encontrare prófugo y posteriormente fuere detenido, la ejecución de la medida de tratamiento, se considerará extinguida si se acredita que las condiciones personales del sujeto no corresponden ya a las que hubieren dado origen a su imposición.

Tal dispositivo, a su vez, aparece relacionado con lo dispuesto en el Artículo 68 párrafo segundo, que expresamente señala:

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO TERCERO

EL INCIDENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN RELACIÓN CON EL DELITO

En términos de lo dispuesto en el artículo 29 de la ley penal, la multa y la reparación del daño son las dos formas de la sanción pecuniaria. El alcance de esto significa que, tratándose de una sanción penal ésta es impuesta por el juez penal en seguimiento de un proceso penal instruido en relación con la comisión de un delito, lo que significa que es exigible a través del Ministerio Público, si bien con la coadyuvancia de los ofendidos.

En términos del artículo 34, tal reparación del daño que reúne las características de sanción pecuniaria penal, es la que corresponde hacer al delinciente y que, precisamente, tiene el carácter de pena pública, exigible *ex-officio* por el Ministerio Público con la coadyuvancia del ofendido o de sus derechohabientes.

Cuando la reparación deba exigirse a terceros, ésta, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales (Segundo párrafo del artículo 34 del código penal).

A su vez, para el caso de que no se pueda obtener la reparación del daño por la vía penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público. o bien por sobreseimiento o sentencia absolutoria, la ley previene que se podrá recurrir a la vía civil, en los términos de la legislación correspondiente (artículo 34, tercer párrafo del código penal) para hacer valer las reclamaciones procedentes.

Aun cuando las bases de la reparación del daño vía incidente civil quedan planteadas en términos de lo expuesto, como también la posibilidad del interesado para acudir en vía civil en juicio, para hacer las reclamaciones correspondientes, es lo cierto que la regulación de la materia no resulta ser lo suficientemente clara. De manera más satisfactoria en proyectos de ley penal posteriores (1983 y siguientes) se ha clarificado el concepto de la reparación del daño como pena pública, no sólo en razón de la vía jurisdiccional en que se sigue, sino, asimismo,

con la facultad económica coactiva del Estado para hacerla valer con eficacia; por otra parte, se ha planteado, incluso, la posibilidad del incidente penal seguido ante esta misma jurisdicción frente al caso del desistimiento ministerial o sobreseimiento judicial, como también la posibilidad del procedimiento civil en vía de juicio o en forma incidental, para el caso de que no exista la posibilidad jurídica de hacer la reclamación correspondiente por la vía penal. En fin, es ésta una materia que exige su más clara y precisa regulación, en el entendimiento de que en gran medida, la eficacia de la justicia penal, en relación al contenido de los efectos restitutorios de la pena, guardan en este ámbito una parte importante de su éxito. La satisfacción del interés de las partes, como la satisfacción del interés del ofendido, como resultado de la lesión a bienes jurídicos causadas por la conducta delictiva, sobre todo, en materia vinculada con los delitos contra el patrimonio (si bien no exclusivamente) encuentran en esta regulación las posibilidades de una justicia más eficaz.

BIBLIOGRAFÍA MEXICANA

- CÁRDENAS, Raúl F. *Derecho penal mexicano del robo*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1982.
- *Responsabilidad de los funcionarios públicos: Antecedentes y leyes vigentes en México*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1982.
- CARRACÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1970.
- CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*. Editorial Porrúa, Trigésima Cuarta Edición. México. 1994.
- CORTÉS IBARRA, Miguel Angel. *Derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1971.
- FARRERA, Agustín. *Explicaciones sobre el Nuevo Código Penal*. Escuela Lino tipografía Salesiana. Puebla. 1929.
- FIGUEROA GUZMÁN, Ricardo. *Delito e injusto*. México. 1950.
- *La subjetividad en la ilicitud*. Editorial Cajica. 1959.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel. *Los delitos especiales federales*. Editorial Trillas. Primera Edición. México. 1987.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa. Vigésima Edición. México. 1972.
- GARCÍA, RAMÍREZ, Sergio. *Cuestiones criminológicas y penales contemporánea*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Primera Edición. México. 1981.
- *Estudios penales*. México. 1977.
- *La imputabilidad en el derecho penal federal mexicano*. México. 1968.
- *La prisión*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 1975.
- *La reforma penal de 1971*. Ediciones Botas. Primera Edición. México. 1971.
- *Los derechos humanos y el derecho penal*. Sep Setentas. Primera Edición, México. 1976.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan Jose. *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*. Ediciones Botas. México. 1946.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa. Quima Edición. México. 1958.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, Jorge Arturo. *Derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1991.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. Editorial Trillas. Primera Edición. México. 1982.
- ISLAS DE GONZÁLES MARISCAL, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El modelo lógico de la teoría del tipo*.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *Análisis lógico del Artículo*

- 145 del Código Penal en *Derecho penal contemporáneo*. Facultad de Derecho de la UNAM. Número 28. México. 1968.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomos 1, II, 111 y IV. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1985.
- La antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México. 1952.
- La tipicidad. Editorial Porrúa. México. 1955.
- LAFORA, Nicolás de. *Presidios internos*. Editorial Pedro Robredo. México, 1939.
- LANGI.E, Emilio. *La teoría de la política criminal*. Editorial Reuz. Madrid. 1927.
- *La reforma penal mexicana*. Proyecto de 1949. Editorial Ruta. México. 1951.
- LÓPEZ BENTANCOUR, Eduardo. *Teoría del delito*. Editorial Porrúa. México. 1995.
- MAIO CAMACHO, Gustavo. *Hacia la abolición de la pena de muerte en México*. Departamento del Distrito Federal.
- *Historia de las Cárceles en México*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979.
- *Los derechos humanos en el sistema de justicia erial (Instrumentos de protección) en obra jurídica mexicana*. Procuraduría General de la República y Gobierno del Estado de Guerrero. México. 1988.
- Manual de derecho penitenciario*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, en Manuales de Enseñanza, Número 4, México. 1976.
- *Método para la aplicación práctica de la ley de normas mínimas para la readaptación de sentenciados*. Escuela Nacional de Artes Gráficas de la SEP. México. 1973.
- *Tentativa del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 1971.
- *Justicia penal y democracia. Ideología penal de la Constitución de 1917*. (Ley Penal y Sistema Penal). En Revista de la Facultad de derecho de México. Tomo XI.VII. Números 191, 192. México. septiembre-diciembre 1993.
- *Modernización Jurídica Penal en México y el Decreto de Reforma de Fecha 30 de Diciembre de 1991 en Boletín Mensual de Información Legislativa. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. Año III. Número XI. México. Noviembre de 1993.
- *Evolución de la legislación penal en México*. En Prensa. México. 1995.
- *Manual de delitos contra la salud relacionados con estupefacientes y psicotrópicos*. Procuraduría General de la República. México. 1985.
- MARCHIORI, Hilda. *El Estudio del delincuente*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1982.
- MÁRQUEZ PIS ERO, Rafael. *Derecho penal*. Editorial Trillas. Segunda Edición, México. 1990.
- *El tipo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 1986.
- MATOS ESCOBEDO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas morales*. Ediciones Botas. Primera Edición. México. 1956.
- MIRALIES, Teresa. *Métodos y técnicas de la criminología*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1982.
- MORENO, Antonio de P. *Curso de derecho penal mexicano*. Tomo 1. Editorial Porrúa. México. 1968.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*. Sistemas causalista y finalista. México, Porrúa. 1995.
- PALACIOS, J. Ramón *Las facultades extraordinarias al Ejecutivo*. Manuscrito.

- La Cosa Juzgada. Editorial Cajica. Puebla. 1956.
- PALIARES, Eduardo. Prontuario de procedimientos penales. Editorial Porrúa. Décimo Primera Edición. México. 1989.
- PAVÓN VASCOCELOS, Francisco. El concurso aparente de normas. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México. 1984.
- Manual de derecho penal mexicano. Editorial Porrúa. México. 1990.
- Ensayo sobre la tentativa. Editorial Porrúa. México. 1964.
- Imputabilidad e inimputabilidad. México. Porrúa. 1993,
- Las reformas penales. México. Porrúa. 1987.
- PORTE PETIT, CANDAUDAP Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal. México. Décima Quinta Edición. 1960.
- Robo simple. Editorial Porrúa, Segunda Edición. México. 1989.
- Programa de la parte general del derecho penal. México. 1958. Imprenta del Gobierno Federal. México. 1885.
- QUIROZ CUARÓN, Alfonso. El costo social del delito en México. Editorial Botas. México. 1970.
- Pena de muerte. Editorial Botas. México. 1962.
- RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. Editorial Porrúa. Vigésima Edición. México. 1991.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1982.
- RODRÍGUEZ, Ricardo. EL Código penal de México y sin reformas. Herrero Hermanos Editores. México. 1902.
- SALES GASQUE, Renato. El presupuesto en el delito de abuso de confianza. México. 1963.
- SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. El derecho a la readaptación social. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1983.
- Som, Demetrio, Nuestra ley penal. Tomo 1-A. Carranza y Compañía Impresores. México. 1905.
- TEJA ZABRE, Alfonso. Exposición de motivos del Código Penal. Ediciones Botas. Séptima Edición. México. 1969.
- VAIADÉS, Diego. Constitución y política. Universidad Nacional de México. Segunda Edición. México. 1994.
- VEIA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y justificación. Editorial Trillas. Tercera Edición. México. 1990.
- Culpabilidad e inculpabilidad. Editorial Trillas. Segunda Edición. México. 1990.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho penal mexicano. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1960.
- VILIARRFAL, Arturo. Culpabilidad y pena. México. Porrúa. 1994.

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

- ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale. Milán. 1955.
- ANTOLISEI, Francisco. La acción y el resultado en el delito. Editorial Jurídica Mexicana. 1959.
- BACIGALUPO, Enrique. Estudios de derecho penal y política criminal. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. México. 1989.
- Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974.
- Manual de derecho penal. Editorial Temis. Segunda reimpresión. Santafé de Bogotá. 1994.
- BArrAcI.INI, Giulio. Diritto penale. Casa Editore Doti. A. Milán. Terza edizione. Padua. 1949.
- BALJMANN, Jtirgen. Derecho penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. Trad. Conrado A. Finzi.
- BECCARIA, César. Del delito y de la pena. Editorial Sopena. Barcelona. Trad. M. Doppelheim.
- BELLING, Ernesto Von. Esquema de derecho penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1944. Trad. Sebastián Soler.
- BERISTAIN, Antonio. Medidas penales en derecho contemporáneo. Editorial Reus. Brrrioi., Giuseppe. Diritto penale. Tena Edizione. Palermo. 1955.
- Bustos RAMIREZ, Juan y VENZUELA REJAS, Manuel. Derecho penal Latinoamericano comparado. Tomos I, II y III. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981.
- BusTos R4MIREZ, Juan. Manual de derecho penal. Editorial Ariel. Tercera Edición. Barcelona. 1989.
- CARNELUTTI, Francesco. Teoría general del delito. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1952. Trad. Víctor Conde.
- CARRANZA, Elías; Mora., Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Preso sin condena en América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente. San José. 1983.
- GARRARÁ, Francisco. Programa del curso de derecho criminal. Tomo 1. Editorial Temis. Bogotá. 1956.
- CXIFIF.RIN, Víctor. P. Principios fundamentales de derecho penal. Gustavo Gil Editor. Barcelona. 1911. Trad. José María 5. de Tejada.
- CAVALLO, Vincenzo. Diritto penale. Casa Editorial Dott. Eugenio Giovane. II edizione. Nápoles. 1962.
- CENICEROS Y GARRIDO. La ley penal mexicana. México. 1934.
- CENICEROS, José Angel. Derecho penal y criminología. Ediciones Botas. Primera Edición. México. 1954.
- CEREZO Mir, .José. Curso de derecho penal español. Tecnos. Madrid, 1992.
- CÓRDOBAX RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Bosch Casa Editorial. Barcelona.

- El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1962.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte general. Editorial Bosch. Décima Segunda Edición. Barcelona.
- La moderna penología. Editorial Bosch. Barcelona. 1958.
- DEL ROSAL, Juan. Derecho penal español. Tercera Edición. Madrid. 1954.
- DONNA, Edgardo Alberto. La peligrosidad en el derecho penal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978.
- Doitwo Montero, P. Problemas jurídicos contemporáneo. La España Moderna. Madrid.
- El poder penal del estado homenaje a Hilde Kaufmann. Ediciones Dep alma. Buenos Aires. 1985.
- ESCRIVA GREGORI, José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1976.
- ETCIEVERRY, Alfredo. Derecho penal. Tomos i y u. Segunda Edición. Santiago. 1976.
- FAREN GUILLÉN, Víctor. Problemas del proceso por peligrosidad sin delito. Editores Tecnos. Madrid 1972.
- FERRI, Henri. La Sociologie criminelle. Arthur Rousseca Editeur. París. 1843. Trad. del autor.
- FERRI. Principios de derecho criminal. Primera Edición. Editorial Reus. Madrid. 1933. Trad. Arturo Rodríguez Muñoz.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho penal Parte general. Segunda Edición, 1957, — El elemento subjetivo del delito. Depalma Editor. Buenos Aires. 1957.
- GALIAS, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual. Bosch Casa Editorial Barcelona. 1959. Trad. Juan Córdoba Roda.
- GARRAUD, R. Précis de droit criminel. Librairie de la Société Du Recueil Sirey. Douzième édition. París. 1918.
- GIMBERNAT ORDEJG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídica-penal? Editorial Temis. Bogotá. 1983.
- GIMBERNAT ORDEJG, Enrique. Estudios de derecho penal. Editorial Civitas.
- GÓMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal. Tomo i. Compañía argentina de editores. Buenos Aires. 1939.
- GRAF Zu DOHNA, Alexander. La ilicitud. Editorial Jea mexicana. Primera Edición. México. 1959 Trad. Faustino Ballué.
- GRISPIGNI, Filippo. Diritto penale italiano. Vol ti. Don. A. Giuffrè. Editore. Milán. 1952.
- HENTING, Hans von. La pena. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1967.
- HULSMAN L. H.C. Defense sociales Nouvelle et Critres de descriminalisation. Editions A. Pedone. París.
- HULSMAN, Louk; CELIS J. Bernat de. Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa. Editorial. Ariel. Primera Edición. Barcelona. 1984. Trad. Sergio Politoff.
- IHERING, Von. La Lucha por el derecho. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 1992.
- Los fines del derecho.
- JAKOBS, Günther. Schuld und Prävention. Editorial Mohor. Tubinga. 1976.

- Strafrecht Allgemeiner, en teoría del delito y de la pena de Donna, Edgardo Alberto. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.
- JESCHECK, HansHeinrrich. Tratado de derecho renal. Volúmenes 1 y u. Bosch Casa Editorial. Tercera Edición. Barcelona. 1981. Trad. S. Mir Puig.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito. Editorial Hermes. Tercera Edición. Buenos Aires. 1959.
- Tratado de derecho penal. Tomos 1, II, nl y iv. Editorial Losada. Tercera Edición. Buenos Aires. 1964.
- KAUFMANN, Matthias. Derecho sin reglas. Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México. iQQi. Trad. Jorge M. Seña.
- KF.1SEN, Hans. Teoría pura del derecho. Trad. Roberto Vernengo. México, UNAM/Porrúa. 1993.
- LAUTMANN Rüdiger. Sociología y jurisprudencia Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México. 1991. Trad. Eiiiesto Garzón Valdés.
- LiszT, Franz Von. Tratado de derecho penal. Tomo 1vi. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- L0MBROSO, Cesar. El delito: sus causas y remedios. Librería general de Victoriano. Madrid. 1902. Trad. Bernaldo de Quirós.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penaL Tomo i. Editorial Temis. Bogotá. 1956.
- MAKHNIKIAN, George. El derecho y las teorías áticas contemporáneas. Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México. 1991. Trad. Eugenio Bulygin y Genáro R. Carrió.
- MANZINI, Vincenzo. Las istituzioni de diritto penale italiano. Casa Editorial DotÉ. Antonio Milanio. Sesta Etiziones. Padua. 1937.
- Tratado de derecho penal. Ediar Editores. Buenos Aires. 1957. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayeura Rodín.
- Trattado di diritto penale italiano. Tomo 1. Turín. 1933.
- MERKEL, A. Derecho Penal. La España Moderna. Madrid. Trad. P. Dorado.
- MEZGER, Edmundo. Criminología. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz.
- Tratado de derecho penal. Tomo 1. Madrid. 1955. Irad. Rodríguez Muñoz.
- Tratado de derecho penal. Tomo u. Editorial Revista de derecho Privado. Madrid. 1957. Trad. Rodríguez Muñoz.
- MILLAN Alberto S. Amnistía penal. Abeledo Perrot. Argentina. 1958.
- MIR Pu ic, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Editorial Temis. Bogotá. 1990.
- MUÑOZ, Ricardo C. Derecho penal Argentino. l'omo i. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1959.
- NEUMAN, Elías. Las penas de un penalista. Ediciones Lerner. Buenos Aires. 1976.
- NIBOYET, J. P. Principios de derecho internacional privado. Instituto Editorial Reus. Segunda Edición. Madrid. Trad. Andrés RODRÍGUEZ RAMÓN
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Causalismo y finalismo en derecho penal. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá. 1982
- Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos. Siglo XXI Editores. Primera Edición México. 1979.
- Curso de derecho penal Chileno. Editorial jurídica de Chile. 1960.

- NuÑEZ, Ricardo C. Derecho penal argentino. Tomo i. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1961.
- NUVOLONE, Pietro. Le Leggi penali e la costituzione. Dott. A. Giuffrè. Editore. Milán. 1953.
- ORTOLAN, M. Tratado de derecho penal. Tomo i. Librería de Lecadio López Editor. Madrid. 1895. Trad. Melquiades Pérez Rivas.
- PAOLI, G. Principi di diritto penale. Volume Terzo. Casa Editrice Dott. A. Milán. Padua. 1929.
- Parte general de la reforma penal de la República Federal Alemana. Secretaría de Gobernación. México. 1975. Trad. E. Raúl Zaifaroni.
- PESSINA, Enrique. Elementos de derecho penal. Editorial Reus. Cuarta Edición. Madrid. 1936. Trad. Hilarión González del Castillo.
- PETROCELLI, Biagio. La antigiudicizia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Terza edizione. Padua. 1959.
- Principi di diritto. Nápoles. 1950.
- PUIG PEÑA, Federico. Derecho penal Tomos I y II. Cuarta Edición Madrid. 1955.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Compendio de derecho penal. Vol. i. Editorial Revista de derecho privado Madrid.
- Derecho penal de la culpa. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1958.
- QUIROS, Bernaldo de. La Picota. Librería general de Victoriano Suarez. Madrid. 1907.
- RANIERI, Silvio. Diritto penale. Milán. 1945.
- Manual de derecho penal. Editorial Temis. Bogotá. 1975.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad. Quinta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1981.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto. Introducción al estudio del derecho penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición, México, 1991.
- Teoría general del delito, México, Porrúa, 1995.
- RODRÍGUEZ DE VERA, José María. Derecho penal español. Tomo i. Madrid. 1977.
- RODRÍGUEZ MURILLO, Gonzalo. Derecho penal. Parte general. Editorial Civitas. Primera reimpression. Madrid. 1978.
- ROMAGNOLI, Giandomenico. Génesis del derecho penal. Editorial Temis. Bogotá. 1936. Trad. Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero.
- ROMERO, Gladys. Casos de derecho penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1992.
- ROSAL, Juan del. Derecho penal español Tomo I. Madrid. 1960.
- ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Editorial Reus. Madrid. 1976. Trad. Diego Manuel Luzón Peña.
- Teoría del tipo penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979. Trad. Enrique Bacigalupo.
- ROXIN, Claus; ARNT, Gunther; y TWIDEMANN, Klaus. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Primera Edición. Barcelona. 1989. Trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer.
- RUIZ FUENTES, Mariano. La crisis de la prisión. Editorial J. Montero. La Habana. 1949.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías. Derecho penal español. Tomo i. Imprenta y Litografía Juan Bravo. Quinta Edición. Madrid. 1950.
- SAUER, Guillermo. Derecho penal. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1956. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo.

- SCHREIBER, Rupert. Lógica del derecho. Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México. 1991. Trad. Ernesto Garzón Valdés.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. SILVA, Jesús María y COYO, Mirentxu. Prácticas de teoría del delito. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias. Segunda Edición. Barcelona. 1988.
- SOLÍS, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomos I, II, III, IV y V. Buenos Aires. 1951.
- SIRATENWERTH, Günter. Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible. Editoriales de Derecho Reunidas. Segunda Edición. Madrid. 1982. Trad. Gladys Romero.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jack. La nueva criminología. Amorrortu Editores. Buenos Aires. 1975. Trad. Adolfo Crosa.
- VANNINI, Oltorino. Manuale di Diritto penale. Florencia. 1947.
- WELZEL, Hans. Derecho penal. Depalma Editores. Trad. Carlos Fontán Balestra. — El nuevo sistema del derecho penal. Ediciones Ariel. Barcelona. 1964. Trad. José Cerezo Mir.
- WELZEL, H., SCHMIDT, E., RUDOLPH, O. Derecho injusto y derecho nulo. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Cárdenas Editorial y Distribuidor. Segunda Edición. México. 1988.
- Teoría del delito. Eiar Editora. Buenos Aires. 1973.
- Tratado de derecho penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- AGUSTÍN, San. Confesiones. Sarpe. Madrid. 1983.
- AQUINO, Tomás de. De los principios de la naturaleza. Sarpe. Madrid. 1983. Trad. José Antonio Miguez, Manuel Fuentes Berot, J. Cappelletti.
- AQUINO, Tomás de. Tratado de la ley. Editorial Porrúa.
- Tratado de la Teología. Editorial Porrúa.
- ARISTÓTELES, Ético Nicomaquea. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1973.
- Metafísica. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. R. Blázquez Augier y J. F. Torres Samsó.
- Político. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1973.
- BACON, Francis. Novum Organum. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Cistobal Litlán.
- BENJAMIN, Jeremías. Fragmento sobre el gobierno. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. Julián Ramos.
- BERKELEY, George. Introducción a la metafísica. Editorial Porrúa.
- CATHERINE, Víctor. P. Principios fundamentales de derecho penal. Gustavo Gil Editor, Barcelona 1911. Trad. José María de Tejada.
- Código de Hammurabi. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. México. 1989.
- COULONGES, Gustave de. La ciudad antigua. Editorial Porrúa.
- DARWIN, Charles. El origen de las especies. Sarpe. Madrid. 1983. Trad. Aníbal Froufe.
- DESCARTES. Discurso del método. Editorial Porrúa.
- DIDEROT, Denis. Pensamientos filosóficos. Sarpe. Madrid. 1984.
- DOSTOYEVSKI, Fedor. Crimen y castigo. Editorial Porrúa.
- Los Hermanos Karasnov. Editorial Porrúa.
- D'ALEMBERT, Jean. Discurso preliminar de la enciclopedia. Sarpe. Madrid. 1985.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 1993.
- EUCLIDES. Las diecinueve tragedias. Editorial Porrúa.
- FERNÁNDEZ DE LIJARDJ, José Joaquín. El Periquillo sarniento. Editorial Porrúa.
- FERRER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Editorial Atiente. México. 1944.
- FERRER MORA, José y LEBIANO, Hugues. Lógica matemática. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1967.
- FOUCAULT, Michel. El discurso del poder. Folios Ediciones. Segunda Edición. México. 1984.
- FREUD, Sigmund. Ensayos sobre sexualidad. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. Luis López Ballesteros y de Torres.
- GALILEO. El ensayador. Sarpe. Madrid. 1984.

- HARTMANN, Nicolai. *Metafísica del conocimiento*. Tomo 1. Editorial Lozada. Buenos Aires. 1957.
- HEGEL, Georg. *Introducción a la historia de la Filosofía*. Sarpe. Madrid. 1983.
- HNNL:GGER, Martin. *Being and Time*. Edición. Basil Blackwell. Oxford. 1973.
- *Kant und das Prohiem der Metaphysik*. Edición. Klostermann. Frankfurt. 1973.
- HERÁCU10. *La sabiduría presocrática*. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. Matilde del Pino.
- HF.RÓDOTO, *Las manos libres de la historia*. Editorial Porrúa.
- L-IOBBE.S, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición. Cuarta Reimpresión. México. 1990.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentación de la materia de ia e.çtados*. Editorial Porrúa.
- *Crítica de la razón pura*. Editorial Porrúa.
- *Crítica de la razón práctica*. Editorial Lozada. Segunda Edición. Buenos Aires. 1966. Trad. J. Rovira Armengol.
- KIERKEGAARD, Sóren. *La enfermedad mortala*. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Demetrio G. Rivero.
- *Mi punto de vista*. Sarpe. Madrid. 1985.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Luis Rodríguez Aranda.
- MARCUSE, Herbert. *Eros y civilización*. Sarpe. Madrid. 1983. Trad. Juan García Ponce.
- MARX, Karl. *La miseria de la filosofla*. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Dalmacio Negro Parón.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano canónica*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1993.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.
- MORO, Tomas. *Utopía*. Editorial Porrúa.
- NÍFrLCHF., Friedrich. *Así habló Zarathustra*. Sarpe. Madrid. 1983. Trad. Juan Carlos García Borrón.
- PLAIÓN. *Diálogos*. Editorial Porrúa. Colección "Sepan Cuantos". México. 1993.
- POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Editorial Tecnos. Madrid. 1973.
- REICHENBACII, Hans. *Objetivos y métodos del conocimiento Jlsico*. Colección de textos Clásicos para la Historia de la ciencia. El Colegio de México. Primera Edición. España. 1945.
- RICOEUR, Paul. *Ideología y utopía*. Gedisa Editorial. Primera Edición. México. 1991. Trad. Alberto L. Bixio.
- SALAZAR RESINES, Javier. *Introducción a la lógica deductiva y teoría de los conjuntos*. Editorial T.JNAM, textos programados. México. 1970.
- SARTRE, Jean Paul. *La imaginación*. Sarpe. Madrid. 1984. Trad. Carmen Dragonetti.
- SHELLINC, Friedrich. *La relación del arte con la naturaleza*. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. Alfonso Castaño Piñán.
- SCOTO, Duns. *Tratado del primer principio*. Sarpe. Madrid. 1985. Trad. Alfonso Castaño Piñón.
- VOLTAIRE. *Cartas filosóficas y otros escritos*. Sarpe. Madrid. 1983.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	VII
PROLOGO.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	XIX
USO DEL MANUAL.....	XXV

PARTE GENERAL

CAPITULO PRIMERO INFORMACIÓN INTRODUCTORIA

I. Contenido de la obra	3
II. El contenido general del Código Penal Federal y para el Distrito Federal.....	5

CAPÍTULO SEGUNDO LAS LEYES PENALES ESPECIALES

CAPITULO TERCERO SOCIEDAD, ESTRUCTURA DE PODER, CONTROL SOCIAL, SISTEMA PENAL Y DERECHO

1. Sociedad y sistema penal	19
II. Estructura de poder y control social	21
III. El control social	21
IV. Las ideologías	23
V. Los discursos	24
VI. Derechos humanos y control social	24
VII. Sistema penal y control social	26
VIII. Los segmentos del sistema penal	26
IX. Derecho penal y sistema penal	28
X. Derecho penal y ley penal	29
XI. Ley penal y delito	29

PRIMERA PARTE
TEORÍA GENERAL DE LA LEY PENAL.

CAPITULO CUARTO
**EL DERECHO PENAL OBJETIVO I
IUS POENALE. LA NORMA. ASPECTOS GENERALES**

1. Denominación.....	33
II. Concepto de derecho penal.....	35
III. La norma penal	35
1. El delito como construcción jurídica y como fenómeno fáctico social.....	35
a.) Consideraciones generales	35
b) El delito como fenómeno jurídico y fáctico	38
IV. Teoría de la norma penal	40
1. Concepto y evolución	40
2. Teoría monotista de las normas	42
3. Teoría dualista de las normas	43
4. La teoría pura del derecho	47
Y. La estructura de la norma y la estructura del sistema jurídico penal	50
VI. Origen de la norma penal.....	52
1. Teoría del consenso	52
2. Teoría del disenso o conflicto	52

CAPITULO QUINTO
**EL DERECHO PENAL OBJETIVO II
IUS PUNIENDI: LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO**

1. Concepto y evolución conceptual	55
II. Teorías que fundamentan la pena	56
1. Teoría absoluta de la pena	56
2. Teorías relativas de la pena	59
a) Teoría de la prevención general	60
b) Teoría de la prevención especial de la pena	63
c) Teoría mixta de la prevención..	68
3. El concepto de la pena en sentido moderno	69
III. Momentos en el análisis de la pena	71
IV. Sistema de penas. (Penas y medidas de seguridad)	76
1. Sistema unitario	76
2. Sistema plural	77
V. Legislación penal mexicana	78

CAPITULO SEXTO
**EL DERECHO PENAL SUBJETIVO 1
IUS PUNIENDI: LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO**

I. Evolución del derecho penal subjetivo en el estado de derecho moderno	81
1. El Estado absolutista y el Estado liberal	82
2. El estatismo o Estado intervencionista	90

3. El Estado democrático y liberal moderno. Protector de la persona en su dimensión individual y social.....	92
4. Reflexiones sobre el derecho penal del futuro	96

CAPITULO SÉPTIMO
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO II
***IUS PUNIENDI*: LOS LÍMITES DE LA POTESTAD**
PUNITIVA DEL ESTADO

I. Límites materiales de la potestad punitiva del estado (ius puniendi)	99
1. Principio de la necesidad de la intervención	99
a) Principio de la intervención mínima	99
b) Principio de fragmentariedad	100
c) Principio de proporcionalidad	101
2. Principio de protección a los bienes jurídicos	101
3. Principio de la dignidad de la persona	102
a) Principio de la autonomía ética de la persona	103
b) Principio de la incolumidad de la persona	103
II. Límites formales a la potestad punitiva del Estado (ius puniendi)	104
1. Principio de Legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege)	104
a) Concepto	104
b) Evolución del principio de legalidad	105
c) Alcance del principio de legalidad	106
α. Lex scripta	107
β. Lex stricta	107
γ. Lex previa	109
2. Principio del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad ..	110
3. Principio de la ejecución de la pena	112

CAPITULO OCTAVO
EL OBJETO DEL DERECHO PENAL

I. Concepto del objeto del derecho penal	115
II. Concepto de ciencia y de ciencia del derecho penal	116
III. Los fines del derecho penal	117
1. El fin de la seguridad jurídica	117
2. El fin de la defensa social	119
IV. Protección de bienes jurídicos y protección de valores éticos sociales. (Derecho penal de conducta y derecho penal de resultado)	120

CAPITULO NOVENO
EL MÉTODO DEL DERECHO PENAL

I. El método de la ciencia del derecho. (Dogmática jurídico penal) y el método en la ciencia	123
II. Principios que rigen la metodología jurídica	125
III. Metodología e ideas penales	126
1. Iluminismo	126
2. Racionalismo iusnaturalista.	128
3. Racionalismo positivista	128

4. Positivismo antropológico, sociológico criminológico y jurídico	131
5. Causalismo naturalista	133
6. Causalismo valorativo	134
7. Escuela de Kiel	137
8. Finalismo	137
9. Funcionalismo político criminal	140

**CAPITULO DÉCIMO
EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN
CON OTRAS DISCIPLINAS**

I. Derecho penal y derecho constitucional	141
II. Derecho penal y derecho procesal penal	143
III. Derecho penal y otras áreas del derecho que previenen tipos penales	143
IV. Derecho penal y derecho ejecutivo penal	144
V. Derecho penal y criminología	144
VI. Derecho penal y criminalística	146
VII. Derecho penal y derecho del menor	146
VIII. Derecho penal y derecho contravencional	149
IX. Derecho penal y derecho administrativo disciplinario	151
X. Derecho penal y derechos humanos	152
XI. Derecho penal. medicina legal, psiquiatría forense y psicología forense	153
XII. Derecho penal y filosofía	153

**CAPITULO DÉCIMO PRIMERO
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEY PENAL
EN EL MUNDO Y EN MÉXICO**

I. Concepto	155
II. Etapas de las ideas penales	156
III. Historia de las ideas penales y la legislación penal	159
IV. Evolución histórica de la legislación penal en México	160

**CAPITULO DÉCIMO SEGUNDO
INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN
DE LA LEY PENAL**

I. Interpretación de la ley penal	169
1. Concepto	169
2. Clasificaciones de la interpretación	169
a) Interpretación de la ley penal en razón del órgano que la realiza	169
i. Interpretación auténtica o legislativa	170
ii. Interpretación doctrinal	170
iii. Interpretación judicial	170
b) interpretación en razón al contenido y sentido de la ley penal	174
i. Interpretación gramatical literal o filológica	174
ii. Interpretación lógica	175
iii. Interpretación sistemática	176
iv. Interpretación histórica	176
v. Interpretación teleológica	176

c) interpretación en razón de la extinción y los resultados de la ley penal	178
i. Interpretación declarativa	179
ii. Interpretación restrictiva	179
iii. Interpretación extensiva	179
d) Interpretación en razón de criterios objetivos o subjetivos	179
i. Interpretación subjetiva	179
ii. Interpretación objetiva	180
e) Interpretación analógica	180
II. integración de la ley penal	180
1. Concepto	180
2. Analogía	181
a) Analogía legis y analogía inris	181
b) Analogía in malam partem y analogía in bonain partem	182

**CAPITULO DÉCIMO TERCERO
FUENTES DEL DERECHO PENAL**

I. Fuentes de producción	185
II. Fuentes de conocimiento	188
1. Costumbre	189
2. Principios generales del derecho	190
3. Jurisprudencia	191
4. Doctrina	191
5. Equidad	192
III. Leyes penales incompletas, leyes penales en blanco y tipos abiertos.....	192
1. Ley penal en blanco	192
2. Tipos abiertos	194

**CAPITULO DÉCIMO CUARTO
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO**

I. Concepto	195
II. El proceso de formación de la ley penal	195
1. La vigencia de la ley penal. (Aprobación, promulgación y publicación de la ley)	195
2. Vacatio legis	196
III. Retroactividad de la ley penal	197

**CAPITULO DÉCIMO QUINTO
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO**

I. Concepto	201
II. Principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio	202
1. Principio de territorialidad	202
2. Principio de la nacionalidad, de la personalidad o del estatuto personal	205
3. Principio de defensa, real o de protección	205
4. Principio de universalidad o de justicia mundial	206
III. Lugar de comisión del delito	207
IV. Legislación penal mexicana en su aplicación en el espacio	209
V. Derecho internacional penal y derecho penal internacional	213

VI. Extradición.....	215
1. Concepto de extradición.....	215
2. Formas de extradición.....	215
3. Reextradición.....	216
4. Fuentes de extradición.....	216
5. Principio de reciprocidad.....	217
6. Límites de extradición.....	218
VII. Derecho de asilo.....	219
1. Concepto.....	219
2. Formas de asilo.....	219
a) Asilo territorial.....	219
b) Asilo diplomático.....	220

**CAPÍTULO DECIMO SEXTO
 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL
 EN ORDEN A LAS PERSONAS**

1. Concepto	221
II. Inmunities	221
1. La inmunidad política	221
2. Inmunidad diplomática. (Estatuto personal)	223
a) La Convención de Viena	224
6) El artículo 33 constitucional	224
111. Indemnidades	225

CAPÍTULO DECIMO SEPTIMO

**APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN
 ORDEN A LA MATERIA**

1. Concepto	227
II. Jurisdicción del orden federal y del orden común	227

**CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO
 CONCURSO APARENTE DE NORMAS**

1. Concepto	231
II. Ubicación sistemática.....	231
II. Hipótesis del concurso aparente de normas	232
IV. Concurso de leyes y concurso aparente de leyes.....	232
V. Concurso aparente de normas y sucesión de leyes penales	232
VI. Legislación mexicana sobre el concurso aparente de normas penales	233
VII. Criterios de solución jurídica del concurso aparente de normas	233
1. Criterio único	233
2. Criterio múltiple	233
VIII. Principios que rigen el concurso aparente de normas	233
1. Principio de especialidad	234
2. Principio de con sunción o absorción	234
3. Principio de subsidiariedad	235
IX. Ley penal mexicana.....	236

SEGUNDA PARTE
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO

**LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO (I);
CONCEPTO Y EVOLUCIÓN GENERAL DE LA TEORÍA DEL DELITO**

1. Concepto.....	239
It. Teoría unitaria y teoría pluralista o estratificada del delito.....	241
11I Criterios de sistematización	244
1 Criterio hecho-autor.....	244
2 Criterio autor-hecho	245
y Los modelos de sistematización	246
L Esquema del modelo objetivo-subjetivo.....	246
2. Esquema del modelo del injusto objetivo —conducta antijurídica— y culpabilidad subjetiva psicológica causal naturalista de Franz von Liar.....	248
3. Esquema del modelo causalista del injusto objetivo —conducta típica y antijurídica y culpabilidad psicológica. (Modelo causal naturalista de Litz-Beling)	249
4. Esquema del modelo del causalismo valorativo	250
5. Esquema de la prelación lógica del delito.....	252
6. Esquema del modelo finalista por Hans Welzel.....	253
7. Esquema de análisis político criminal funcionalista	255
8. Otras orientaciones político criminales	256

CAPITULO VIGESIMO

LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO (II): INTRODUCCIÓN ALA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

1. Consideraciones iniciales para el estudio de los elementos del delito	259
1. El concepto del delito	259
2. La conducta en la teoría del delito	260
3. La relación de causalidad.....	262
4. El concepto del delito en la ley penal mexicana.....	265
5. Otras consideraciones pertinentes en relación al concepto de delito	267

CAPITULO VIGÉSIMO PRIMERO

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO (1): LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

A. SECCIÓN PRIMERA; Los presupuestos del delito.....	273
1. Concepto	273
II. Evolución histórica de la teoría de los presupuestos del delito.....	273
III. Nuestra opinión.....	275
IV. El método deductivo de la teoría de la ley penal e inductivo de la teoría del delito, en la ciencia del derecho penal.....	276
V. Los presupuestos de la conducta típica	278
8. SECCIÓN SEGUNDA; El bien jurídico protegido en el derecho penal	280

I. Concepto	280
II. Evolución histórica del concepto de bien jurídico	282
III. Nuestra opinión	288
IV. Bien jurídico como presupuesto y elemento del delito.....	290
V. Bien jurídico como desvalor del acto y desvalor del resultado.....	291

**CAPITULO VIGESIMO SEGUNDO
LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO (II)
LA TEORÍA DEL TIPO**

Definición	295
Ubicación sistemática	296
Función del tipo penal	297
Evolución histórica de los conceptos de tipo y tipicidad	299
Clasificación de los tipos	302
1. Tipos legales y tipos judiciales	302
2. Tipos abiertos y tipos cerrados.....	303
3. Ley penal en blanco	304
VI. Elementos del tipo.....	305
VII. El modelo lógico formal del tipo	305
VIII. Clasificación de los tipos en orden al tipo de delito.....	312
1. Clasificación de los tipos en orden al modo de su realización.....	312
2. Clasificación de los tipos en orden a la forma de su integración	313
3. Clasificación de los tipos en orden a la forma de su consumación.....	314
4. Clasificación de los tipos en orden al número de sujetos activos.....	316
5. Clasificación de los tipos en orden al número de los sujetos pasivos.....	316
6. Clasificación de los tipos en orden a la calidad del sujeto activo.....	317
7. Clasificación de los tipos en orden a su forma de afectación del bien jurídico.....	317
8. Clasificación de los tipos en orden a las características de la formulación de la conducta	318
9. Clasificación de los tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados.....	319
10. Clasificación de los tipos en orden al resultado cortado o consumación anticipada	319

**CAPITULO VIGESIMO TERCERO
LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO**

1. Concepto	321
II. Elementos de la tipicidad	326
1. Elementos descriptivos objetivos.....	326
2. Elementos normativos.....	327
3. Elementos subjetivos	327
III. El contenido de la tipicidad.....	330
1. Los presupuestos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad	330
2. Los elementos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad.....	331
a) Elementos objetivos	331
b) Elementos normativos	331
a. Violación al deber establecido de la norma.....	331

B. Elementos normativos específicos.....	331
y. Legislación sobre elementos normativos.....	332
3. El bien jurídico.....	332
c) Elementos subjetivos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad.....	332
a. El dolo.....	332
b. Elementos subjetivos específicos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad.....	333
VI. Análisis de los elementos de la conducta típica	333
1. Elementos descriptivos objetivos de la conducta típica	333
a) Sujeto activo.....	333
a. Concepto.....	333
B. Sujeto activo calidad.....	337
y. Sujeto activo calidad garante.....	338
8. Sujeto activo deber cuidado.....	338
e. Sujeto activo voluntad e imputabilidad.....	338
0. Sujeto activo numero.....	339
b) Sujeto pasivo.....	339
a. Concepto.....	339
B. Sujeto pasivo calidad.....	340
y. Sujeto pasivo numero.....	340
8. Legislación sobre sujeto pasivo.....	340
c) Objeto material.....	340
d) Conducta.....	341
a. Concepto de la conducta.....	341
b. Filosofía de la conducta.....	342
y. Terminología.....	344
8. Estructura de la conducta.....	345
E. Estructura de la voluntad.....	346
0. Voluntad y voluntad coartada.....	348
e) El resultado y el nexo causal en la tipicidad.....	348
a. Resultado material.....	349
B. Nexos de causalidad.....	350
y. Referencias de lugar, tiempo, modo, y ocasión de la conducta típica.....	353
2. Elementos subjetivos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad.....	354
a) Concepto dolo.....	354
b) Evolución del dolo y sus sistemas.....	355
c) Nuestra opinión.....	357
d) Elementos constitutivos del dolo.....	358
a. El elemento de la represión o conocimiento del dolo.....	359
1°. El conocimiento actual y el conocimiento actualizable.....	359
2° Conocimiento exigido por el dolo.....	360
3° La represión de la causalidad y del resultado.....	361
4° El error sobre la causalidad.....	362
1° Aberratio ictus.....	362
2° Aberratio in personam.....	363
3° Aberratio in objetum.....	364
4° Dolos generalis.....	364
b. El elemento volitivo del dolo.....	365
1° Dolo directo.....	366
2° Dolo eventual.....	366

3º. Dolo indirecto	367
y. La función del elemento subjetivo de la conducta típica	368
8. Los elementos subjetivos diversos del dolo de la conducta típica.....	368
1º. Elemento subjetivo de intención trascendente.....	369
1ºº. Delitos de resultado coartado	369
2ºº. Delitos de dos actos reducidos a uno	369
2º. Elemento subjetivo de tendencia	369
3º. Elemento subjetivo de expresión	369
4º. Elemento subjetivo psicológico situacional	370
5º. Elemento subjetiva de ánimo	370

CAPITULO VIGESIMO CUARTO
LAS ATIPICIDADES EN EL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

1. Concepto	371
II. Clasificación de las atipicidades.....	372
III. Análisis de las atipicidades	372
1. Ausencia de atribuibilidad general. (Criterios estructurales generales de no atribución de la conducta al tipo)	373
a) Cumplimiento de un deber 373	
b) Principio de intervención mínima o <i>ultima ratio</i> del derecho penal	374
c) Ausencia de alguna de las características fundamentales de la atribuibilidad de la conducta al tipo. (Falta de algunos de los elementos descriptivo objetivos, normativos o subjetivos)	375
d) Atipicidad estructural general por no atribución de la conducta al tipo en función del riesgo permitido	375
a. Criterio general de no atribución en función del riesgo permitido.....	375
B. Criterio general de no atribución, con apoyo en la teoría del peligro permitido en relación con el fin de protección de la prohibición de la norma.....	377
1º. Principio de la autonomía de la víctima	377
2º. Principio de pertenencia al ámbito de protección de la norma penal.....	378
2. Ausencia de atribuibilidad específica. (Criterios específicos de no atribución de la conducta del tipo).....	379
a) Actos inconscientes y actos reflejos	381
h) Fuerza física irresistible	381
a. Vis absoluta	382
B. Vis maior	382
c) El consentimiento del ofendido.....	382
a. El consentimiento como causa de atipicidad o de antijuridicidad.....	383
B. El límite del conocimiento.....	333
y. El consentimiento en lesiones causadas en los deportes y en intervenciones quirúrgicas	384
d) El caso fortuito	385
a. Concepto	385
B. Ubicación sistemática	385
y. Caso fortuito y concurrencia de culpas	386
e) El error de hecho y el error de derecho	386
f) El error de tipo y el error de prohibición	387

g). Error de tipo.....	390
a. Concepto.....	390
B. El error vencible y el error invencible.....	390
y. Error esencial y error accidental.....	391
h) Observación a la denominación. "circunstancias que excluyen el delito".....	393
a. Legislación mexicana en relacion con las atipicidades.....	395
B. La responsabilidad objetiva en el derecho penal.....	397
1' El problema general.....	397
2' El versari in re illicita.....	398
i) El principio: actio libera in causa.....	399
j) La preterintencion.....	400

**CAPITULO VIGESIMO QUINTO
LA ANTIJURIDICIDAD
(EN EL DELITO DE ACCION DOLOSO)**

I. Concepto	403
1. Orden normativo y antinormatividad penal.....	403
2. El contenido de la antijuridicidad.....	404
II. Evolución histórica general de la antijuridicidad.....	405
III. La antijuridicidad en sentido formal y material.....	407
IV. La antijuridicidad en sentido objetivo y subjetivo.....	409
V. El tipo permisivo.....	411
VI. Los elementos de tipo permisivo.....	414

**CAPITULO VIGESIMOSEXTO
LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (EN EL DELITO DE ACCION DOLOSO)**

I. La legítima defensa.....	415
1. Concepto.....	415
2. Fundamento de la legítima defensa.....	415
3. Elementos de la legítima defensa	416
a) Elementos de la agresión.....	416
a. Agresión real.....	416
B. Agresión actual o inminente.....	416
y. Agresión sin derecho.....	417
b) Elementos de la reacción	417
a. Necesidad de la defensa.....	417
3. Racionalidad de la defensa.....	418
y. Provocación suficiente.....	418
4. Bienes protegidos por la legítima defensa.....	418
II. Estado de necesidad.....	419
1. Concepto.....	419
2. El peligro.....	420
3. Robo necesario.....	422
4. Aborto terapéutico o necesario.....	423
III. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.....	423
1. El cumplimiento de un deber.....	424
2. Ejercicio de un derecho.....	426
IV. Impedimento legítimo.....	427

CAPITULO VIGESIMO SEPTIMO
EL DELITO DE ACCIÓN CULPOSO

1. Concepto y definición.....	429
II. legislación penal mexicana . . .	430
III. Evolución histórica del concepto del delito culposo.....	432
IV Fundamento de la culpa	433
1. Causalismo naturalista	433
2. Causalismo valorativo.....	434
3. Finalismo . . .	435
4. Funcionalismo político criminal.....	436
V. La función del fin de la conducta en el tipo culposo y el deber de cuidado.....	437
VI. El tipo abierto corno contenido del tipo culposo.....	437
VII. El elemento objetivo descriptivo de la conducta típica en el tipo culposo.....	439
VIII. El fundamento del deber de cuidado - -	442
IX. El elemento subjetivo de la conducta típica cii el tipo de acción culposo.....	443
X. La atipicidad en el delito culposo	446
XI. La antijuridicidad en el delito culposo	447
XII. Culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación.....	448
XIII. La preterintención y el delito culposo.....	449

CAPITULO VIGESIMO CTAVO
EL DELITO DE OMISIÓN

I. Concepto	451
II. Evolución histórica	451
III. Legislación penal mexicana	453
IV. La tipicidad en los delitos de omisión	455
1. El elemento objetivo del tipo omisivo y la conducta omisiva.....	455
2. El nexo de relación causal en el delito omisivo	456
V. Los delitos de omisión propia y omisión impropia	457
VI. El sujeto activo en el delito omisivo.....	459
1. El problema	459
2. El elemento subjetivo de la conducta típica omisiva dolosa.....	460
3. La omisión culposa	461
4. cuestionamiento lo político criminal de la omisión.....	462
5. El elemento normativo de la conducta típica omisiva.....	463
6. La atipicidad en el delito omisivo.....	463
VII. La antijuridicidad en el delito omisivo.....	464

CAPITULO VIGESIMO NOVENO
LA TENTATIVA DEL DELITO Y EL ITER CRIMINIS

1. Concepto.....	467
II. Ubicación sistemática.....	469
III. Concepto del iter criminis.....	469
1. Fase interna.....	470
2. Fase externa	471
IV. Fundamento de la punición de la tentativa.....	471

1. Teoría objetiva.....	472
2. Teoría subjetiva.....	472
V. El dolo Y la culpa en la tentativa	473
VI. El momento de determinación de la tentativa punible.....	473
1. Teoría formal objetiva.....	473
2. Teoría subjetiva (La teoría de la univocidad, dirección e inmediatez de los actos).....	474
3. Teoría material objetiva.....	474
4. Teoría objetiva individual	475
VII. Consumación.....	475
VIII. Desistimiento voluntario y arrepentimiento.....	475
IX. Legislación penal vigente de la tentativa de delito, conforme al texto reformado del código penal	476
X. Tentativa inidónea y delito imposible.....	478
XI. Tentativa acabada y tentativa inacabada	479
XII. Evolución histórica de la tentativa de delito.....	479

**CAPITULO TRIGESIMO
PERSONAS RESPONSABLES EN LA COMISIÓN
DE UN DELITO
(LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN)**

I. Concepto.....	487
II. Ubicación sistemática.....	488
III. El concepto de autor.....	488
1. Teoría objetiva del autor.....	488
2. Teoría subjetiva del autor.....	489
3. Teoría final objetiva del dominio del hecho.....	489
IV. El autor mediato.....	490
V. La coautoría.....	491
VI. La participación	492
VII. La instigación	492
VIII. La complicidad -.....	492
IX. El encubrimiento	492
X. La legislación penal mexicana vigente sobre la autoría y participación	493
XI. El delito emergente	497
XII. La evolución legislativa en México sobre autoría y participación	498

**CAPITULO TRICÉSIMO PRIMERO
EL CONCURSO DE DELITOS**

I. Concepto.....	507
II. Delito continuado	510
III. Concurso real	514
1. El problema	514
2. Criterios de imposición de la pena en el concurso de delitos	515
IV. Concurso ideal	516

TERCERA PARTE**LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD Y EL SUJETO RESPONSABLE**
CAPÍTULO TRIGÉSIMO SEGUNDO**LA CULPABILIDAD**

I. Concepto	521
II El reproche	521
III. El contenido de la culpabilidad	522
IV. Teorías sobre la culpabilidad	325
1. Teoría psicológica	525
2. Teoría normativa	527
3. Teorías mixtas	528
V. El principio de culpabilidad	530
VI. Otras concepciones de la culpabilidad.....	532
1, La tendencia sintomática de la culpabilidad	332
2. Culpabilidad por la condición de vida	533
3. La culpabilidad del autor de la Escuela de Kiel	533
4. La co-culpabilidad	534
VII, El contenido de la culpabilidad normativa	534
VIII. El conocimiento y la comprensión de la antijuridicidad	337
IX. Síntesis del concepto de culpabilidad	538
X. Posiciones críticas de la culpabilidad	540
1. El problema	540
2. Posición doctrinal que niega el concepto de culpabilidad y procura sustuirlo por otro criterio	541
3. Posición que acepta la culpabilidad a partir de los fines de la pena	542
4. Posición crítica de la culpabilidad que implica su aceptación revisada	542

CAPITULO TRIGÉSIMO TERCERO
LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

I. Ámbitos de la responsabilidad	551
1. La imputabilidad.....	551
a) Concepción naturalista psiquiátnca	552
b) Concepto psicológico de la imputabilidad	552
c) Concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad	552
d) Ley penal mexicana	553
2. Exigibilidad del conocimiento del injusto	555
3. Exigibilidad de la conducta	556
II Análisis de las causas de inculpabilidad	557
1. La inimputabilidad	557
a) Enajenación mental y desarrollo mental insuficiente.....	558
b) La embriaguez	559
c) La minoría de edad	560
d) Medidas aplicables a las personas inimputables	562
2. La inexigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad	564
a) El error de prohibición	564
b) Teorías para explicar el error de prohibición	565

3. La no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad.....	568
a) El Estado de necesidad exculpante.....	569
b) El miedo y el temor exculpante.....	570
e) La obediencia jerárquica.....	571

CUARTA PARTE
TEORÍA DE LA PENA
 CAPITULO TRIGÉSIMO CUARTO
TEORÍA DE LA COERCIBILIDAD PENAL. TEORÍA DE LA PUNIBILIDAD
(COERCIBILIDAD PENAL)

I. Concepto.....	575
II. Las causas que excluyen la punibilidad.....	577
1. Las causas personales que excluyen la pena	578
2. Causas personales que cancelan la punibilidad.....	579
3. Las causas procesales para la operancia de la punibilidad.....	579
III. Delitos perseguibles ex officio y previa querrela.....	580

CAPITULO TRIGESIMO QUINTO
TEORÍA DE LA PENA

I. Concepto.....	585
II. Principios que sustentan a la pena	586
1. Principio de legalidad	586
2. Principio de la necesidad de la pena	587
3. Principio de la readaptación social	588
4. Principio (le incolumidad de la persona o principio.....	589
III. Teorías que fundamentan la pena.....	590
1. Teoría absoluta de la pena.....	593
2. Teorías relativas de la pena.....	593
3. Teoría de la prevención general de la pena.....	596
4. Teoría de la prevención especial de la pena.....	601
5. Teoría mixtas de la prevención de la pena.....	602
6. El concepto de la pena en sentido moderno.....	604
IV. Clasificación de las penas.....	604
1. Penas principales y penas accesorias	604
2. Penas graves y leyes.....	605
3. Las penas en la legislación penal mexicana.....	605

CAPITULO TRIGESIMO SEXTO
LA PENA DE MUERTE

.....	607
-------	-----

CAPITULO TRIGÉSIMO SÉPTIMO
LA PENA DE PRISIÓN

I. Legislación.....	613
---------------------	-----

II. Evolución histórica de la pena de prisión y su ideología.....	615
III. La problemática de la prisión	621
IV Evolución histórica de la prisión en México.....	623
1. México prehispánico	623
2. México colonial	623
3. México independiente.....	624
V. Las cárceles de México en el tiempo	624
1. Cárceles de la Inquisición.....	624
2 Cárceles de la Acordada.....	625
3. La Real Cárcel de Cortes	626
4. Cárcel de Diputación o Cárcel de la Ciudad	627
5. La Cárcel de Belem	627
6. La Cárcel de Santiago Tlaxelolco	628
7. El Presidio de San Juan de Ulúa	629
8. La Cárcel de Lecumberri.....	629
9. La Penitenciaria de Santa Marta Acatitla	630
10. los nuevos reclusorios preventivos del Distrito Federal	630
11 . Las nuevas instituciones de máxima seguridad	630
12. Colonia penal de Islas Marías.....	631

CAPÍTULO TRIGÉSIMO OCTAVO

OTRAS PENAS

I. El tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.....	633
II. El confinamiento y prohibición de ir a lugar determinado.....	634
III. La sanción pecuniaria	635
1. La multa.....	635
2. La reparación del daño	636
IV. Decomiso.....	638
V. La amonestación.....	639
VI. El apercibimiento y la caución de no ofender.....	640
VII. 1.a suspensión y la privación de derechos.....	641
VIII. La publicación especial de sentencia.....	642
IX. La vigilancia de la autoridad	642
X. Conclusión.....	643

CAPITULO TRIGÉSIMO NOVENO

LA LIBERTAD PREPARATORIA Y LA CONDENA CONDICIONAL

I. La libertad preparatoria.....	645
II. La condena condicional	646

CAPITULO CUADRAGESIMO

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

I. Concepto.....	651
II. Clasificación de la individualización	651
1. Individualización legislativa	651
2. Individualización judicial	652
3. Individualización en la etapa de la ejecución	652

III. Criterios que fundamentan la individualización de la pena .	653
1. Criterio de la culpabilidad	654
2. Criterio de la peligrosidad	655
3. Criterio político criminal de la pena	657
IV. Sistemas de determinación de la pena -.....	660
1. Sistema de la indeterminación absoluta	660
2. Sistema de la indeterminación legal relativa	661
3. Sistema de la indeterminación judicial relativa	662
4. Sistema de penas fijas	662

**CAPITULO CUADRAGESIMO PRIMERO
LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL
CÓDIGO PENAL MEXICANO**

I. Las escalas de interpretación en la individualización.....	663
1. Grado del injusto	664
a) Intervalo de punibilidad previsto para los delitos	664
b) Circunstancias de lugar, tiempo, modo, ocasión y medios	664
c) Escalas específicas para los delitos dolosos o culposos	665
c/) Escala relativa al grado de consumación del delito (delito tentado y consumado)	666
e) Escala relativa al grado de participación en la comisión del delito .	666
J) Escala del error	666
g) Escala relativa al concurso de delitos y al delito continuado	667
/t) Escala relativa a la sustitución de sanciones	667
i) Escala relativa a la comunicabilidad de circunstancias objetivas y subjetiva	667
j) Escala especificadora de los criterios de la individualización de la pena prevista en los artículos 51 y 52 del código penal	668
2. Grado de la culpabilidad	669
3. El correctivo por la peligrosidad	670
II. Sistemas de penas	671
1. Sistema unitario	672
2. Sistema pluralista	672
III. Legislación penal mexicana	673

CAPÍTULO CUADRAGESIMO SEGUNDO

**LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN
DE LA PENA Y DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL**

I. Muerte del delincuente	675
II. Amnistía	675
III, Perdón del ofendido	675
IV. Indulto	676
y. Reconocimiento de inocencia	678
VI. prescripción	678

CAPITULO CUADRAGESIMO TERCERO

**EL INCIDENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EN RELACIÓN CON EL DELITO**

Bibliografía.....685

Esta obra se acabó de imprimir
el día 21 de julio de 2003, en los talleres de
IMPRESOS CASTELLANOS
Génova 39-205, col. Juárez.
06600, México, DF